

Abono de Presión Preventiva:

El abono del tiempo pasado en prisión preventiva, por la cantidad de dudas que origina entre los penados, es uno de los temas de mayor trascendencia en el ámbito del Derecho Penitenciario. En la práctica, se percibe en el medio carcelario como un auténtico beneficio, en tanto que supone una reducción del cumplimiento efectivo de la condena, si bien no deja de ser una reducción de la pena que se está cumpliendo a costa de un tiempo de prisión preventiva ya sufrido antes.

Consiste en la aplicación, a la condena privativa de libertad que se está cumpliendo, del tiempo que se ha permanecido detenido o preso preventivo en la misma causa por la que se esté cumpliendo condena o en otra distinta. Está regulado en el artículo 58 del nuevo Código Penal.

Aunque el abono de preventiva puede referirse a privaciones de derechos acordados cautelarmente, nos vamos a centrar en el abono de tiempos de prisión preventiva.

Técnicamente, existen dos tipos de abonos de preventiva:

a) propio o estricto, que es aquel tiempo de prisión preventiva sufrido en el mismo procedimiento por el que luego se resulta condenado a una pena privativa de libertad. En ese caso, resulta lógico que aquel tiempo de prisión preventiva se aplique como condena cumplida a cuenta de la pena posteriormente impuesta.

b) impropio o amplio, que tiene lugar cuándo, habiendo permanecido un tiempo en prisión preventiva, el procedimiento ha sido sobreseido y archivado, se ha estimado prescrito el delito, se ha dictado sentencia absolutoria o la pena impuesta es inferior al periodo pasado en prisión preventiva -por ejemplo sobre un tiempo de 8 meses preventivo, posteriormente resultó una condena de 6 meses-. En todos estos supuestos el tiempo de prisión preventiva, indebidamente padecido, se aplicaría a otra condena que se esté cumpliendo.

Hasta no hace mucho, como componenda ante el abuso indiscriminados de la prisión preventiva y la enorme dilación de los procedimientos, era sumamente frecuente la aplicación de una preventiva indebidamente sufrida en un procedimiento a otro procedimiento por el que se encontrara una persona penada. La aplicación era prácticamente automática.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte se ha introducido un cierto rigor en esta aplicación del abono de preventiva, mediante la utilización de un criterio de apreciación, caracterizado por su objetividad y simplicidad, como es el de evitar que la persona en el momento de cometer un delito conozca, o pueda conocer de antemano, que tiene un tiempo de prisión preventiva susceptible de ser abonado a otra causa: es la teoría de evitar, lo que se ha denominado “el cheque en blanco”, es decir, no se abona la prisión preventiva de una causa a otra, cuando la segunda se comete conociendo que se tiene un periodo de prisión preventiva cumplido en exceso o indebidamente de la primera causa.

Técnicamente existen dos posibilidades de respetar ese criterio del “cheque en blanco”:

a) que el delito por el que se es condenado con posterioridad se cometa antes de entrar preventivo por un procedimiento por el que luego resulta, por ejemplo, absuelto

b) que una persona haya estado preventivo y antes de resultar, por ejemplo, absuelto por ese procedimiento, cometa un nuevo hecho delictivo

En ambos supuestos la persona al cometer un hecho delictivo desconoce la posibilidad de que le pudiera ser abonado un tiempo de preventiva, bien porque todavía no lo había sufrido bien porque habiéndolo sufrido, todavía no se había dictado la resolución que convertía ese tiempo en abonable.

Pues bien, de entre esos dos supuestos, el vigente artículo 58 del Código Penal, en la parte final de su punto 1, sólo recoge como preventiva abonable "impropia o amplia" la del primer supuesto, cuando resulta que en ambos casos se respeta el espíritu de la norma, de evitar el "cheque en blanco". Es por ello que cuando se pueda plantear un tiempo de preventiva como la del segundo supuesto, sería interesante no dejar de pedir el abono también en ese caso, ya que, no contraviniendo el criterio del "cheque en blanco" que es el espíritu de la norma, en tanto que beneficie al reo, podría resultar viable su reconocimiento como tiempo de preventiva. De la misma manera que con la anterior legislación penal, se reconocían abonos de preventiva aunque no tuvieran un expreso aval legislativo.

El artículo 58 del Código Penal establece que el tiempo de privación de libertad sufrida preventivamente durante la instrucción de una causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieren imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión.

Conforme a una interpretación jurisprudencial consolidada (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1991, 13 de marzo de 1993, 2 de julio de 1993 y 26 de abril de 1994), una interpretación sistemática de la disposición indicada en su relación con los preceptos contenidos en los artículos 988.3 y 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, convierte en factible acordar en favor del penado la extensión del abono de aquellos períodos de preventiva sufridos en causas simultáneas o coetáneas a aquella cuya liquidación de responsabilidad se trate.

En cuanto a la tramitación, la solicitud de abono del tiempo de prisión preventiva se hace mediante escrito que puede encabezar y firmar el propio interesado, dirigido al Juzgado o Tribunal por el que esté cumpliendo la condena a la que se desea que se abone la preventiva. En el escrito se hará indicación del Juzgado o Tribunal a cuya disposición se estuvo preventivo, los datos de la causa, señalando cómo finalizó el procedimiento -sobreseído, archivado, prescrito, por absolución, o condena superior al tiempo de preventiva- y, si se puede, indicar tiempo y época aproximada en que se permaneció preventivo.

El Juzgado o Tribunal al que se solicita se encargará de recabar del Juzgado o Tribunal por el que se estuvo preventivo testimonio de cómo concluyó el procedimiento y certificado del tiempo que permaneció como preventivo por dicha causa, y con ello recabará del centro penitenciario certificado de si ese tiempo de prisión preventiva ha sido aplicado a alguna otra causa y, si no ha sido así, dictará auto reconociendo el abono

y mandará practicarse nueva hoja de liquidación, con la inclusión en la condena impuesta del tiempo abonable.

El auto resolviendo o denegando el abono de la preventiva es recurrible en casación ante el Tribunal Supremo, por infracción de ley cuando es resuelto por auto de la Audiencia Provincial, no así cuando es por Auto de Juzgado de lo Penal que será recurrible en apelación.

Acumulación y refundición:

Los términos acumulación y refundición están confundidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La refundición alude a la aplicación del artículo 76 del nuevo Código Penal (antiguo artículo 70.2 del derogado Código Penal). Por el contrario, penitenciarmente se conoce como acumulación o enlace de condenas la suma aritmética de todas las penas que se están cumpliendo para considerarlas como una única, a efectos de la concesión de la libertad condicional, pero sin suponer ningún recorte o limitación en su cumplimiento, según se prevé en el artículo 193.2 del nuevo Reglamento Penitenciario. Sin embargo, la terminología oficial de Instituciones Penitenciarias es justamente la inversa.

En el ámbito de la ejecución de las penas, la refundición de condenas, conforme a lo establecido en el artículo 76.1 y 2 del vigente Código Penal, constituye una de los instrumentos más importantes para la reducción del tiempo de cumplimiento efectivo de las condenas.

La refundición de condenas del artículo 76 del Código Penal es un procedimiento por el que, respecto de una pluralidad de condenas impuestas, se fija un límite máximo de tiempo de cumplimiento, constituyendo una limitación legal al cumplimiento de las penas impuestas, mediante el establecimiento de dos topes máximos de cumplimiento: un límite establecido por el hecho de que el tiempo de cumplimiento no podrá exceder del resultado de multiplicar por tres la mayor de las penas en que haya incurrido el condenado; y otro límite fijando el tiempo máximo de cumplimiento en 20 años, salvo las excepciones que se recogen de hasta 25 años -cuando se condene por dos o más delitos y alguno de ellos tenga un pena de hasta veinte años- o de hasta 30 años -cuando se condene por dos o más delitos y alguno este castigado con una pena superior a los veinte años-. El resto excedente de tiempo de cumplimiento queda extinguido.

El objeto de la refundición de condenas tiene por objeto evitar el descrédito de penar más gravemente una pluralidad de delitos leves, por su acumulación aritmética, que un delito muy grave.

***2. Procedimiento:**

El procedimiento para solicitar de la refundición de condenas, ya como triple de la mayor de las condenas, ya como tope de los 20 años, aparece regulado en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, conforme a dicho precepto se debe pedir mediante escrito dirigido al último tribunal sentenciador. En el escrito se indicarán las

causas que se quieren refundir. El Juzgado o Tribunal requerido recabará la hoja histórico penal del Ministerio de Justicia para averiguar si es efectivamente competente por ser el último Juzgado; de ser así pedirá los testimonios de sentencia de todas las condenas a los diversos Juzgados o Tribunales; posteriormente cotejará si las causas pueden considerarse conexas entre sí y, si ello es así, comprobará si la suma de las condenas refundibles es superior al tope de los 20 años o al triple de la mayor de todas las penas impuestas, y si ello es así, procederá mediante auto a estimar la solicitud.

En el trámite de refundición de condenas debe ofrecerse trámite de audiencia al interesado, quien deberá ser asesorado por su abogado, según sentencia del Tribunal Constitucional: “Solicitada por el recurrente la refundición de las penas de las causas (pues esto es evidentemente lo que pide) debió abrirse el trámite del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con audiencia del interesado asistido de Letrado y resolverse por Auto, contra el cual pudiera presentarse el recurso de casación previsto en el citado artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al no procederse así se han vulnerado los derechos de defensa del interesado reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución”.

Finalmente, la resolución que se dicte al respecto (auto) debe estar suficientemente motivada.

*3. Competencia del último tribunal o juzgado sentenciador:

Desde el principio, los Jueces de Vigilancia vienen reclamando en sus reuniones la competencia para proceder a la refundición frente a los órganos judiciales sentenciadores, Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal. Con ello asumirían el papel que el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispensa al “último tribunal sentenciador”, cuya función no d potestad declarativa, ya que si así lo fuera no se explicaría su asunción de funciones, sino que se limita a decidir si concurre o no la conexidad delictiva exigida por la ley para la acumulación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo viene manifestado todo lo contrario en sus sentencias de 14 de octubre de 1989, 7 de mayo de 1990, 10 de mayo de 1993 y 18 de mayo de 1995. Entre otras razones, aduce el Tribunal Supremo que contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria no cabe recurso de casación. En esa misma línea se pronuncia el Tribunal Constitucional en su sentencia de 14 de julio de 1988.

El último tribunal o juzgado sentenciador es el último que haya dictado el último auto de firmeza de sentencia.

*4. Recurso de casación:

Los autos que vienen a resolver las solicitudes de refundición de condena son recurribles en casación, por infracción de ley, ante el Tribunal Supremo, según establece el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

*5. Conexidad delictiva:

Lo más trascendente para estimar, o no, una solicitud de refundición de condena, es determinar si concurre, o no, la exigencia de la conexidad.

Hasta la Ley de 8 de abril de 1967, origen del artículo 76 del Código Penal y del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, únicamente era posible aplicar las limitaciones en el cumplimiento de las penas para las condenas por diversos delitos que hubieran sido juzgadas en un mismo juicio, porque en su momento hubieran sido acumuladas por considerarse conexas.

Es esa Ley de 1967 la que permite introducir los límites para condenas recaídas en procedimientos distintos, pero para ello se exigió que los delitos o faltas enjuiciados en distintos procesos, habrían de ser conexos entre sí, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, este artículo 17 fue concebido para determinar la enjuiciabilidad de diversos delitos por un mismo juzgado o tribunal, y se caracteriza por la diversidad de criterios de conexión, de tipo subjetivo, instrumental o medial, o mixtos, que exigen, para considerar conexas diversas infracciones, que diversos delitos se imputaren a una misma persona al incoarse causa por cualquiera de ellos (condición subjetiva), que tengan analogía o relación, entre sí (condición objetiva) y que no estuviese ya sentenciados.

Bajo tal pluralidad de criterios el Tribunal Supremo ha utilizado como pautas para apreciar o no la conexidad, el tiempo, el lugar, el bien jurídico protegido lesionado, preceptos infringidos, modus operandi del agente, entre otros (sentencias del Tribunal Supremo de fechas 15 de marzo de 1985, 8 de mayo de 1991, 10 de febrero, 14 de junio, 6 de noviembre de 1992, 18 de mayo, 24 de junio y 13 de julio de 1994 y 2 de julio de 1997).

Ante tal pluralidad de criterios, que en más de una ocasión daban lugar a grandes arbitrariedades en la apreciación de la conexidad, el punto de inflexión lo marca la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1992 que, bajo los principios de racionalidad, de cumplimiento del mandato constitucional del artículo 25.2, de orientación resocializadora del sistema penológico, de proporcionalidad, de favorecimiento al reo y de concepción del Derecho como orientado a la justicia, como suma de equilibrios, viene a introducir la posibilidad de realizar una interpretación extensiva y analógica del concepto de conexidad de la refundición de condenas.

Desde entonces la línea jurisprudencial se ha asentado con una diversidad de sentencias que han venido a ampliar el campo de los criterios de interpretación extensiva. Así, entre otros: a) el Principio de reeducación y reinserción social de la pena (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de febrero de 1994); b) el principio de unidad de ejecución y unidad de cumplimiento de las condenas, según el cual el tratamiento penitenciario se inspira en la conveniencia de operar sobre la totalidad de las penas impuestas en la sentencia o condenas pendientes de ejecución; así el sistema de individualización a que se refiere el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, debe girar sobre el binomio personalidad criminal-duración de la pena; c) el principio de humanismo penal (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de marzo de 1994 y 15 de noviembre de 1995); d) la interpretación de la conexidad del artículo 76 dentro de la disciplina del concurso real de delitos y sistema de pena única (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de abril de 1994, 3 de noviembre de 1995, 27 de diciembre de 1995 y 19 de mayo de 1997).

De conformidad con los anteriores criterios para determinar la existencia, o no, de la conexidad “solo debe atenderse a si los diversos delitos han podido ser enjuiciados en un solo proceso y existirá siempre que la acumulación no se transforme en una exclusión de la punibilidad para todo delito posterior” (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de noviembre de 1995), ya que “si una persona supiera que no ha de cumplir las penas por los delitos posteriores a otras ya firmemente impuestas se crearía un sentimiento de impunidad singularmente peligroso y contrario a la finalidad de prevención especial de la sanción”. De este modo, “los períodos de acumulación de penas se cortan desde el momento en que existe la condena de carácter firme” (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 1995). De acuerdo con esta doctrina “se deben considerar acumulables [...] las penas impuestas a todos los hechos ocurridos antes de la fecha de firmeza de la primera sentencia que adquirió tal condición; correlativamente, los que fueron cometidos con posterioridad a dicha fecha deben ser tratados con el mismo criterio, pero sin acumulación a los anteriores” (sentencias del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo, 1 de abril y 12 de diciembre de 1995).

Por tanto, si después de haber sido dictada sentencia firme en su contra, el condenado comete una nueva infracción penal, esta última condena no se puede refundir con las anteriores ya que técnicamente es imposible que se pudiera juzgar esa nueva infracción penal en un mismo juicio con los anteriores delitos, puesto que ya habrían sido dictadas condenas que han ganado firmeza.

Pero si se comenten varios delitos y después de recaer condena firme por el primero de ellos se comete un nuevo delito, surgen dos opciones: una, refundir este nuevo delito con los que quedan por juzgar, dejando fuera el primer delito ya con sentencia firme, o bien, refundir todos los primeros delitos cometidos, dejando fuera el nuevo delito cometido. Todo dependerá de lo que más interese, por las penas que resulten.

Es por ello que para el cálculo de la procedencia o no de una refundición entre varias condenas firmes se tengan que tener muy en cuenta las fechas de la comisión de los hechos para ponerlas en conexión con las fechas de las firmezas de las sentencias de las distintas causas y, a partir de ahí, calcular detenidamente, qué causas se pueden incluir en un grupo de condenas y cuales no, en función de que unas fueran firmes al cometerse unos hechos y otras no.

No obstante, recientemente, ha empezado a surgir una línea jurisprudencial que establece que los principios constitucionales que prohíben las penas degradantes y propugnan la reeducación y la reinserción social de las penas, han de prevalecer sobre la estricta interpretación de la conexidad cuando el límite temporal, sobre todo cuando el total de las condenas excedería de los 30 años antes, o de los 20, ahora (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de diciembre de 1994).

Paradigma de esta última línea de pronunciamientos judiciales es el auto de 23 de enero de 1996 de la Audiencia Provincial de Vizcaya que, después de una pormenorizada enumeración de los principios sobre los que se sostiene la doctrina jurisprudencial sobre la refundición -principio de humanidad, de analogía en favor del reo y de reeducación y reinserción social- considera extinguida la vigencia de la conexión delictiva como presupuesto de aplicación de la regla 2ª del antiguo artículo 70 del Código Penal, y aprueba la refundición de dos condenas firmes con una por quebrantamiento y un delito cometido durante ese quebrantamiento.

Lo anterior supone una auténtica quiebra de los principios jurisprudenciales vigentes hasta la fecha, ya que evidentemente cuando se quebranta una condena es porque se está cumpliendo una sentencia firme, en principio irrefundible con cualquier tipo de delito posterior.

*5.1 La toxicomanía como factor de conexidad:

En aplicación de la interpretación extensiva y analógica que permite la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 1992, la finalidad reeducativa de la pena privativa de libertad, establecida en el artículo 25.2 de la Constitución y el principio de individualización de la pena, la condición de toxicómano de la persona en las distintas infracciones penales perpetradas podría concebirse como “un elemento de conexión entre varios delitos aún cuando los tipos fuesen diferentes y cometidos en momentos temporales distantes entre sí”.

*5.2 Quebrantamiento de condenas refundidas:

La problemática concreta -a desaparecer con la supresión de la redención de penas por el trabajo- surge cuando se quebranta una condena que es el resultado de una refundición, en ese momento el antiguo Código Penal en su artículo 100.1, sanciona dicho infracción impidiendo volver a redimir en la condena quebrantada.

La polémica se plantea en que si se concibe la refundición como la creación de una nueva y única condena, por aplicación de la sanción indicada, en caso de quebrantamiento, no se podría volver a redimir en toda la condena refundida.

Sin embargo, procurando la interpretación más beneficiosa para el reo, puede considerarse que ajustándonos a la interpretación estrictamente literal de las palabras del vigente artículo 76.1 del Código Penal -al igual que de las del antiguo artículo 70.2-, cuando el artículo se refiere a que “el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de la penas en que haya incurrido”, ha de entenderse que se está fijando un límite de cumplimiento, pero no está creando una condena nueva.

Así, una vez aprobada, por ejemplo, una limitación en 15 años, por ser la mayor de las condenas de 5 años, se cumplirían sucesivamente las condenas de mayor a menor y cuando se llegarán a los 15 años de cumplimiento, se consideraría cumplida la pena, “declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo” dice el artículo 76.1.

La importancia de fijar el artículo 76.1 como un límite de cumplimiento reside en que si se quebranta condena, la baja en redención se aplicaría exclusivamente a la concreta condena que se estaría penando, según el orden de cumplimiento de mayor a menor, y una vez extinguida esa condena se podría volver a redimir en las siguientes.

En este sentido, existe alguna opinión concordante con esta tesis, como la que se recoge en la IX Reunión de Jueces de Vigilancia en la que se desarrolla el argumento de que la aplicación de los beneficios del artículo 76.1 operan de manera que las penas dejan de

cumplirse cuando se alcanza el máximo fijado, actuando como pura reducción de la pena aplicable y no como si de una nueva pena, resultante o autónoma se tratase.

*6. Problemas que plantea el Código Penal de 1995:

La entrada en vigor del nuevo Código Penal en relación con la institución de la limitación de condenas del artículo 76 ha venido a crear algunos problemas, en relación a su aplicación:

Un primer problema consiste en si se puede redimir o no cuando se refunden un conjunto de condenas en el que concurren condenas del nuevo Código Penal, en el que no cabe redimir, y condenas del antiguo Código Penal donde si es posible la redención.

La única referencia al problema se encuentra en el apartado 1º, del punto 5 de la Disposición Transitoria 1ª del vigente Reglamento Penitenciario, en el que “para la ejecución de la pena resultante -de refundir condenas del nuevo y del viejo Código- se estará a lo que disponga el Juez o Tribunal, en orden al sometimiento de la ejecución a las normas de uno u otro Código”.

Sin embargo, la deficiencia de la norma no sólo viene por la ausencia de criterio sino, también de lo inapropiado de que una simple norma de carácter reglamentario sustraiga de las competencias atribuidas por Ley Orgánica al Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de las penas.

En la práctica, una pauta de solución nos la puede ofrecer los criterios de revisión de condenas que prevé las disposiciones transitorias del nuevo Código Penal, en el sentido de estar, principalmente a la opinión del reo a la hora de optar por la aplicación de uno y otro código en lo que se refiere a la ejecución de la pena, en lo referente, sobre todo, a la posibilidad de redimir o no.

Otro motivo de duda surge en relación a si es de aplicación el nuevo tope de cumplimiento de 20 años, en condenas del viejo Código Penal no revisadas superiores a ese tiempo. En este sentido, en un gran número de resoluciones judiciales, en la que no se estimaba la revisión de la condena conforme al nuevo Código, se ha introducido una apostilla en el sentido de indicar que no procede la revisión pero en cualquier caso no se cumplirá un tiempo de prisión mayor que el que correspondería si la condena hubiera sido revisada. Es un procedimiento sumamente inteligente para, en una misma resolución, decidir en dos sentido, por el antiguo Código y por el nuevo al no permitir que se cumpla más de lo que correspondería con este.

Así, en las condenas de más de 20 años con el viejo Código no se cumplirían más allá de ese tiempo aunque no se hubiera revisado la condena conforme al nuevo Código.

En este mismo sentido, como argumento teórico de solución al respecto, existe una tesis, según la cual el Código Penal podría desglosarse perfectamente, en una parte puramente procedimental referida al cumplimiento concreto de las penas, con autonomía y entidad propia respecto del resto del Código, de manera que, aunque no se hubiera producido la revisión de la condena respecto de la pena a imponer, si podría el reo acogerse al nuevo Código Penal en el concreto aspecto del máximo de cumplimiento de condena fijado en el nuevo texto legal, de modo y manera que, una

persona cuya condena superior a los 20 años de prisión no hubiera sido revisada, si podría pedir que se le aplicara el nuevo máximo de cumplimiento de 20 años del vigente artículo 76.

*6.1 No refundibilidad de las condenas ya licenciadas:

Sucede con bastante frecuencia que, cuando se solicita la refundición condena, alguna de las que serían susceptibles de ser refundidas se encuentren licenciadas definitivamente, es decir, ya cumplida. En esos casos, esas condenas, en principio, no se puedan refundir.

Para estos supuestos, existe una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1.997 que viene a referir que, conforme a la doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de fechas 1 de julio de 1994 y 31 de octubre de 1996), la inclusión de determinadas condenas en una refundición a los efectos de la aplicación del artículo 76 del Código Penal, no puede quedar al albur de una tramitación más o menos rápida o lenta, circunstancia ordinariamente ajena a la conducta del penado, sino que es necesario que todas las condenas de la misma época, incluso aunque ya haya sido cumplida la pena, se tengan en cuenta para fijar los límites correspondientes a tal refundición.

*6.2 Refundición de condenas a efectos de libertad condicional:

El artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario establece que las condenas han de computarse -sumándolas- las sucesivas o simultáneas condenas que cumple un penado, de forma que la suma de las condenas serán consideradas como una sola a efectos de libertad condicional.

A la luz de este precepto, aunque a alguna de las penas se haya llegado al cumplimiento de las tres cuartas partes, no cabe proponer el licenciamiento definitivo de esta causa mientras queden otras vigentes y pendientes de cumplir en el expediente, porque de ser así, cerraríamos la posibilidad de que la evolución del interno en el tiempo que le queda de cumplimiento le permita acceder a tercer grado y disfrutar de libertad condicional en el total de las causas.

Esto es de aplicación aunque delinquiera estando en situación de libertad condicional, ingresando de nuevo en prisión, siendo juzgado por éstos y como consecuencia, revocada la libertad condicional. Sin embargo, la Administración Penitenciaria licencia al preso de las condenas porque entiende que al haber quebrantado la libertad condicional ya no se le puede conceder otra sobre esas condenas y por ello pide el licenciamiento definitivo de las mismas. Esta interpretación es ilegal por dos motivos:

a) De un análisis pormenorizado de la legislación penal y penitenciaria no se desprende tal limitación de concesión de libertad condicional, aún cuando se haya delinquirido durante la misma. Por ello, si la ley no lo limita, no existe apoyo legal para el acto administrativo que ha servido de fundamento a la resolución adoptada por la cárcel. Por ello, ese acto de la administración penitenciaria por el que se acuerda solicitar el licenciamiento de condena al Tribunal sentenciador es nulo (en este sentido el Auto de la Audiencia Provincial, Sección 5ª de Madrid de abril de 1997, Auto del Juzgado de

Vigilancia Penitenciaria de Burgos de 16 de octubre de 1995 y Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real de 6 de febrero de 1997)

b) Por otro lado, cuando se refundan las causas anteriores con las nuevas, ya no es la misma condena en la que se cometió el delito durante la libertad condicional, sino es otra distinta que surge al refundir las anteriores a la nueva “la suma de las mismas será considerada como una condena”.

Las Juntas de Régimen, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario que textualmente preceptúa que “cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sólo condena a efectos de aplicación de libertad condicional”, deben enlazar las nuevas condenas con las anteriores, haciendo de todas una única condena.

El artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario es plenamente eficaz, a pesar de ser una norma reglamentaria, desde el momento en que no vulnera ninguna norma de rango superior y que goza de autonomía. Responde, además, con toda claridad a la lógica necesaria en el sistema penal para dotar de efectividad a una institución tan esencial como la libertad condicional que no podría resistir el absurdo juego de ser aprobada y disfrutada en cada una de las condenas debiendo el interno regresar a prisión a su término para iniciar el cumplimiento de otra pena pendiente.

El principio de legalidad, es considerado el eje básico del Estado de Derecho que obliga a los poderes públicos al sometimiento a la ley. Pues bien, dentro de este principio, se desarrolla lo que la doctrina denomina principio de legalidad en la ejecución, que viene definido en el artículo 3.2 del Código Penal que, preceptúa que “no puede ser ejecutada pena alguna 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”.

A mayor abundamiento, el artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria señala que “la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”.

La competencia para declarar nulo los actos administrativos de las Juntas de Régimen que se niegan a ello, la tiene el Juez de Vigilancia penitenciaria toda vez que es el encargado de velar por la ejecución de las penas de acuerdo con el principio de legalidad y el control de la actividad penitenciaria; debe salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse (artículo 76.1 Ley Orgánica General Penitenciaria).

A mayor abundamiento, la nulidad de esas órdenes administrativas deriva también de que no se le notifican, ni a los presos, ni a sus letrados la decisión de dar por licenciada la condena. Ello implica la imposibilidad de revisar legal y oportunamente tal decisión administrativa. De esta manera, además de generar una grave indefensión se han vulnerado el artículo 238.3 Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que serán nulos los actos que supongan la infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa siempre que hayan generado indefensión.

*7. La inaplicación de la refundición de condenas afecta al derecho a la libertad. Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1996:

“La sentencia del Tribunal Constitucional 147/1988 contempla un supuesto análogo al que ahora se ofrece a nuestra consideración, que no es otro que el relativo a cómo han de ejecutarse las penas, en este caso, privativas de libertad, cuando las mismas son varias, y por consiguiente no admiten un cómputo simultáneo, preponderando como es bien sabido en dicha ejecución, un criterio de acumulación o de suma de carácter limitado. En tales circunstancias, dice la sentencia del Tribunal Constitucional citada, que no es excluible una lesión del artículo 17.1 de la Constitución si no se procede tal y como ordena el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que podría afectar al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución. En este sentido se afirma en la sentencia del Tribunal Constitucional citada que “el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución permite la privación de libertad sólo en los casos y en las formas previstos en la ley. En el presente caso no se pone en duda la licitud de la situación de preso y penado del solicitante de amparo, al existir una condena impuesta por sentencia, la única firme, además, en el momento de iniciarse el cumplimiento de esa pena. Lo que se cuestiona es la forma de ejecución de esa condena en relación con el cómputo del tiempo de estancia en prisión. No ha de excluirse que lesione el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución, la ejecución de una sentencia penal con inobservancia de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal respecto al cumplimiento sucesivo o, en su caso, refundido de las distintas condenas de pérdida de libertad que pudieran reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto que supongan alargamiento ilegítimo de esa permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad. Al mismo tiempo, la inobservancia de tales disposiciones, en ejecución de las correspondientes sentencias, podrá afectar al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución”.

*8. Naturaleza de la pena refundida:

Se discute si el resultado de la acumulación es una nueva pena de consideración única o si, por el contrario, se trata simplemente de una suma aritmética de unas penas que siguen manteniendo su propia sustantividad, si bien quedan extinguidas aquellas que sobrepasan el triple de la más grave o el tope legalmente señalado.

La cuestión tiene importantes repercusiones prácticas. Si la pena refundida es una nueva pena, todas las alteraciones que en la misma se produzcan es como si lo fueran sobre ella misma, sin distinguir entre las que la integraron. Así, si se quebranta, no es posible determinar en cuál de las integrantes se produjo el quebrantamiento, de suerte que los efectos negativos (la baja en redención) lo será por la nueva pena y no por las anteriores, a diferencia de lo que ocurriría si se tratara de una mera refundición. En otro caso se quebrantaría la pena que se estuviera cumpliendo en ese momento, pero no afectaría a las demás.

Lo mismo ocurre con la libertad condicional y la redención. Si se mantiene la autonomía de las penas acumuladas

*9. El principio de consunción:

El principio de consunción es una excepción extralegal a la acumulación de condenas, y puede enunciarse de la forma siguiente: siempre que un sujeto realice sucesivamente

varias acciones de forma tal que alguna o varias de ellas, autónomamente punibles, sean absorbidas en atención a su injusto, por un acto anterior o posterior a aquellas, deberá el agente ser sancionado sólo por dicho acto.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo esporádicamente admitió este principio por la tendencia a disgregar los hechos en todas y cada una de sus manifestaciones punibles (concurso real), deslindando el concurso de leyes del concurso ideal. Según el Tribunal Supremo los hechos plurales deben ser castigados e cuanto el delito absorbente pueda ser concebido sin necesidad de los demás hechos se produzcan (sentencias de 54 de abril de 1953 y 4 de enero de 1955).

El principio de consunción presupone la existencia de varias acciones. Si sólo hay una acción, no cabe aplicarlo, sin que esa unidad se vea rota por la circunstancia de que el resultado se produzca separadamente en el tiempo o en el espacio de la manifestación volitiva, ni por la que sean varios los tipos aplicables. En estos casos habrá concurso de leyes o concurso ideal.

AISLAMIENTO:

1. Análisis:

Las sanciones disciplinarias se regulan en el Título X del Reglamento Penitenciario. La aplicación de sanciones supone, no sólo la generación de situaciones tensas, sino también un cambio negativo en las condiciones de cumplimiento de una condena, bien por las privaciones de paseos o por el cumplimiento en celda de aislamiento o por el traslado a otro centro, así como por, en algunos casos, representar una regresión a primer grado. Desde una perspectiva más a largo plazo, y ya dentro de un proceso de reinserción social, las sanciones disciplinarias representan, normalmente, un impedimento al acceso al beneficio de los permisos, que bien se retrasan, hasta la cancelación de dichas anotaciones o, simplemente, desaparecen como una posibilidad cierta, al argumentarse la existencia de una “irregular trayectoria penitenciaria”; y la denegación de permisos supone, en la práctica, una imposibilidad material de acceder al tercer grado, lo que conlleva la no obtención de la libertad condicional, lo que penitenciarmente se conoce como “cumplir a pulso”.

Desde un punto de vista formal, el procedimiento sancionador prescrito en los artículos 241 a 251 del Reglamento Penitenciario parece dar un marco garantista suficiente para entender resguardados los derechos fundamentales, que también asisten a quienes cumplen una pena privativa de libertad, sin embargo estos preceptos no sólo no suelen ser cumplidos con apego al espíritu y la letra de los mismos sino que, además, el legislador ha hecho abstracción de la realidad y complejidad del mundo penitenciario que, obviamente, es el ámbito de aplicación de los mismos.

La instrucción del proceso sancionador, tan detalladamente descrita en el artículo 242 del Reglamento Penitenciario, suele, en la práctica, reducirse a una situación mecánica, formularizada, en la cual sólo hay unos breves espacios en los que, con excesiva parquedad y abrumadora unilateralidad, se da por cumplido con los requisitos formales establecidos en el artículo 242.1 a, b, c, e y f, del Reglamento Penitenciario,

entendiéndose que así se ha respetado la ley y resguardado los derechos fundamentales del preso imputado; sin embargo, debería, en especial con las circunstancias de los hechos imputados, procederse a una detallada descripción de los mismos con indicación exhaustiva de las pruebas o indicios con que se cuenta para sostener una acusación que, de una forma u otra, tendrá consecuencias negativas para el preso.

En la práctica, estos “hechos imputados” son descritos de forma genérica, con abstracción incluso de fecha, hora y lugar en que se habrían producido, lo que, sin lugar a dudas, genera indefensión, no sólo por el hecho en sí en de que estos datos no consten sino porque privan de la posibilidad de argumentar y probar en contrario.

La no indicación al preso imputado de las pruebas en que se basa la acusación no sólo constituye una indefensión sino que también representa una clara desigualdad entre las partes que no debería darse ya que el hecho de estar en prisión constituye, por sí mismo, una relación de especial sujeción que no necesita de esta adicional desigualdad. Muchos procedimientos sancionadores tienen su origen en la interacción funcionario-interno, que agrava la desigualdad al ser la Administración penitenciaria, en términos reales, juez y parte del proceso. En otros casos, el proceso sancionador se basa en una acusación formulada por otro preso, al cual la Administración penitenciaria tiene el deber de proteger, por lo que no sólo se debe ponderar la veracidad y motivación de la denuncia sino que también debe tenerse en cuenta que el fin de proteger al denunciante no debe privar al denunciado de los datos y elementos necesarios para defenderse de esas imputaciones.

Aún cuando el artículo 244.1 del Reglamento Penitenciario establece que “el instructor realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos y recabará los datos e informes que considere necesarios” no parece que esta previsión legal sea suficiente para preservar los derechos del imputado porque, de una parte, en la praxis habitual, tales “actuaciones” se limitan a la tramitación del parte del funcionario, con lo que no se procede a una averiguación cierta e imparcial de los hechos y, de otra, debió prever el legislador que se diese traslado al imputado de la globalidad del expediente sancionador para, así, tener un conocimiento cabal, no sólo de la acusación existente sino también de las pruebas obrantes, pudiendo no sólo analizarlas sino también rebatirlas, presentando las oportunas alegaciones, testigos o pruebas de descargo que estime convenientes.

La estructura formal y práctica de los procedimientos sancionadores previstos en el Reglamento Penitenciario está basada en la presunción de que es el preso imputado el que debe desvirtuar la acusación y demostrar su inocencia y es, justamente en este punto, donde debe apreciarse la mayor peligrosidad de estos procedimientos porque, sin duda alguna, se vulnera el derecho constitucional a la presunción de inocencia, que no sólo asiste a todos sino que al mismo preso le asistió hasta el momento de ingresar en prisión, no entendiéndose cuál es el sustento jurídico para privar a un preso de este derecho en el ámbito del procedimiento sancionador penitenciario.

La desestimación del derecho a la presunción de inocencia trasciende del proceso intrapenitenciario alcanzando, también, al ámbito de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que, mayoritariamente, suelen desestimar los recursos de queja interpuestos contra procedimientos sancionadores basándose, en muchos casos, en la no objetivación de la queja o en la insuficiencia probatoria por parte del preso cuando, en

realidad, el proceso lógico debería consistir en la averiguación, no sólo de la existencia o no de unos hechos objetivos sino en la existencia de prueba de cargo bastante y adecuadamente obtenida para proceder a desvirtuar esa presunción de inocencia, no existiendo justificación alguna para esta habitual inversión de la carga de la prueba.

Asimismo, no se entiende la existencia de “pruebas privilegiadas” como son el dar carácter probatorio a la declaración o informe de un funcionario, desestimando, en muchos casos, el testimonio de un preso o, incluso, los de varios presos, con lo cual volvemos a la desigualdad entre las partes, a la vulneración de la presunción de inocencia y a obviar el principio “in dubio pro reo”, porque aún cuando no estamos ante un proceso penal si estamos, como se ha dicho, ante un proceso que generará, más temprano que tarde, no una privación de libertad, que ya existe, pero si un retraso en la obtención o recuperación de esta.

Algunos de los problemas que se ven, en la práctica, en el procedimiento sancionador, vienen dados por el entorno en que se desarrolla el mismo. El pliego de cargos es comunicado al preso a través de una ventanilla y, normalmente, en presencia de otros muchos presos privándose de la intimidad y tranquilidad necesarias para, por una lado, comprender las connotaciones y gravedad del acto, así como para expresarse libremente, en caso de que lo desee, sobre el mismo. También debe destacarse que, como práctica habitual, no sólo suele desestimarse cualquier prueba que cuestione la objetividad o veracidad del testimonio o acusación por parte de un funcionario, con lo que ello implica a efectos de defensa sino que, por un erróneo entendimiento del corporativismo y del principio de autoridad, el hecho de solicitar ciertas pruebas, absolutamente admisibles en cualquier proceso, en el ámbito penitenciario no sólo no está “permitido”, desestimándolas sin la preceptiva fundamentación, sino que conllevan otros problemas que suelen resultar más gravosos para el preso que el aceptar, sin más, la sanción que le correspondería en caso de no defenderse de la acusación y asumir de plano el expediente y su sanción.

En otro plano, no menos importante que el brevemente descrito, sorprende, negativamente, que el legislador, en una demostración más de su desconocimiento de la realidad y complejidad del mundo penitenciario, no prevea, dentro del procedimiento sancionador, ni implícitamente, la posible existencia de causas atenuantes o excusas absolutorias dentro de la responsabilidad regimental; no parece razonable que se desconozca que en el mundo penitenciario existe una serie, tal vez demasiado amplia, de situaciones y estados que, en cualquier otro entorno, serían interpretables como atenuantes de la responsabilidad o como causas de exención de la aplicación de normas.

No parece, en absoluto, razonable que se desconozca que la realidad penitenciaria actual nos muestra un amplio porcentaje de la población reclusa que presenta politoxicomanías, las cuales no sólo no se ven superadas una vez en prisión sino que, en muchos casos, se ven agravadas. Y el hecho de que el consumo de sustancias estupefacientes y drogas en general esté prohibido no significa, ni mucho menos, que no existan y serán ampliamente consumidas en el interior de las prisiones. De hecho, la existencia de controles analíticos para la detección de drogas y los programas de metadona son un reconocimiento claro de la existencia de esta realidad, por lo que debió considerarse la posibilidad, más que cierta, de que en determinados momentos puedan existir estados mentales, inducidos o provocados por las drogas y/o sustancias

estupefacientes, en los cuales una persona, en estos casos un preso, no sólo no tiene conciencia de sus actos sino que, tampoco, es responsable de los mismos.

Abundando en este punto, es necesario tener presente que muchos casos de politoxicomanía son tratados en el ámbito penitenciario con combinaciones de metadona y pluralidad de fármacos cuya interacción, combinación y utilización producen reacciones que difícilmente han podido ser estudiadas con anterioridad por lo que es factible, y la práctica lo demuestra, que muchos presos pierdan, en determinados momentos, el control de sus actos y de su voluntad, sin incurrir en la falta de haber consumido sustancias estupefacientes o drogas ilegales sino por la propia influencia de los fármacos suministrados por la Administración penitenciaria que luego no lo tendrá en cuenta a la hora de valorar comportamientos o conductas violentas sancionables, procediéndose mecánicamente a la constatación de un hecho sancionable y a la posterior aplicación de la sanción, porque no existe ni la voluntad ni la previsión legal para apreciar las antedichas atenuantes o excusas absolutorias.

Otros casos, no menos significativos y también dignos de atención, son aquellos en los que, por circunstancias puntuales, bien en el ámbito familiar o afectivo o por el deterioro emocional y psicológico que genera la privación de libertad, se producen situaciones o comportamientos que, sin duda, son contrarios al Reglamento Penitenciario y, por tanto, sancionables, pero que, teniendo en cuenta el sentido y finalidad de las penas privativas de libertad, deben ser tratados con la delicadeza y atención que merecen, a fin de evitar la generación de sentimientos negativos y contrarios a la futura reinserción social del preso. Sin embargo, una vez constatados los hechos, no es factible darles ese necesario tratamiento porque la constatación de la existencia de una falta, sea esta muy grave, grave o leve, obliga a la imposición e la preceptiva sanción. Para estos casos debió preverse legalmente la posibilidad de apreciar alguna atenuación o una causa de exención de la aplicabilidad de la norma, dependiendo del caso y las circunstancias del preso.

Por último, y no menos importante, debe llamarse la atención sobre el preocupante aumento de presos que pese a presentar, claramente, alteraciones psíquicas de mayor o menor gravedad están conviviendo con el resto de la población reclusa y que no son conscientes ni de su situación ni de sus actos, pero que, como regla general, se ven sometidos a normas regimentales generales y, por tanto, a las posibles sanciones disciplinarias que cualquier falta conllevará. En estas situaciones, cada vez más numerosas, en las que no se está dando un tratamiento psiquiátrico ni psicológico de ningún tipo, más que hablar de las antes mencionadas atenuantes o excusas absolutorias habría que preguntarse no sólo si la prisión es el sitio adecuado para estos enfermos sino también si no estaremos antes personas que deberían ser declaradas inimputables no ya en el ámbito estrictamente penal sino, asumiendo su permanencia en un centro penitenciario, en el ámbito disciplinario descrito en la legislación penitenciaria.

A modo de conclusión habría que decir que el procedimiento sancionador en el ámbito penitenciario, presenta, de un lado, carencias en su aplicación práctica que son claramente vulneradoras de derechos fundamentales y de principios jurídicos básicos y, de otra parte, en su previsión normativa, hace gala de un obstinado desconocimiento de la realidad penitenciaria que también lleva a la vulneración de derechos fundamentales, que no puede ni se deben obviar por el simple hecho de tratarse de un ámbito de aplicación especial, como es el penitenciario, porque obviar esto conllevaría, sin lugar a

dudas, el olvido de que las penas privativas de libertad deben estar orientadas a la reeducación y reinserción social del individuo y la mejor forma de conseguir esto no pasa por ignorar tales derechos sino por hacer ver al preso que incluso él tiene derechos... a la vez que obligaciones.

2. Resoluciones del Tribunal Constitucional

2.1 Garantías:

2.1.1 Garantías del procedimiento. Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1995 de 19 de diciembre (también las sentencias 143/1995 de 3 de octubre y 39/1997 de 27 de febrero):

“Ya desde la sentencia del Tribunal Constitucional 18/81 viene declarando reiteradamente este Tribunal que las garantías procesales establecidas en el artículo 24.2 de la Constitución y en concreto las relativas al derecho de defensa, presunción de inocencia y a la actividad probatoria, son aplicables no sólo en el proceso penal, sino también en los procedimientos administrativos sancionadores con las matizaciones que resultan de su propia naturaleza, en cuanto ambos no son sino manifestaciones de la potestad punitiva del Estado (sentencias del Tribunal Constitucional 2/87, 212/90, 145/93, 297/93 y 97/95, entre otras), habiendo precisado este Tribunal que tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena (sentencias del Tribunal Constitucional 74/85, 2/87, 297/93 y 97/95, entre otras)”.

2.1.2 Derecho a ser informado de la acusación. Sentencia del Tribunal Constitucional 297/93:

“La puesta en conocimiento de la imputación en el procedimiento administrativo sancionador se realiza normalmente a través de la notificación del pliego de cargos, mediante el cual el expedientado tiene conocimiento de los hechos imputados y de la calificación jurídica que merecen para la Administración, pudiendo disponer su estrategia defensiva a partir del pliego de descargos. Desde la perspectiva constitucional resulta imprescindible que en el pliego de cargos se reflejen de forma suficientemente precisa los hechos objeto de la imputación. Por ello, no es extraño que el artículo 130 del Reglamento Penitenciario exija que en el pliego de cargos se incluya una relación circunstanciada de los hechos objeto del procedimiento disciplinario y su respectiva calificación legal. Debe entenderse que esta relación, como consecuencia del principio de información derivado del artículo 24.2 de la Constitución, habrá de contener todos los datos necesarios para permitir al interno obtener un exacto conocimiento de los hechos imputados y poder defenderse de los mismos”.

“En el caso que nos ocupa, el procedimiento sancionador seguido ante la Administración Penitenciaria no respetó estas garantías, generando la indefensión del recurrente como consecuencia de una ilustración imprecisa e incompleta de los términos de la imputación. El pliego de cargos notificado al recurrente contiene una información tan genérica de la imputación que le privó de la posibilidad de disponer de una defensa efectiva. La información consistió únicamente en la mención de haber proferido unos insultos a otros compañeros de internamiento sin especificar cualquier otra circunstancia

relacionada con el lugar, día, expresiones proferidas o personas contra las que se dirigieron. Genérica información que sin duda impedía conocer la imputación y defenderse de ella eficazmente”.

“Cabría añadir, por último, que el Acuerdo sancionador de la Administración Penitenciaria se dictó considerando como única prueba incriminatoria el parte que dio lugar a la incoación del expediente disciplinario. Por ello, de acuerdo con la doctrina establecida por este Tribunal en las sentencias del Tribunal Constitucional 2 y 192/87, el interno debería haber tenido conocimiento del contenido de tal denuncia. En efecto, si bien como regla general no es preciso comunicar junto con el pliego de cargos el contenido de las denuncias, pues como ha señalado este Tribunal es suficiente con que los hechos imputados se reflejen en el pliego de cargos, cuando se pretende utilizar la denuncia como material probatorio de cargo, el conocimiento de la misma por el imputado constituye una exigencia ineludible derivada de la prohibición general de la indefensión”.

2.1.3 Derecho a ser informado de la acusación.

Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1995 de 19 de diciembre:

El acuerdo que remite, en cuanto a los hechos probados al pliego de cargos, que contenía todos los datos necesarios para conocer los hechos imputados, no vulnera el derecho de defensa.

“Afirma el actor que, en contra de lo prescrito en el artículo 130.4 d) del Reglamento Penitenciario, dicho acuerdo no contiene una relación circunstanciada de hechos probados, remitiéndose a lo relatado en el pliego de cargos. Sin embargo, tal irregularidad no alcanza trascendencia constitucional pues, a efectos del derecho de defensa, del cual es presupuesto el derecho a ser informado de la acusación (artículo 24.2), lo determinante es que el pliego de cargos contenga una clara descripción de los hechos imputados al expedientado y de la calificación jurídica que merecen para la Administración penitenciaria, a fin de que el interno pueda disponer su estrategia defensiva (sentencias del Tribunal Constitucional 2/87, 190/87 y 297/93, entre otras). En el caso que nos ocupa tal garantía fue respetada, al contener el pliego de cargos todos los datos necesarios para permitir al interno un exacto conocimiento de los hechos imputados y poder defenderse de los mismos, por lo que la queja examinada carece de contenido constitucional”.

2.1.4 Derecho a los medios de prueba. Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1985 de 18 de junio:

“El artículo 131 b) reformado del Reglamento ha de ser puesto en conexión con el artículo 130.2 párrafo final del mismo Reglamento. En este último se dice que ‘si alguna prueba propuesta por el interno fuese estimada im-pertinente o innecesaria por el Director o Delegado, lo hará constar así en acuerdo motivado’. El artículo 131 B) establece que al interno se le notificará, junto al acuerdo sancionador, el particular de que contra dicho acuerdo puede recurrir en alzada ante el Juez de Vigilancia, ante el cual podrá reproducir ‘en su caso y si lo estima conveniente, la proposición de aquellas pruebas cuya práctica le hubiese sido denegada’. Se arbitra así, uniendo la necesaria

motivación de la denegación con su posible reproducción ante el Juez de Vigilancia, un mecanismo que permite ejercer el control jurisdiccional en concreto sobre la denegación administrativa de la actividad probatoria, total o parcialmente, propuesta por el interno. De este modo, el Juez puede, por una parte, valorar las pruebas practicadas, si las hubiere, y, por otro lado, valorar si la eventual denegación debe o no mantenerse y, en este segundo caso, admitir la práctica de pruebas. Es cierto que la libertad probatoria en alzada podría ser mayor, pero siendo como es no parece que atente contra el artículo 24 de la Constitución Española”.

2.1.5 Medios de prueba: denegación no fundamentada. Sentencia del Tribunal Constitucional 97/1995:

“El derecho de defensa lleva consigo como elemento inseparable (sentencias del Tribunal Constitucional 147/1987, 50/1988, 59/1991, etc.) que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, de suerte que ha de reputarse arbitraria una denegación que no tenga fundamentación razonable o que no aparezca motivada (sentencias del Tribunal Constitucional 94/ 1992, 297/1993, etc.).

“Y solicitada la prueba en el caso que ahora se examina en el momento procedimental adecuado contestación al pliego de cargos, siendo clara su pertinencia y posible relevancia aspiraba a destruir la acusación de que la orina escondida no era del recurrente, habrá que concluir que la denegación inmotivada que ya se ha subrayado vulneró el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 de la Constitución) provocando con ello la indefensión proscrita por nuestra Constitución”.

2.1.6 Medios de prueba: denegación no fundamentada.
Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1997 de 25 de febrero:

“Cuando, como en este caso acontece, la prueba solicitada que había de ser considerada como no desprovista de razonabilidad -es decir, que se oyera a quienes presenciaron el incidente- pese a lo cual, sin una fundamentación apoyada en la lógica, se deniega sin más, es obvio, que las resoluciones judiciales que no rectificaron el pronunciamiento de la Administración Penitenciaria, no satisficieron el legítimo derecho del interno a la prueba, en los términos ya explicados”.

2.1.7 Medios de prueba: derecho a una respuesta respecto a los solicitados.
Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1995 de 19 de diciembre:

“Conforme a lo establecido en el artículo 131 b) del Reglamento Penitenciario, el interno reprodujo en el recurso contra el Acuerdo sancionador la proposición de una de las pruebas cuya práctica le fue denegada en su momento por el Director del Centro Penitenciario; en concreto solicitó la declaración del interno que presenció los hechos, no obteniendo contestación por parte del órgano judicial, que en sus autos omite cualquier consideración al respecto. Este silencio se alega en la demanda de amparo también como causa de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque dicho

motivo del recurso afectaría en primer término al derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución”.

“Asimismo, según consagrada jurisprudencia constitucional, el derecho a la prueba, soporte esencial del derecho de defensa, no implica la pérdida de la potestad del órgano decisor para declarar su impertinencia, si bien debe éste explicitar razonadamente su juicio negativo sobre la admisión de la misma (sentencias del Tribunal Constitucional 94/1992, 297/1993 y 97/1995, entre otras muchas). En el presente caso el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de La Coruña no sólo no motivó la desestimación de la prueba propuesta en un momento procesal oportuno, sino que guardó un absoluto silencio sobre tal petición, con lo que vulneró tan importante garantía del derecho de defensa. En contra de lo alegado por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, no puede interpretarse la ratificación del acuerdo sancionador como una remisión a las razones esgrimidas en dicho acto administrativo para denegar la prueba solicitada, pues la propuesta de prueba constituía una pretensión autónoma claramente diferenciada de la de anulación de la sanción, por lo que requería del órgano judicial una respuesta expresa, que, sólo en el caso de haberse producido y de ser denegatoria, podría haberse motivado mediante la técnica de la remisión. A ello hay que añadir que no cabe excluir la relevancia que en las resoluciones judiciales impugnadas pudieron haber tenido los hechos que el actor pretendía probar, pues aunque éste acepta que protestó ante el cambio de celda, discrepa en que los términos y tono en que su reclamación se produjo permitieran calificarla como una falta grave de respeto y consideración a la autoridad tipificada en el artículo 109 a) del Reglamento Penitenciario, habiéndose mantenido dentro de los límites de una legítima protesta ante una orden que el interno consideraba arbitraria”.

“De lo expuesto ha de deducirse que el silencio del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria acerca de la propuesta de prueba lesionó los derechos fundamentales del recurrente, consagrados en el artículo 24 de la Constitución a la tutela judicial efectiva y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, por lo que procede la estimación del motivo del amparo analizado”.

2.1.8 Medios de prueba: acceso al material probatorio. Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1996:

“Respecto al acceso a las pruebas practicadas, este Tribunal, en su STC 2/1987, al abordar el derecho a ser informado de la acusación, precisaba que el conocimiento de la denuncia no constituye una exigencia constitucional ‘salvo que se pretenda utilizar como material probatorio de cargo, en cuyo caso vendrá sometida al régimen de acceso a los medios de prueba que pueda corresponder al imputado’.

“Ahora bien, si el conocimiento de los hechos imputados resulta suficiente para satisfacer el derecho a ser informado de la acusación (artículo 24.2 de la Constitución), presupuesto del derecho de defensa, este último posee evidentemente un contenido más amplio que se garantiza mediante la existencia de un procedimiento contradictorio, característica que sólo podría predicarse cuando el recurrente tenga la posibilidad de contradecir no sólo los hechos imputados, sino la virtualidad probatoria de los medios de prueba utilizados por la Administración Penitenciaria. Por ello, y a pesar de que, según reconoce el actor, durante la reunión de la Junta de Régimen y Administración de

Alcalá-Meco le fue leída la declaración del Guardia Civil que había presenciado los hechos, no puede negarse la trascendencia constitucional de la falta de justificación por parte de la Administración Penitenciaria del hecho de no habersele informado al interno a cerca del resto del material probatorio obrante en el expediente disciplinario, por suponer una merma de las posibilidades de defensa del recurrente, sin que a este le sea exigible que argumente cómo hubiera articulado su defensa de haber sido satisfecha su pretensión, dado que nunca llegó a tener acceso al expediente”.

2.1.9 Medios de prueba: Requisitos de la proposición. Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1996:

“Según doctrina reiterada de este Tribunal, tal derecho es ‘inseparable’ del derecho mismo de defensa, y exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimientos ni obstáculos (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 30/1986, 147/1987 y 97/1995), por lo que resultará vulnerado ‘en aquellos supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda justificación o la motivación que se ofrezca pueda tildarse de manifiestamente arbitraria o irrazonable’ (sentencias del Tribunal Constitucional 149/1987, 149), 52/1989, 94/1992, 233/1992 y 1/1996 , entre otras).

“Ahora bien, para que (por denegación inmotivada o con motivación irrazonable o arbitraria) resulte una vulneración de dicho derecho, es preciso que en la prueba propuesta concurren una serie de requisitos (requisitos para la procedencia de su admisión), que cabe resumir como sigue: a) propuesta en tiempo y forma: por tratarse de un derecho de configuración legal ‘su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que es conditio sine qua non para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos’ (sentencias del Tribunal Constitucional 149/1987, 212/1990), 87/1992, 94/1992 y 1/1996, entre otras); b) relevancia o virtualidad exculpatória de los hechos que se pretendían probar, puesto que la indefensión que proscribe la Constitución ha de ser material, y que ‘habrá de ser alegada y fundamentada por el recurrente o resultar de los hechos y peticiones de la demanda’ (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 147/1988 y 110/1995; y, finalmente, c) idoneidad objetiva del medio probatorio propuesto para la acreditación de tales hechos relevantes [...] Por todo ello, hay que concluir que la denegación implícita, y, por tanto, inmotivada de las mismas (ya que el texto del impreso del Acuerdo sancionador reservado a estos efectos aparece en blanco) vulneró el derecho del interno a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 de la Constitución), provocando con ello la indefensión proscribida por nuestra Constitución”.

2.1.10 Medios de prueba: proposición ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Sentencia del Tribunal Constitucional 83/97 de 22 de abril:

“Bien es cierto que la lectura detenida de los escritos de recurso que el interno formuló ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no contienen expresa y literalmente la petición de práctica de la prueba denegada en el anterior expediente penitenciario, posibilidad reconocida en el artículo 131.b) del Reglamento Penitenciario de 1981, petición ésta que hubiera permitido al Juez de Vigilancia Penitenciaria bien ordenar su

práctica, bien motiva su impertinencia. Sin embargo, en dichos escritos, el interno argumenta de forma persistente, tanto en torno a la trascendencia exculpatoria de la prueba cuya práctica le fue denegada, como en todo lo relativo a la falta de motivación de su denegación por la Administración, lo que, en una interpretación no excesivamente rigorista, y aconsejada por el hecho de que el interno carecía de asistencia letrada, ha de interpretarse como una nueva proposición de su práctica ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Por ello, en contra de lo que propone el Abogado del Estado, la falta de reiteración de la petición de prueba ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, no ha de ser obstáculo para la estimación del presente motivo del amparo (en este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 169/96”).

2.1.11 Medios de prueba: inadmisión de los obtenidos con vulneración de derechos fundamentales.

Sentencia del Tribunal Constitucional 127/96 de 9 de julio:

“Este Tribunal ya declaró en la sentencia del Tribunal Constitucional 114/84 que la imposibilidad de admitir en el proceso un prueba obtenida conculcando un derecho fundamental o una libertad fundamental, es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”.

“La expuestas garantías adquieren especial relevancia -insistimos- en las sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, porque ‘es claro que la situación de sujeción especial de un interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales’ (sentencia del Tribunal Constitucional 97/95, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 120/90”.

“La constatación en sede constitucional de la vulneración, por la Administración penitenciaria, de los derechos al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución) y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución), conduce a declarar la nulidad del expediente disciplinario y de la sanción impuesta a recurrente, lo que trae como consecuencia la anulación de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander, que los confirmaron, sin que sea necesario entrar en el análisis de los mismos”.

2.1.12 Derecho al asesoramiento técnico. Sentencia del Tribunal Constitucional 161/93 de 17 de mayo:

“La lectura del escrito de interposición del recurso de alzada contra el acuerdo sancionador de la Junta de Régimen y Administración (así como la del escrito dirigido a este Organismo por el interno una vez notificado el pliego de cargos) evidencia que el ahora demandante de amparo fundamentó su recurso en un único motivo: la situación de indefensión de la que el actor estimaba haber sido objeto. Pese a la falta de precisión de aquel escrito (falta de precisión que no puede reprobarse a quien, no siendo experto en Derecho, podía legítimamente desconocer los exactos límites de su derecho a obtener asesoramiento), resulta claro que atribuía esa situación de indefensión a que la Junta de Régimen y Administración no le hubiera permitido contar con el asesoramiento técnico adecuado para preparar la defensa que por sí mismo había de realizar en el expediente

disciplinario, bien por medio de Abogado de oficio, bien por un funcionario del Centro Penitenciario que le orientara y asesorara, sin que hubiera recibido contestación a su petición; por lo que terminaba aquel escrito solicitando del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que anulara y dejara sin efecto la sanción recurrida. No cabe duda, pues, que resultaba claramente delimitada la cuestión que el recurrente planteó ante el órgano judicial, articulando la misma como único motivo y fundamento del recurso de alzada interpuesto”.

“En consecuencia, y ante la trascendencia que ello revestía, a la queja por indefensión en el procedimiento disciplinario que, en los términos ya ex-puestos, suscitó el actor como único fundamento de su pretensión en el recurso de alzada, y reiteró en el de reforma, debió darse una respuesta motivada por parte del órgano judicial al que correspondía su conocimiento, a fin de que pudiera entenderse respetado por el mismo el derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 de la Constitución. Sin embargo, el examen de los Autos impugnados permite constatar que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no analiza la cuestión planteada ni se pronuncia en momento alguno sobre ella”.

2.1.13 Asesoramiento técnico previo a comparecencia ante la Junta.

Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1985 de 18 de junio (también la sentencia 190/87 de 1 de diciembre):

“Existe por tanto una alternativa, opcional para el interno: o contestar por escrito o comparecer oralmente ante la Junta. La posibilidad de asesorarse por su Abogado "durante la tramitación del expediente" le permite redactar su contestación al pliego de cargos bajo la dirección de Letrado, así como aconsejarse de éste para proponer pruebas. La consulta con su Abogado puede y debe ser previa a la comparecencia ante la Junta, si el interno opta por ella y no por la contestación por escrito. Don J.A. eligió esta forma oral de comparecer y quiso hacerlo en presencia de su Abogado; la denegación no consistió en impedirle el asesoramiento o asistencia, sino en negarse a admitir la presencia del Letrado. Es claro que tal negativa habría sido contraria a la legalidad y, desde luego, contraria al derecho fundamental del artículo 24.2 DE LA CONSTITUCIÓN si de un proceso penal se tratase. Pero la limitación del asesoramiento o asistencia de su Abogado, implícita en la negación de su presencia no puede considerarse contraria en este caso al artículo 24.2 de la Constitución [...] pues en efecto, la eficacia de la asistencia técnica no queda sustancialmente disminuida por la falta de presencia física del Letrado, ya que su asesoramiento está previsto que se produzca en momento oportuno, puede versar tanto sobre el pliego de cargos como sobre la prueba, y puede dar lugar a una con-testación de descargo técnicamente preparada, sobre todo en el caso de la contestación por escrito de modo directo por el Abogado del interno”.

2.1.14 Asesoramiento técnico: no derecho a asistencia jurídica gratuita.

Sentencia del Tribunal Constitucional 229/93 de 12 de julio:

“En las sentencias del Tribunal Constitucional 74/85 y 2/87 se declara que los principios esenciales reflejados en el artículo 24.2 de la Constitución son aplicables a los procedimientos en los que se decide la imposición de sanciones a los reclusos, los

cuales incluyen, sin duda, el derecho a la asistencia letrada. Ahora bien, en este campo la legislación no reconoce un derecho pleno a la asistencia de Letrado, es decir, que incluya el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad, lo que en dichas sentencias se entendió compatible con el artículo 24.2 de la Constitución, pues la plena asistencia letrada sólo es exigible constitucionalmente en los procesos judiciales y, además, no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran.

“Del mismo modo carece de fundamento la pretensión de que el Abogado que asesora al interno esté presente físicamente durante la comparecencia de éste ante la Junta de Régimen. Como se declaró en la sentencia del Tribunal Constitucional 74/85, la posibilidad de recibir asesoramiento letrado permite al recluso redactar sus descargos bajo la dirección del Letrado, así como aconsejarse por éste para proponer pruebas. Mas la consulta con su Abogado puede y debe ser previa a la comparecencia ante la Junta, si el interno opta por ella, en lugar de por la contestación por escrito”.

2.1.15 Asesoramiento técnico: no derecho a asistencia jurídica gratuita.

Sentencia del Tribunal Constitucional 9/97 de 14 de enero:

“Este Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la asistencia letrada que proclama el artículo 24.2 de la Constitución es aplicable al procedimiento de la Administración Penitenciaria, siquiera con ciertas limitaciones que se concretan en que, realmente no es el pleno derecho a la asistencia letrada, propio del proceso penal, el que asiste al recluso en estos casos; que no procede el nombramiento de letrado de oficio con carácter general y sí, sin embargo, el asesoramiento de abogado designado por el interno y a su costa (sentencias del Tribunal Constitucional 2/87 y 192/96 y Auto 496/89). Asimismo, se ha destacado la íntima relación que existe entre el derecho a la asistencia letrada y el derecho de defensa (sentencia del Tribunal Constitucional 47/87, por todas)”.

2.1.16 Asesoramiento técnico: letrado de libre elección.

Sentencia del Tribunal Constitucional 83/97 de 22 de abril:

“A pesar de que tal solicitud la realizó el recurrente en su escrito de contestación al pliego de cargos, no puede afirmarse que la asistencia requerida careciera de toda efectividad y ello, aunque el actor no solicitara alegar verbalmente ante la Junta de Régimen y Administración del centro, puesto que el recurrente requería la presencia de su Abogado durante la práctica de la prueba instada, pudiendo ser eficaz tal asesoramiento, en cualquier caso, en la formulación de los recursos posteriormente planteados por el actor ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Por ello, de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal y con lo decidido por este Tribunal en su reciente Sentencia 128/1996, la ausencia de respuesta por parte de la Administración penitenciaria a la analizada solicitud no puede considerarse sino lesiva del derecho a la asistencia letrada consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución”.

2.1.17 Asesoramiento técnico: letrado de libre elección. Sentencia del Tribunal Constitucional 192/96:

“El demandante en amparo solicitó en el momento procedimental adecuado, esto es, en el escrito de descargo, que le fuera notificada, con la necesaria antelación, la fecha que la Junta señalara para la práctica de la prueba propuesta, a fin de ser asesorado por el Abogado que designase a su costa, sin que pueda interpretarse, en función de las circunstancias concurrentes (literalidad del escrito en relación con la finalidad perseguida), que la pretensión del recluso venía exclusivamente referida a la intervención del Abogado en la práctica de las pruebas solicitadas y que tal pretensión quedaba cancelada si dichas pruebas no se llevaban a cabo.

“Por dicha Junta, con relación a la prueba propuesta, sin oír como debería haber hecho al Abogado defensor del interno, la declaró impertinente, y por este camino se impidió por completo el ejercicio del derecho de defensa.

“Por consiguiente, es evidente que la Administración Penitenciaria al no dar ocasión al Abogado defensor a dejar oír sus argumentos en favor del ahora recurrente primero, y después el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, al no corregir la decisión administrativa, incumplieron el artículo 130.1 c) del Reglamento Penitenciario y vulneraron el artículo 24.2 de la Constitución”.

2.1.18 Asesoramiento técnico: por criminólogo. Sentencia del Tribunal Constitucional 143/95 de 3 de octubre:

“El derecho a la defensa en el ámbito del procedimiento penitenciario sancionador, constitucionalmente protegido como antes se ha indicado, puede ejercitarse no solo mediante la asistencia del Abogado del interno (sentencias del Tribunal Constitucional 74/85, 21/87, 190/87, 192/87, etc.) sino también, dada la abierta redacción del artículo 130.1,e) del Reglamento Penitenciario, con el auxilio de funcionarios del propio Centro Penitenciario (sentencia del Tribunal Constitucional 161/93) y muy especialmente del jurista criminólogo: a él se atribuye el cometido de informar con carácter general a los internos y además y muy especialmente el asesoramiento durante la tramitación del expediente disciplinario (artículo 130.1,e), en relación con el artículo 281.5, ambos del Reglamento Penitenciario).

“En el caso que ahora se examina, la petición relativa al asesoramiento del criminólogo se formuló cuando todavía podía tener utilidad práctica para la preparación del trámite de alegaciones verbales ante la Junta de Régimen y Administración, de suerte que la falta de respuesta de la Administración antes de que se produjera la decisión sancionadora y su denegación posterior a ésta, privaron al ahora demandante de la oportunidad de recibir una asistencia de experto prevista legalmente y de tanta transcendencia (sentencia del Tribunal Constitucional 161/1993) en la situación del interno, para la adecuada preparación de su defensa”.

“Es claro pues que con ello la Administración Penitenciaria vulneró el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa (artículo 24.2 de la Constitución), sin que, por otra parte, esta vulneración, oportunamente denunciada, fuera reparada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que desconoció así la relevante función que le corresponde a la hora de garantizar los derechos fundamentales de los internos (sentencias del Tribunal Constitucional 73/83, 2/87, 97/95)”.

2.1.19 Derecho a la audiencia pública en las sesiones de la Junta de Régimen. Sentencia del Tribunal Constitucional 190/87 de 1 de diciembre:

“Debe rechazarse la alegada violación del artículo 24.2 de la Constitución sobre la base de la solicitud de que la sesión de la Junta de Régimen y Administración fuese pública en aplicación del ‘derecho a un proceso público’ ya que, como declaramos en la citada sentencia 2/87, el artículo 24.2 de la Constitución ‘no es aplicable en su integridad a los procedimientos disciplinarios’ y no puede decirse que para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24 tengan que ser públicos los procedimientos disciplinarios, a lo que añade, que el caso del régimen penitenciario, el carácter no abierto al público de las sesiones de audiencia se justifica, además, por las propias excepciones que puede sufrir el carácter público del proceso, según establece nuestra legislación y admite el artículo 6.1 del Convenio de Roma”.

2.1.20 Presentación oral de la defensa. Sentencia del Tribunal Constitucional 229/93 de 12 de julio:

“La Ley General Penitenciaria (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre) dispone que el órgano sancionador debe ser colegiado, y que el interno tiene derecho a presentar su defensa, verbal o escrita. Del tenor de su artículo 44, sin embargo, no se desprende que la presentación oral de su descargo deba ser efectuada directa y personalmente ante el colegio sancionador. A su vez, los artículos 130.2 y 129.1 del Reglamento (aprobado por Real Decreto 1201/81 de 8 de mayo, luego reformado) permiten entender que la defensa puede ser realizada ante el funcionario designado para instruir el expediente, pero también permiten la interpretación contraria. Esta última interpretación se impone finalmente por imperativo del artículo 130.1 del Reglamento Penitenciario, cuya letra d) ordena de modo terminante que el interno puede alegar y proponer las pruebas que estime convenientes para su defensa ‘verbalmente ante la Junta de Régimen si así lo solicita’.

“Resulta, pues, claro que la conducta seguida por las autoridades del Centro Penitenciario de Daroca infringió lo dispuesto en la legislación penitenciaria. Sin embargo, esta constatación no es determinante por sí sola para apreciar la vulneración del derecho fundamental a la defensa del demandante de amparo, que sólo se habría producido si la actuación de aquéllas hubiera causado la indefensión real del interno (sentencia del Tribunal Constitucional 2/87 y 199/92). Una indefensión de este tipo sólo se produce cuando se priva al ciudadano de los medios legales suficientes para la defensa de sus legítimos intereses, esto es, cuando se eliminan o se disminuyen sustancialmente los derechos que corresponden a quienes toman parte en un proceso, o en un procedimiento de carácter sancionador, privándoles de una oportunidad real de defender sus legítimos intereses (sentencias del Tribunal Constitucional 4/82, 102/87 y 35/89)”.

2.1.21 Derecho a usar la propia lengua. Sentencia del Tribunal Constitucional 190/87 de 1 de diciembre:

“Alega el actor en primer lugar la presunta vulneración del artículo 24.1 de la Constitución porque la actuación de la Junta restringió -según afirma en su escrito de alegaciones- el derecho a usar la lengua propia y oficial de la Comunidad Autónoma al condicionarse el ejercicio al hecho de su grabación y posterior traducción. Sin embargo el referido alegato carece de consistencia, ya que, como este Tribunal declaró en la Sentencia 2/87 -donde se planteó idéntica cuestión- el derecho que la Constitución reconoce al uso del euskera, reconocido también en el Estatuto de Autonomía del País Vasco y en la Ley de normalización del euskera, es un derecho que según muestra la Sentencia 82/86 de 26 de junio, es ‘de aplicación progresiva, en función de las posibilidades de la Administración en cada momento, y no puede ser exigido en su totalidad de forma inmediata’. También en el presente caso, la actitud de la Junta no imposibilitó el derecho a la defensa, y al correcto conocimiento del castellano se añade que la falta de declaración oral se debió a no querer expresarse en dicha lengua, razón que no puede ser alegada como indefensión ocasionada por el organismo penitenciario”.

Aunque la resolución denegó el amparo, no se negó el derecho a defenderse en euskera sino que se condicionó a su grabación y posterior traducción al castellano. En cualquier caso debe tenerse en consideración que la sentencia tiene más de 10 años y que lo que antes era un derecho de aplicación progresiva debe considerarse desde hace tiempo como un derecho plenamente consolidado.

2.1.22 Presunción de inocencia. Base de la sanción: un parte sin firma.
Sentencias del Tribunal Constitucional 76/90, 138/90, 212/90, 59/91 y 297/93:

“La presunción de inocencia, que rige sin excepción en el ordenamiento sancionador, garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad”.

También la sentencia del Tribunal Constitucional 97/95 de 20 de junio reconoció que “la sanción se impuso sin ninguna diligencia de prueba que merezca esta calificación, pues su base se reduce a una nota o parte sin firma, lo que vino a lesionar el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución)”.

2.1.23 Resoluciones estereotipadas que no dan respuesta a lo alegado.
Sentencia del Tribunal Constitucional 69/98 de 30 de marzo:

El Tribunal Constitucional analiza la suficiencia o insuficiencia de la respuesta ofrecida por un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria mediante una resolución por medio de impresos.

El interno había alegado ante el Juez de Vigilancia, entre otros extremos, que había sido sancionado por observar una conducta que, según él, no le era exigida conforme al criterio de otros Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. La conducta exigida por el Centro, según relata el recurrente, consistía en ponerse en pie durante un recuento en celda, pese a encontrarse totalmente visible.

El Tribunal Constitucional concede el amparo al recurrente por entender que “los Autos aquí recurridos han de considerarse, por aplicación de la doctrina expuesta, contrarios al derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que las respuestas que contienen no dan a conocer las razones jurídicas apreciadas para rechazar las alegaciones del recurrente y su distinta versión de los hechos [...] Sobre ninguna de estas alegaciones contienen respuesta las Resoluciones judiciales. Se limitan, como hemos visto, a desestimar los recursos ‘por no desvirtuarse’ los hechos imputados al interno o por ‘no haberse articulado prueba alguna que motive la modificación de la Resolución recurrida’. No se trata, pues, de motivación insuficiente por escueta o por remisión, sino de una falta total de respuesta acerca de lo alegado en los recursos por el interno”.

2.1.24 Las sanciones no vulneran el derecho a la libertad. Sentencia el Tribunal Constitucional 2/87:

“Así lo ha reconocido también la Comisión de Estrasburgo cuando ha afirmado que las condiciones normales de la vida en prisión ‘no constituyen una privación de libertad con independencia de la libertad de acción que el prisionero pueda gozar dentro de la prisión. De este modo las medidas disciplinarias aplicables contra el que está cumpliendo una sentencia no pueden considerarse constitutivas de privación de libertad, porque tales medidas son tan sólo modificaciones de su detención legal’, por lo que tales medidas ‘no están cubiertas por los términos del artículo 5.1’.

*2.2 La sanción de aislamiento en celdas

2.2.1 Regulación legal:

El medio coercitivo de aislamiento debe aplicarse solamente por los motivos tasados en el art.45.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Además, la utilización de la medida debe comunicarse al Juez de Vigilancia inmediatamente (art. 45.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 72.3 del Reglamento Penitenciario) explicando el supuesto que lo haya motivado, la relación circunstancial de los hechos, día y hora de la adopción de la medida, el informe médico, si la medida ha sido autorizada por el Director o si sólo se le ha comunicado, duración si ya ha cesado; y si se ha incoado un expediente disciplinario por los hechos

La duración del aislamiento debe extenderse el tiempo necesario para restablecer la normalidad y que sea estrictamente necesario, entendiéndose recomendable que no dure más allá de la hora u horas estrictamente necesarias, evitando así además el deterioro físico y psíquico del interno cuyo responsable es el médico que haya firmado favorablemente el aislamiento, a quien le corresponde el inicial y continuado control de la aplicación de la medida (art.72.2 in fine del Reglamento Penitenciario).

2.2.2 Celda de cumplimiento de la sanción:

Las sanciones de aislamiento se deben cumplir en celdas análogas a las ordinarias, conforme prescriben las disposiciones vigentes (artículo 42.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El aislamiento se debe cumplir en el compartimento que habitualmente ocupe el interno, y por propia seguridad o por el buen orden del establecimiento, se le

puede trasladar a una individual “de semejantes medidas y condiciones” (artículo 43.4 de la Ley). Estas mismas prescripciones se recogían en los artículos 111 a) y 112.4 del Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981.

Si el funcionario ordena el aislamiento del preso sancionado “en lugar distinto” del que legalmente le corresponde, comete un delito del artículo 187.4 del antiguo Código Penal, como ha expuesto la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de octubre de 1989, pues aún sancionado tiene derecho a una celda “de análogas características”, de “semejantes medidas y condiciones” a las ordinarias. En la escasa interpretación jurisprudencial de este precepto penal es de particular interés la sentencia de 27 de diciembre de 1882, que la referida la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de octubre de 1989, afirma que constituye una “doctrina perfectamente asumible”, según la cual es un “elemento esencial y característico del delito, la lesión del derecho del sentenciado a ocupar dentro del establecimiento el lugar propio de su clase y condiciones en los términos prevenidos por la Ley, por los reglamentos o por la Autoridad, no dependiente del arbitrio de los encargados de su custodia, a quienes no es permitido agravar o empeorar por tal medio la situación de los presos”.

La utilización de celdas ciegas, negras o de máxima seguridad está prohibida, porque carecen de luz y de ventilación y no cumplen las mínimas condiciones que el respeto de la persona exige.

2.2.3 Suspensión de la sanción:

El Reglamento Penitenciario establece la posibilidad de suspender la ejecución de la sanción de aislamiento impuesta en atención a los fines de reinserción y reeducación (art. 256.1).

2.2.4 Excepcionalidad. Sentencia del Tribunal Constitucional 2/87 de 21 de enero:

“Esta regulación legal restrictiva supone, por un lado, que este tipo de sanción no es una más de las que está a disposición de las autoridades penitenciarias, sino que sólo debe ser utilizada en casos extremos, y, en segundo lugar, que esta sanción se reduce a una confinación separada, limitando la convivencia social con otros reclusos, en una celda con condiciones y dimensiones normales, llevar una vida regular, y que se le pueda privar de aquellos beneficios (biblioteca, posesión de radio, etc.) abiertos a los demás internos.

“No es la sanción en sí, sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido y sus efectos en la persona en cuestión, los que podrían hacer en concreto de esa sanción una infracción del artículo 3 del Convenio de Roma”.

2.2.5 Aislamiento en celda superior a 14 días, aprobación por Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Sentencia del Tribunal Constitucional 2/87 de 21 de enero:

“Lo cierto es que el artículo 76.2 d) de la Ley Orgánica General Penitenciaria está redactado de forma tajante y sin reserva o excepción alguna, sin que, a la luz de la Constitución sea aceptable la interpretación, que tiene su origen en la Orden Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 17 de noviembre de 1981 de que la necesidad de aprobación por el Juez de Vigilancia ‘sólo se producirá en los casos de repetición de la infracción que conlleven un incremento de la sanción pertinente hasta la mitad de su duración máxima’, pero no en el caso de cumplimiento sucesivo de sanciones de aislamiento.

“La Junta de Régimen y Administración de la Prisión de Basauri, aunque haya tenido en cuenta la interpretación contenida en la citada resolución, al imponer directamente al interno unas sanciones que, en su conjunto, superan el plazo máximo de catorce días de aislamiento en celda, no ha respetado el mandato del artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y ha desconocido por ello la competencia que esa Ley y la Ley Orgánica del Poder Judicial confieren al Juez de Vigilancia. Se ha privado así al recurrente de una garantía judicial que le concede el ordenamiento vigente.

“La falta de intervención en esta caso del Juez de Vigilancia constituye, en consecuencia, una infracción del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución”.

2.2.6 Aislamiento en celda superior a 14 días: aprobación por Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Sentencia del Tribunal Constitucional 128/96:

“No puede reputarse satisfecha la garantía judicial prevista en el artículo 76.2 d) de la Ley Orgánica General Penitenciaria por el hecho de que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Guadalajara aprovechara la resolución de la queja ante él planteada por el interno para aprobar a posteriori las sanciones recurridas. La imposición y ejecución inmediata por parte de la Administración Penitenciaria sin requerir con carácter previo la autorización judicial, esquivando el papel que nuestro sistema jurídico confiere al Juez de Vigilancia, supuso la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución, por lo que la pretensión esgrimida sobre la base del motivo de amparo analizado ha de ser satisfecha”.

2.2.7 Control por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sin audiencia a la Administración Penitenciaria. Sentencia del Tribunal Constitucional 129/95 de 11 de septiembre:

“El conocimiento por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la adopción de una medida coercitiva abre un ‘proceso al acto’ ante el órgano jurisdiccional. Ahora bien, tal caracterización supone reconocer que el legislador ha elegido una determinada técnica de control de la actividad de la Administración: la que confía, en este caso a órganos judiciales, la tutela de la legalidad objetiva y no la resolución de intereses confrontados entre los particulares y la Administración. Esto es se trata de un control en el que el órgano jurisdiccional se limita a apreciar si un determinado acto jurídico es o no conforme a las reglas legales y, por tanto, la resolución judicial que le pone término sólo tiene un alcance declarativo, ceñido a determinar si la actuación de la Administración es

o no ajustada a Derecho. Y tal caracterización permite explicar, asimismo, un doble particularidad respecto a los intervinientes en las actuaciones, presente e este supuesto. De un lado, que la resolución del órgano jurisdiccional se adopte sin previa audiencia de la Administración [...] De otro, que si esté facultado legalmente para hacerlo el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad”.

La Administración Penitenciaria, por tanto, no tiene legitimación para recurrir la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

2.2.8 Es una grave restricción de la libertad. Sentencia del Tribunal Constitucional 129/95 de 11 de septiembre:

“Una medida coercitiva de aislamiento en celda de un recluso implica una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena (sentencia del Tribunal Constitucional 74/85). Gravedad de la medida coercitiva que, de un lado, justifica los límites y garantías establecidas por la legislación penitenciaria sobre la adopción de la medida y las condiciones en las que ha de cumplirse”.

2.3 Recursos contra las sanciones. No cabe recurso de apelación. Sentencia del Tribunal Constitucional 169/96:

“El régimen de recursos contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria está regulado por la Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, como reconoce unánimemente la doctrina y también este Tribunal ha señalado en algunas ocasiones (sentencia del Tribunal Constitucional 54/92), plantea algunos problemas interpretativos, particularmente en relación con los supuestos en que procede la interposición contra la misma de los recursos de apelación y de queja. Sin embargo, tales problemas no se dan en igual medida en el supuesto que aquí nos ocupa de las sanciones disciplinarias, cuyo encaje dentro de la materia de ‘régimen penitenciario’ parece más claro (Auto del Tribunal Constitucional 186/93 e indirectamente la sentencia del Tribunal Constitucional 129/95), y al que, por tanto, resultaría aplicable el régimen de recursos previsto en el apartado 3.º de dicha disposición, conforme al cual queda excluido el recurso de apelación contra las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria que sean, a su vez, resolutorias de un recurso de apelación (poralzada) contra una resolución administrativa, como es aquí el caso”.

3. Resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid

3.1 Cancelación:

“Aunque las sanciones prescribían (y prescriben hoy excepto las impuestas por faltas leves) en los mismos plazos que las faltas, los efectos de la prescripción no eran, ni son, iguales, pues mientras que la de las faltas impide imponer sanción alguna, la de la sanción presupone la imposición de ésta y, firme que sea el acuerdo sancionador, su anotación en el expediente personal.

“A partir de esta distinción, quizá no apreciada por el recurrente, la cuestión ha de resolverse en el primero de los sentidos indicados, esto es, exigiendo el transcurso de determinado plazo para que proceda la cancelación de las anotaciones correspondientes a sanciones impuestas y no ejecutadas por haber prescrito, al igual que se exige para cancelar las referentes a sanciones impuestas y cumplidas.

“Dado que los Reglamentos derogado y vigente establecen los mismos plazos para la cancelación de esas anotaciones, ninguna duda cabe de cuáles sean: 6 meses para las faltas muy graves, tres meses para las faltas graves y un mes para las faltas leves.

“En el caso de que la sanción hubiera sido cumplida, el plazo se computaría, por expresa indicación legal, desde el cumplimiento. Y en el caso de que no se hubiera cumplido por causa de su prescripción, el plazo se computará desde que pudo haberse cumplido, esto es, desde que la sanción, sin la concurrencia del motivo que propició la prescripción, hubiera podido ser cumplida; cómputo impuesto por la interpretación armónica de los preceptos y expresamente establecido hoy por el artículo 260.4 del Reglamento Penitenciario” (Auto 852/96 de fecha 26 de noviembre de 1996).

3.2 Cancelación:

“La sanción según informe del Centro Penitenciario no fue cumplida. Como quiera que prescribe a los tres meses quiere decirse que debió cumplirse en los tres meses siguientes al 27.3.95. Y en esa fecha esto es el plazo de otros tres meses (artículo 126 del Reglamento) para la cancelación. Por lo tanto debió cancelarse el 27.9.95, a no ser que conforme al citado artículo del Reglamento aplicable -el entonces vigente- hubiera otros plazos de cancelación más largo cuya cancelación corriera simultáneamente. Ello es posible pues se resolvieron en la misma fecha varios expedientes pero de ello no hay otra constancia que la aseveración del Centro de que los plazos no se han cumplido, lo que no es una motivación si no se dice la causa. sin embargo esa aseveración, sin más, y sin averiguar la causa ha sido dada por buena en los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que se impugnan que por tanto carecen de motivación en términos que no pueden ser suplidos por esta Sala y que pueden provocar indefensión. En consecuencia y conforme al artículo 120.3 de la Constitución y 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial dichas resoluciones han de ser anuladas a fin de que se motiven las razones, hasta aquí inexistentes, para no cancelar la anotación de las sanciones” (Auto 884/96 de fecha 3 de diciembre de 1996).

ALIMENTACIÓN:

1. Alimentación forzosa por huelga de hambre:

1.1 Sentencias del Tribunal Constitucional 120/90 de 27 de junio y 137/90 de 19 de julio:

“Debemos finalizar con la conclusión de que la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial objeto del recurso de amparo no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados por los demandantes, ni en sí misma, ni en la forma y alcance con que ha sido autorizada, constituyendo tan sólo una limitación del derecho

a la integridad física y moral garantizada por el artículo 15 de la Constitución y unida ineludiblemente a ella una restricción a la libertad física, que vienen justificadas en la necesidad de preservar el bien de la vida humana, constitucionalmente protegido, y que se realiza mediante un ponderado juicio de proporcionalidad, en cuanto entraña el mínimo sacrificio del derecho que exige la situación en que se hallan aquéllos respecto de los cuales se autoriza".

Voto particular del Magistrado Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer: "A mi juicio, la obligación de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, el cual, en relación a su vida y salud y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria.

"Finalmente, aunque la alimentación forzosa persiga evidentemente un objetivo humanitario, de salvaguardia de la vida y la salud, tal objetivo sólo puede realizarse si se trata de una medida transitoria, puesto que si se prorroga indefinidamente, en la medida en que permanezca la situación de huelga de hambre, no garantiza la realización de ese objetivo y provoca un alargamiento innecesario de la degradación física y psíquica de la persona implicada, mantenida artificialmente en vida en condiciones tan precarias que pueden llegar a ser inhumanas. Por ello, la solución adoptada por la resolución judicial impugnada, no puede mantenerse indefinidamente sin colocar a la persona en una situación degradante y contraria a su dignidad humana."

Voto particular del Magistrado Jesús Leguina Villa: "Este deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos. Los reclusos que, con grave riesgo para su salud y su vida, pero sin riesgo alguno para la salud de los demás, se niegan a recibir alimentos y asistencia sanitaria no son personas incapaces cuyas limitaciones hayan de ser subvenidas por los poderes públicos. Son personas enfermas que conservan la plenitud de sus derechos para consentir o para rechazar los tratamientos médicos que se les propongan.

1.2 Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1991 de 17 de enero:
momento en que ha de procederse a la alimentación forzosa

"Es, pues, claro que, tanto para el Ministerio Fiscal como para el Abogado del Estado, el problema se suscita porque, en su criterio, las resoluciones impugnadas al no permitir a la Administración Penitenciaria prestar asistencia médica ni alimentación forzosa al interno en huelga de hambre «hasta que, perdida su consciencia o por tomar una decisión contraria a la actual, se le precise prestar los auxilios médicos necesarios para la salvaguardia de su integridad física y moral», infringen los artículos 15 y 24.1 de la Constitución y la doctrina de este Tribunal contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990 y 137/1990."

"Establecer el momento y la forma en que haya de procederse de manera coactiva para evitar riesgos intolerables para la vida del interno, no es algo que corresponda hacer a este Tribunal, dado que ello supondría una clara injerencia en la competencia propia de la Administración Penitenciaria y, en caso, de los órganos judiciales establecidos al efecto. Comprobado, como ocurre en este caso, que las resoluciones impugnadas y,

especialmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, no impide, como se pretende sostener en el recurso, que la Administración Penitenciaria cumpla lo dispuesto en el artículo 3.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, en orden a velar por vida, integridad y salud de los enfermos, no es precedente anular dichas resoluciones por una supuesta vulneración de los derechos fundamentales in-vocados que, como se desprende de lo razonado, no se ha producido"

1.3 Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1991 de 22 de marzo:

no puede volver a plantearse la situación de fondo por el trasladado de establecimiento penitenciario

“Apelada esta resolución por el Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial de La Rioja, dictó el Auto de fecha 29 de junio de 1990 objeto, juntamente con el anterior, de este recurso de amparo, en cuya parte dispositiva se acuerda literalmente lo siguiente: “Desestimar el recurso de apelación planteado por el Ministerio Fiscal, contra el Auto de fecha 2 de junio de 1990, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Logroño, confirmándose el mismo, si bien la parte dispositiva contenida en dicho Auto recurrido, deberá plasmarse en los siguientes términos: 1) que se debe dejar sin efecto la alimentación asistida a los internos en tanto éstos mantengan su negativa a ser alimentados, expresada conscientemente; y 2) que sin necesidad de esperar que los internos lleguen a un deterioro físico que haga ir-reversible el mantenimiento de la vida, se proceda, a indicaciones de los propios facultativos, y por la Dirección del Establecimiento Penitenciario, a que por los familiares más allegados se haga constar, por escrito, si desean o no que se proceda a la alimentación procedente».

“De lo expuesto resulta que, permaneciendo las internas en la misma situación continuada e ininterrumpida de huelga de hambre y sin alteración alguna respecto de esta circunstancia, las resoluciones judiciales ahora impugnadas, especialmente la dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja, han modificado sustancialmente lo que ya había sido decidido por resoluciones judiciales firmes y ratificadas por este Tribunal en virtud del Auto de 13 de noviembre de 1990, sobre la alimentación forzosa y el tratamiento médico de las internas en huelga de hambre; y que esta modificación se ha producido exclusivamente por la circunstancia del traslado de las internas, decidido por la Administración Penitenciaria, de la prisión de Basauri en la que se hallaban al Centro Penitenciario de Logroño. Es decir, que un acto administrativo cuyo objeto es el simple traslado de las internas, puede producir, según las resoluciones impugnadas, una modificación de resoluciones anteriores y firmes y que, además, habían sido confirmadas por este Tribunal.

"Ello entraña la infracción de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución".

2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid:

No se autoriza a adquirir determinados alimentos en el exterior.

Si la deficiencia alegada existe debe realizarse una queja por déficit alimenticio y de abastecimiento.

“Entre los alimentos que el interno cita en la instancia se habla de mermelada, margarina, fruta (sin especificar) y queso azul. Son evidentemente productos perecederos no como todos que, en efecto, todos lo son aún los enlatadas y las conservas, sino fácil y prontamente perecederos, y a ellos se refiere el artículo 223 del Reglamento Penitenciario y sí bien dicho artículo no prohíbe su entrada sino por

aquellos conductos no fiables, es evidente que establece un trato cautelar, general para los mismos, en cuanto que son alimentos que quedan fuera de un control sanitario, científico y se someten exclusivamente al buen criterio y conocimientos generales o comunes de las personas con lo que los riesgos sanitarios se incrementan. Cuestión distinta es si la alimentación es deficiente, poco variada, escasa en nutrientes esenciales o si el economato está desabastecido. Pero, de ser ello así, la solución general no pasa por que cada interno supla esas eventuales deficiencias de la Administración, lo que los más desposeídos no podrían lograr, sino porque tales deficiencias se corrijan de inmediato por el Centro Penitenciario por propio impulso o por el del Juez de Vigilancia. Para ello, la queja debiera (de ser cierto lo que afirma el penado) versar directamente sobre tales eventuales deficiencias, de forma que; previa la oportuna comprobación, la Administración, o en su caso el Juez, adoptaran las medidas oportunas para su desaparición. Lo que no cabe es quejarse por la denegación de autorización para adquirir fuera de prisión determinados alimentos y, posteriormente, fundamentar la queja en un déficit alimenticio y de abastecimiento, que, de existir, sería cuestión mucho más grave que tal denegación. Si ese problema es real el interno debe quejarse directamente y en la certeza de que se tomarán todas las medidas necesarias para solucionarlo. Debe pues, desestimarse el recurso, en lo que es objeto del mismo” (auto 469/98 de fecha 28 de abril de 1998).

ARRESTO SUSTITUTORIO:

1. Constitucionalidad:

La constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de multa ha resultado aceptada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de febrero de 1988. Según esta sentencia, el artículo 53 del Código Penal no equipara la libertad al patrimonio, invirtiendo la escala de valores de la Constitución (artículos 17 y 33), sino que establece un criterio de política criminal para hacer frente a la inejecutabilidad de la pena pecuniaria impuesta e individualizar la sanción.

Tampoco afecta, según el Tribunal Constitucional al principio de igualdad del artículo 14 de la de la Constitución al imponer un tratamiento gravoso específicamente a los condenados insolventes, en función de su capacidad económica y omitiendo la responsabilidad subjetiva del condenado en su situación económica. Según el Tribunal Constitucional, el artículo 91 del Código Penal es una regla adicional no discriminatoria, que opera en sustitución de la norma principal o general, que es la imposición de la multa y cuando ésta no se cumple, cuestión que está al margen de la intencionalidad de la insolvencia.

2. Equiparación con las demás penas privativas de libertad:

En cuanto a su naturaleza, había sentencias del Tribunal Supremo (21 de junio de 1955) que niegan el carácter de pena al arresto sustitutorio, ya que no se incluye entre el elenco de las que enumera el Código Penal y, en consecuencia, no puede aplicarse sobre ella la remisión condicional. Por el contrario, una mayoría de resoluciones lo consideran como una verdadera pena, sometida en consecuencia a los mismos principios reguladores: clasificación, redenciones, libertad condicional, etc.

La Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 10 de mayo de 1990 adopta este último criterio, criterio seguido por el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Tenerife de 11 de abril de 1994.

Actualmente el artículo 35 del nuevo Código Penal ha zanjado la cuestión, homologando el arresto sustitutorio con cualquier otra pena privativa de libertad.

3. Concurrencias con otras penas:

Según el artículo 53.3 del Código Penal al arresto sustitutorio no se impondrá a los condenados a penas privativas de libertad superior a cuatro años. El problema se plantea cuando el arresto concurre con penas privativas de libertad por otros delitos, en el mismo procedimiento o en otros. Inicialmente el Tribunal Supremo consideró (sentencias de 27 de setiembre de 1952 y 22 de octubre de 1970) que la pena de prisión que no debe exceder de los cuatro años es la impuesta por el mismo delito que la multa impagada. Sin embargo, actualmente se ha impuesto el criterio de considerar la pena como una unidad para cada condenado, por lo que no cumpliría el arresto si la acumulación de penas excede los cuatro años de cumplimiento (sentencia de 22 de diciembre de 1987).

CLASIFICACIÓN:

*1. Primer grado y preventivos con aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria

1.1 Voto Particular formulado por el Magistrado Carles Vives Pi Sunyer al que se adhiere el Magistrado Tomás S. Vives Antón a la sentencia del Tribunal Constitucional 119/1996:

“El penado sometido a un régimen de vida regido en su casi totalidad por el aislamiento ve restringida su ya extraordinariamente limitada esfera vital a un ámbito aún más reducido. Por ello, una medida de aislamiento de la índole de la cuestionada (veintidós horas diarias), al afectar a la libertad, sólo resulta admisible ex artículo 25.2 de la Constitución si tiene cobertura en una ley.

“Frente a ello podría invocarse la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 2/87 [...] Al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión; como ha dicho nuestra doctrina ‘no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por sentencia judicial’.

“Estas afirmaciones de nuestra propia jurisprudencia deberían matizarse en el sentido ya indicado, recurriendo o no a lo previsto en el artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Si bien es cierto que el interno de un establecimiento penitenciario se ve privado en lo primordial de su derecho a la libertad, lo que deja fuera

del artículo 25.3 de la Constitución ulteriores restricciones de la misma, a las que ya no puede denominarse propiamente, en ese sentido, ‘privaciones’, ello no comporta que su nuevo ‘status libertatis’ -modificado (sentencias del Tribunal Constitucional 2/87, 57/94 y 35/96), pero no suprimido- no integre el ámbito del artículo 17 de la Constitución y que, en consecuencia, las restricciones relevantes del mismo no hayan de tener la adecuada cobertura legal que requiere el artículo 25.2 de la Constitución para poder limitar los derechos fundamentales del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución”.

1.2 Naturaleza jurídica

El auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real de 4 de marzo de 1994 afirma que es de orden público, por lo que no cabe disponibilidad por parte del interno, siendo por tanto inoperante la petición de éste relativa a su deseo a ser clasificado en primer grado.

1.3 Carácter temporal

La aplicación del artículo 10 debe ser estrictamente limitada, restringiéndola al tiempo en que cesen las razones objetivas que lo propician (auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de marzo de 1995).

1.4 Compatibilidad con el tratamiento

Según el Reglamento, la cárcel debe aplicar modelos de intervención y programas genéricos de tratamiento destinados a la progresiva adaptación del preso a la vida en régimen ordinario (art. 93.6 del Reglamento Penitenciario). Esta normativa reglamentaria, según el Defensor del Pueblo, es contraria al espíritu y a la letra de la Ley Orgánica General Penitenciaria que impone que los programas de tratamiento dirigidos a los internos han de ser individualizados, y precisamente en función de éstos, habrán de establecerse las previsiones reglamentarias que aseguran el buen éxito del tratamiento.

El art. 93.6 del Reglamento Penitenciario supone una vulneración del principio de jerarquía normativa garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución, toda vez que el Reglamento debe limitarse a completar cuestiones de detalle que no entren en contradicción con la ley que desarrollan ni, en su caso, invadan el contenido propio de la ley en supuestos de materia reservada a la misma (sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 13.11.1981 y 18.4.1982). A este respecto, existe la posible nulidad de pleno derecho de esta normativa restringida del diseño de intervención de programas de intervención generalizados, toda vez que el Reglamento debe limitarse a establecer reglas y normas precisas para la explicitación, aclaración y puesta en práctica de los preceptos de la ley, pero no contener mandatos normativos nuevos y menos restrictivos de los contenidos en el texto legal (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10.7.1992).

A mayor abundamiento, el diseño de actividades genéricas en función del régimen supone una limitación y restricción de derechos individuales de la persona presa toda vez que tanto el art. 25.2, como el artículo 60 Ley Orgánica General Penitenciaria establecen que “los servicios encargados del tratamiento se esforzarán por conocer y

tratar todas las peculiaridades de personalidad y ambiente del penado que puedan ser obstáculo para las finalidades indicadas en el artículo anterior. Para ello, deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades”.

En coherencia con la normativa constitucional, tratándose de presos especialmente conflictivos y violentos, es necesario iniciar esquemas individualizados de tratamiento que traten de acercarse al interno para conocer su conducta y tratar de modificarla positivamente (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castilla-León núm. 1 de 8 de octubre de 1991). En esta resolución se exige al Equipo de Tratamiento “que estudie individualmente a los internos cumpliendo la propia circular de 2 de agosto, y en base a ello pedirles que planteen un plan de tratamiento e intervención individual, que no suponga que los internos vegeten en sus propias celdas 22 horas diarias, pues ello, sólo servirá para incrementar su odio a la institución, a la sociedad y al Estado, acentuando su prisionización y marginándolos aún más, buscando en la violencia la única salida posible a su situación”.

El auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid de 8 de octubre de 1991 insiste en la plena compatibilidad del régimen cerrado y las actividades tratamentales, recordándose para ello el artículo 71 de la Ley Orgánica General Penitenciaria e instando a los Equipos a que afronten el reto profesional de establecer planes de tratamiento e intervenciones individuales con aquellos, los internos peligrosos, que más necesitan de la resocialización.

1.5 Criterios de clasificación

Entre los criterios a tener en cuenta a la hora de la clasificación a un interno en primer grado los Juzgados de Vigilancia destacaron dos:

- a) la gravedad delictiva
- b) la duración de las condenas.

Pero la consideración de la cuantía de las penas como criterio de clasificación en primer grado ha desaparecido en el nuevo Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/96 de 9 de febrero (artículo 102) por entenderse que en la clasificación penitenciaria los factores que han de valorarse han de ser aquellos de naturaleza subjetiva que sean representativos de la peligrosidad extrema del sujeto o de su manifiesta inadaptación a los regímenes ordinarios o abierto, huyendo de aspectos, como la duración de las penas, eminentemente objetivos (auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de diciembre de 1989).

También la pertenencia a una banda armada es motivo para dicha clasificación. sin que en la misma puedan vislumbrarse motivaciones políticas sino de peligrosidad del interno.

1.6 Mantenimiento en régimen cerrado (artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Sentencia del Tribunal Constitucional 143/97 de 15 de septiembre:

En el recurso de amparo se alegó, entre otras cuestiones, la vulneración del artículo 25 de la Constitución, por la aplicación de circulares y comunicaciones internas de la

Administración Penitenciaria, denominadas "Normas Comunes Tipo", por las que se concretaba el régimen de vida penitenciario establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, por entender que establecía unas clasificaciones que la ley no prevé y restringía los derechos fundamentales de los internos más allá de lo que la regulación permitía.

A pesar de que el Ministerio Fiscal coincidió con el planteamiento del recurso "en la censura de las normas de rango administrativo y cuasiinfrareglamentario con las que, y en abierta colisión con la ratio del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se pretende ampliar este precepto", el Tribunal Constitucional desestimó, en cuanto a este motivo de amparo, el recurso por estimar que en la circular de 2 de agosto de 1991, que regulaba cacheos, requisas, salidas de celdas, horarios, etc., no se reducía "de forma esencial el ya mermado status libertatis del penado fuera o más allá del marco diseñado por la ley penitenciaria y su reglamento".

1.7 Limitación de actividades deportivas:

Según el auto de la Audiencia Provincial de Madrid 887/98 de fecha 14 de julio de 1998, "al interno no se le ha negado la posibilidad de hacer deporte sino que, por el momento, como consecuencia de su clasificación en primer grado, no se le permite participar en actividades deportivas colectivas. Ello no es lo mismo que no poder hacer deporte en común con otros internos y el mismo apelante se refiere a sí mismo y a una pluralidad de compañeros. En la instancia inicial, la limitación de las actividades en común a que se refiere el artículo 90 del Reglamento. no significa que el interno en primer grado tenga acceso a todas las actividades colectivas pero de forma recortada y también puede entenderse o interpretarse más razonablemente como limitación en el número de las mismas lo que conlleva la suspensión de algunas. Pese a todo la queja podría estimarse si se acreditara que la falta de acceso a las instalaciones deportivas es una sanción encubierta o si, la ausencia de actividades deportivas es una sanción encubierta o si, la ausencia de actividades deportivas colectivas afectara a la salud del penado pero nada de eso se ha acreditado, y, en fin, esa menor libertad del apelante está limitada en el tiempo, no de modo matemático pero sí de modo real, pues no durará más que la situación de primer grado penitenciario, duración que, en buena medida depende de la propia actitud del interno. Por todo lo cual debe desestimarse el recurso".

1.8 Actividades durante los fines de semana:

El horario de actividades para las personas que están en este régimen cerrado no puede suspenderse los fines de semana. El reglamento no hace restricción de horarios los fines de semana; es más, el art. 93.1.6 del Reglamento Penitenciario señala que "se designará el personal necesario a tal fin" (Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Oviedo de 25 de junio de 1996).

1.9 Uso de esposas

El uso de esposas en los movimientos del preso por el interior de la prisión no puede ser automático, por el mero hecho de estar clasificado en primer grado, sino que deben probarse razones de seguridad para justificar esta práctica en supuestos de internos altamente peligrosos (autos de la Audiencia Provincial de Valladolid de 14 de abril de 1994, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Murcia de 5 de mayo de 1994 y 13 de

enero de 1995 y oficio del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia de 5 de diciembre de 1994), si bien existen diversos criterios como veremos más adelante en el apartado de medios coercitivos.

1.10 Cacheos con desnudo integral

Los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de 5 de marzo de 1992 y del de Zaragoza de 17 de agosto de 1994 afirman que cacheos con desnudo integral pueden practicarse con mayor frecuencia que en el resto de la población reclusa, sin que ello suponga ningún tipo de discriminación, pero siempre que haya razones de tipo subjetivo que las justifiquen y no por el mero de hechos de estar clasificado en primer grado.

1.11 Comunicaciones fuera de los espacios comunes

Sólo por razones de seguridad se justifica la celebración de las comunicaciones especiales en una celda y no en las dependencias comunes (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Murcia de 5 de mayo de 1994)

1.12 Objetos disponibles en la celda

En la celda que ocupen los clasificados en primer grado no puede haber elementos que puedan ser utilizados como objetos contundentes (tablones para colocar fotos, espejos no empotrados, prohibición de tablones y espejos según auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid nº 3 de 27 de diciembre de 1993, si bien en algunos Centros Penitenciarios se permite la colocación de un panel de corcho que hace las veces.

En cuanto a la posibilidad de disponer de televisión por parte de los internos de los departamentos especiales. La sentencia del Tribunal Constitucional 119/96 dispuso lo siguiente: “Si bien es cierto que se produce una restricción fáctica del acceso a un medio público de difusión, no lo es menos que la misma se dispone con la adecuada cobertura legal (artículos 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 18 y 46 del Reglamento Penitenciario de 1981) y, en el marco de la restricción de enseres de disposición individual, como medida de seguridad frente a internos calificados como peligrosos que no resulta ajena al canon de proporcionalidad que debe inspirarla”. La Circular de la D.G.I.P. de 2 de agosto de 1991 supeditaba la posibilidad de disponer de televisión a que el interno llevara un mes sin ser sancionado, criterio que algunos jueces entendieron ajustado a derecho (autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid nº 3 de 27 de diciembre de 1993 y 22 de junio de 1994) mientras que otros mantuvieron todo lo contrario por entender que existía un derecho subjetivo de gozar del ocio y disfrutar de actos recreativos por lo que la privación se convertía en una auténtica sanción encubierta (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada de 15 de junio de 1994). Para evitar estas discordancias, la Instrucción 7/95 de 28 de febrero de 1995 permite la tenencia de televisiones salvo que razones de seguridad o tratamiento lo desaconsejen, evitando así cualquier sujeción a criterios de automatismo de plazos.

1.13 Número mínimo de presos que deben salir juntos al patio

El auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid de 31 de agosto de 1993 afirma que la previsión contenida en el párrafo tercero del artículo 10 de la Ley

Orgánica General Penitenciaria según el cual “el régimen de estos Centros se caracteriza por una limitación de las actividades en común de los internos y por una mayor y mejor control y vigilancia de los mismos en la forma que reglamentariamente se determine” permite a la Administración graduar las actividades en común, entre ellas las salidas al patio de más de un interno, pero lo que no podrá hacer es suprimirlas completamente, y resulta fácil de deducir que la salida en solitario supone una supresión completa del derecho que le asiste de poder participar en actividad comunal, equiparando su régimen al de los sancionados a aislamiento (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Oviedo de 16 de febrero de 1994).

1.14 Horas de patio

La antigua normativa circular de 2 de agosto de 1991 ha sido sustituida por la Instrucción 7/95 de 28 de febrero, antes aludida, que ha asumido algunos criterios mantenidos por diversos Juzgados de Vigilancia, cabiendo citar por ejemplo la ampliación en una hora de las horas de patio, para la dedicación de actividades programadas, de los internos de departamentos especiales, lo que ha hecho que sea reconocido el avance que supone respecto a la normativa que deroga (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada de 31 de julio de 1995)

<<< consultar FIES

*2. Regresión de grado

2.1 Auto del Tribunal Constitucional 60/92 de 3 de marzo:

Esta resolución examina la procedencia del acuerdo de regresión de grado señalada en el artículo 243.3 del Reglamento Penitenciario, esto es, la evolución desfavorable de la personalidad y conducta del demandante, que llevó a la Administración a adoptar dicha medida.

El Tribunal Constitucional exige que el acuerdo de regresión se le comunique al interesado en vía administrativa, a fin de acreditar que el mismo está debidamente basado en las “causas objetivas” que requiere el artículo 10.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

En este asunto se inadmitió el recurso por entender que la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación contra la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ponía remedio a la falta de fundamentación de la resolución de la Administración Penitenciaria.

El Tribunal Supremo añade que la resolución administrativa debe recoger en su fundamentación algo más que la indicación de que se trata de un penado calificado de peligrosidad extrema o inadaptado al régimen desde el que es regresado, y que es preciso que se indiquen cuáles son los elementos objetivos que llevan a tal conclusión.

2.2 Incumplimiento del tratamiento de deshabitación a la droga que se había impuesto como condición:

El auto de la Audiencia Provincial de Madrid 315/98 de fecha 20 de marzo de 1998 califica de fraude de ley la pretensión de incumplir una resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por el que se acordaba la progresión a tercer grado del recluso, “amparándose como norma de cobertura en las disposiciones de la ley y el reglamento

penitenciario. Hay una cierta apariencia de ello en cuanto que, en la propuesta de regresión que hace el centro penitenciario y en la que se basó la resolución de la Dirección General hace referencia al mal uso de permisos anteriores al auto de 28.4.97 por lo que parecen tomarse en consideración negativa factores que ya fueron tenidos en cuenta por el Juez de Vigilancia Penitenciaria y ello, invertiría el orden constitucional en cuanto a que son los jueces quienes revisan la actuación administrativa y no al contrario. Pero si se analiza más en profundidad, se advierte que el auto de 28.4.97 concedía tal progresión a tercer grado en virtud del próximo cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena, pero advertía que el interno debía seguir un tratamiento de deshabitación a la droga, que debía procurarse que ese programa fuera compatible con su actividad laboral pero era “en todo prioritario” el programa de tratamiento que habría de prolongarse hasta que por los responsables del mismo se certificara la total deshabitación. Pues bien, el interno sometido a programa sustitutorio de opiáceos por metadona abandonó el programa el 22.5.97. Alega dicho interno que su adicción a la droga no existe y que el programa sustitutivo le es perjudicial. Ello es posible, pero en tal caso, corría de su cuenta habida cuenta de los términos del auto de 28.4.97 demostrar la falta de adicción por sus propios medios, pues el auto establecía que era la Junta de Tratamiento y no el interno quien fijará el programa de deshabitación, o dicho de otro modo, si el interno no estaba de acuerdo, por innecesario por inútil o por perjudicial, con el programa o bien debería exponerlo y acreditarlo ante el Juez o bien incluso abandonar el programa para demostrar después su innecesariedad. La pura alegación de que él sabe lo que le conviene y lo decide por sí y ante sí tiene dos perspectivas: ciertamente la libertad de decisión es suya, pero también ha de asumir las consecuencias de dicha decisión. Si de los antecedentes resulta que, cuando fue condenado se reconoció su adicción o consumo habitual al menos de droga, que el Juez de Vigilancia le impone con tratamiento, y los informes de la prisión indican una continuidad en el consumo, no basta con que el interno decida no necesitar un tratamiento o no estar de acuerdo con él, y le corresponde probar su innecesariedad, inutilidad o nocividad. En consecuencia la Administración ha respetado el espíritu del auto de 28.4.97 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº3 no ha defraudado la ley y su resolución debe ser mantenida, con rechazo de los recursos contra la misma y contra los autos del Juzgado de Vigilancia nº2 que la confirmaban”.

2.3 No puede ser causa de regresión la existencia de otros procesos penales ya pendientes:

Según el auto de la Audiencia Provincial de Madrid 375/98 de fecha 1 de abril de 1998, aunque el preso se enfrente a una pluralidad de procesos penales futuros y sea posible que en alguno de ellos resulte en definitiva condenado, “al momento presente sólo está privado de libertad en virtud de la pena impuesta en la causa única en que existe sentencia firme condenatoria. Si se pretende dar algún contenido real al derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede ser causa de regresión de grado la existencia de otros procesos en trámite contra él. Y por otra parte, el Derecho debe tener una mínima vocación de eficacia que no es compatible con puras declaraciones formales sin relevancia práctica o con mera trascendencia simbólica (por ejemplo cumplir un día en prisión), sobre todo, si el símbolo es equívoco y dudosamente puede entenderse como de justicia”

2.4 Por detención por la comisión de nuevos hechos de los que posteriormente queda al margen.

Actuación que debería haberse llevado a cabo por el Centro penitenciario:

El auto de la Audiencia Provincial de Madrid 871/98 de fecha 8 de julio de 1998 se pregunta si los artículos 104.2 y 108.3 del Reglamento Penitenciario son compatibles, o si por el contrario, es incorrecto el desclasificar al interno, en virtud de la aplicación del artículo 104.2, cuando lo correcto sería la aplicación automática del artículo 108.3 del citado Reglamento. A este respecto, el último precepto citado establece un régimen ordinario al interno así clasificado que fuere detenido, ingresado en prisión, procesado o imputado judicialmente por presuntas nuevas responsabilidades, debiendo proceder la Junta de

Tratamiento inmediatamente a la reclasificación correspondiente en su caso.

“En el caso de autos se procedió a suspender y dejar sin efecto la clasificación en tercer grado, al haber sido detenido el penado por nuevos hechos, de los que después quedó al margen. Es ese ínterin que se produce con motivo de aquella detención y la situación que provoca las causas que determinan, en opinión del interno, la pérdida de los beneficios penitenciarios, a que no había lugar. La situación por la que ha pasado el recurrente no se puede tachar de ilegal o arbitraria, solamente se le puede objetar que la decisión de desclasificar al interno no fuera seguida, de forma inmediata, como recoge el precepto citado, de una reclasificación, no obstante, del propio expediente se desprende que el interno ha seguido en la misma situación que presentaba el día de su regresión, de lo que se deduce que no se le han causado perjuicios en la aplicación de los beneficios penitenciarios, independientemente de que en cuanto se produce la desclasificación, se le aplica el régimen destinado a preventivos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento Penitenciario.

“En definitiva, el único reproche que se puede hacer a la actuación del Director del Centro y de la Junta de Tratamiento es la de no haber, en su caso, acordado la inmediata reclasificación del interno, en armonía con lo dispuesto en los artículos citados 104.2 y 108.3 del Reglamento Penitenciario, que son aplicables al caso de autos”.

*3. Progresión de grado

3.1 La resolución tiene que fundarse en motivos concretos:

Cuando el Centro Directivo dicte una resolución de clasificación utilizando términos amplios, carentes de contenido concreto y contradiciendo la propuesta de progresión de grado (que puede extenderse a las de mantenimiento en grado) de la Junta de Tratamiento de la cárcel, debe quedar concretado expresamente los fundamentos legales, psicológicos, sociales, en que se basa para dictar su decisión. Estos tipos de resoluciones vulneran el principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución) y prohibición de que la administración actúe arbitrariamente, toda vez que el principio de interdicción de los poderes públicos aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones no justificadas (Tribunal Supremo, antigua Sala 4ª, sentencia de 19 de mayo de 1987). El objetivo de este principio es que la actuación administrativa sirva con racionalidad a los intereses generales (art. 103.1 de la Constitución) y, más específicamente, a que esa actuación venga inspirada por las exigencias de los principios de buena administración (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de 11.6.1991). No se trata tanto de prohibir actuaciones administrativas ilícitas, cuanto de la necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de fecha 17 de abril de 1990).

Cuando los términos y conceptos utilizados por la Dirección General en su resoluciones son abstractos e imprecisos hasta el punto que imposibilitan conocer en que se fundamenta la resolución, incumplen las exigencias constitucionales de certeza y seguridad jurídica. Las fórmulas genéricas no sirven como suficiente motivación de la resolución, pues se convierten en auténticos “cajones de sastre”, en elásticos criterios de decisión que justifican cualquier arbitrariedad. Además, al no conocer los factores que hay que consolidar, ni como hacerlo, las resoluciones no se pueden atacar, ni impugnar con fundamentos sólidos. Esta cuestión origina, por un lado, indefensión y, por otro, situaciones que favorecen la arbitrariedad de la administración penitenciaria en su intervención. Esto supone, en la casi totalidad de los casos, la vulneración del principio de seguridad jurídica que exige que toda resolución quede fundamentada (principio de taxatividad-principio de legalidad).

3.2 Circunstancias personales:

Según el auto de la Audiencia Provincial de Madrid 230/98 de fecha 27 de febrero de 1998: “La interna recurre contra una clasificación en 2º, hecha por el Centro en fecha de 5 de junio de 1997, en ese momento la interna ha sufrido, entre prisión provisional y cumplimiento, 2 años; de una condena de ocho años y un día. Ha cumplido la cuarta parte y no ha disfrutado de permiso alguno, al menos que conste a esta Sala, aunque parece ser que el Centro le ha concedido ya más de uno, disfrutados sin incidencia alguna. Cumple las $\frac{3}{4}$ partes de la condena el próximo 16 de junio de 1998 y su conducta, hasta ahora, es intachable. En tales circunstancias, y teniendo en cuenta que el presente recurso se resuelve con un atraso considerable, dadas las fechas en que nos encontramos y constando las buenas condiciones que reúne la interna, su relación con persona de nacionalidad española estable, y sus perspectivas de trabajo, la Sala estima que sería conveniente acceder a su progresión de grado, al objeto del éxito de la medida que se propone, y con su resultado mantenerla o revocarla en su día”.

3.3 La reincidencia no debe ser un estigma perpetuo. Existencia de errores de valoración:

Según el auto de la Audiencia Provincial de Madrid 900/98 de fecha 16 de julio de 1998 los argumentos tenidos en cuenta por la Administración para su resolución “son la tipología y gravedad de los delitos cometidos y la alarma social generada; así como, que de la conducta global del interno no se desprende una evolución suficientemente favorable (de momento) que permita inferir una capacidad para llevar en lo sucesivo un régimen de vida en semilibertad.

“Estos argumentos no pueden ser aceptados sino en muy limitada medida. La tipología y la gravedad de los delitos - robos y homicidio - son los que han llevado al interno a pasar en prisión los últimos 10 años de su vida. La alarma social por hechos acaecidos en el año 88 no es pensable que se mantenga y el nombre del interno, hoy por hoy, no se asocia públicamente al peligro o al temor. Y en cuanto a la conducta del interno en prisión -y lo global habrá de referirse al lugar en que han transcurrido los últimos diez años de su vida- es más que aceptable: carencia de sanciones vigentes, permisos disfrutados sin incidencias, tratamiento en la U.A.D. durante más de dos años en el que fue dado de alta por cumplimiento de objetivos. Tiene apoyo familiar y es trabajador y participativo en prisión. En definitiva, no hay razón atendible en los fundamentos de la Administración.

“El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria [...] sin censura alguna sobre los argumentos de la Administración, añade otros nuevos cuales la reincidencia en la actividad delictiva y la duda sobre el momento actual de su drogodependencia. En cuanto a la primera, es circunstancia que ya fue apreciada en las sentencias condenatorias y, en su caso, en la revisión de las mismas y por tanto, tuvo su incidencia en ella la dimensión de las penas. De otra parte la concurrencia de esa circunstancia en delitos cometidos hace diez años no permite afirmar que el interno mantenga a modo de estigma perpetuo la cualidad de reincidente. Y en cuanto a las dudas sobre el estado actual de su drogodependencia, es dato que toma la juez del informe de la prisión que textualmente dice “dudas sobre momento actual de drogodependencia dado que han pasado dos años de su alta en tratamiento.” Pero, como se ha dicho, el tratamiento terminó tras más de dos años, no por baja en el mismo sino tras el alta por cumplimiento de objetivos. Si, tras ello, no consta dato alguno de consumo - permisos sin incidencias, ausencia de sanciones, conducta participativa y trabajadora en prisión - las dudas no tienen base específica y sólo la genérica del riesgo de recaída de todo toxicómano, insuficiente a todas luces para fundar la denegación de progresión.

“En el auto de 8 de mayo de 1998, la Juez “a quo” ya conoce los errores en cuanto a las a fechas de cumplimiento y extensión de la condena. Pese a ello, mantiene su resolución anterior “por sus propios fundamentos”. Como esos fundamentos son inciertos en cuanto a los datos antedichos y en lo demás ya han sido rechazados en el anterior razonamiento jurídico, es claro que tampoco este auto es obstáculo a la estimación del recurso que debe prosperar y, con él, la pretensión del apelante de progresar a tercer grado”.

3.4 Tras la regresión, su mantenimiento debe responder a causas perfectamente probadas y no a sospechas:

“Aunque en el acto de la vista el Ministerio Fiscal ha instado la desestimación del recurso, es lo cierto que hasta ahora ha apoyado en dos ocasiones la pretensión del interno: Cuando recurrió ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria el acuerdo de la Dirección de 15.10.96 y cuando, confirmada esa resolución por auto de 5.2.97, recurrió en reforma este auto. Y en esos informes el Ministerio Fiscal aportaba un dato muy importante y era que la pretendida necesidad de espera a la reacción del interno tras algún permiso antes de progresar al tercer grado, no era tal pues había disfrutado ya dos consolidando factores positivos. A ello ha de añadirse que el interno ya disfrutó el tercer grado penitenciario y, si la regresión de grado debe ser algo excepcional en un sistema que por definición es progresivo, el mantenimiento de la misma debe responder a causas perfectamente probadas y no a sospechas, conjeturas o hipótesis. Si se añade que el acusado ha cumplido tres cuartas partes de la condena hace más de seis meses y la extinguirá definitivamente mucho antes de un año y que los propios autos denegatorios informan de la buena conducta interno, es claro que debe estimarse el recurso” (auto de la Audiencia Provincial de Madrid 1005/97 de fecha 20 de octubre de 1997)

3.5 Por enfermedad muy grave:

El auto de la Audiencia Provincial de Madrid 1017/97 de fecha 22 de octubre de 1997 examinó un caso en el cual la clasificación en tercer grado del interno fue propuesta por los servicios médicos del centro penitenciario cuyo pronóstico en fecha 26.9.96 era muy grave a corto medio plazo. La Junta de Tratamiento denegó el tercer grado por considerar que su estado de salud actual no tiene cabida en los términos utilizados por el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario. La Audiencia Provincial considera que

dicho artículo “únicamente requiere que se trate de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, cuya clasificación en tercer grado se hace por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad. Estos requisitos concurren en el interno recurrente, a la vista de los informes emitidos por los servicios médicos del centro, que son los que van tratando y atendiendo la evolución de la enfermedad padecida por el penado, y han apreciado el estado en que se encuentra el mismo, considerando que reúne las exigencias del mencionado artículo. Así lo entiende también la Sala, a pesar del informe emitido por el médico forense cuyo pronóstico a diferencia de los anteriores, pues no cabe interpretar que el artículo 104.4 del Reglamento prevea la clasificación en tercer grado sólo en los supuestos en que sea previsible un fallecimiento inminente a fin de que los últimos días o incluso horas las pase el enfermo en un ambiente más cercano, sino que, sin necesidad de llegar a esta situación extrema, trata de suavizar las condiciones de vida de quien ya padece una enfermedad irreversible y se encuentra en estado muy grave, todo ello, como dice el precepto, por razones humanitarias y de respeto a la dignidad de la persona. Aún cuando lo anterior ya es motivo suficiente para la estimación del recurso, además, en el presente caso, hay que tener en cuenta el informe social favorable del servicio correspondiente del centro penitenciario, que desde hace más de dos años no consta que el interno haya tenido ninguna relación con las drogas, por lo que no se puede presumir que se mantiene su adicción a las mismas, y que $\frac{3}{4}$ partes de la condena las cumplió en agosto pasado y la definitiva la cumplirá dentro de pocos meses, en mayo del próximo año, por todo lo cual procede la clasificación solicitada”

Según otro auto de la misma Audiencia Provincial de Madrid 982/97 de fecha 14 de octubre de 1997, “nos encontramos ante un penado afectado de enfermedad grave -VIH+-, desde el año 1986 con un pronóstico a corto plazo fatal, según se desprende de los informes médicos; goza de acogimiento familiar, y en los permisos que ha disfrutado no se ha observado nada anormal, haciendo vida familiar, con conducta adaptada. Indudablemente su enfermedad es grave, y a pesar de su pronóstico, no quiere decir que haya perdido su capacidad total para delinquir, por ello, literalmente no se puede considerar cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, pero el texto legal no requiere tal estado de salud, equivalente a la inconsciencia y a consecuencia se ha de dar por cumplidos los requisitos del citado precepto, en el caso de autos, por lo que procede acceder a su solicitud de progresar a tercer grado por motivos de enfermedad”.

3.6 Excesivo tiempo transcurrido entre los datos que desaconsejaban el mantenimiento del grado

y el momento en que se resuelve el recurso:

Según el auto de la Audiencia Provincial de Madrid 587/97 de fecha 29 de mayo de 1997 “la interna, según informes del centro cumple las tres cuartas partes de condena con redención el 27.1.97 y la totalidad de la condena el 17.6.97. La conducta penitenciaria es correcta y los factores que desaconsejan la progresión a tercer grado son en buena parte irreparables -marginalidad, incultura, debilidad económica-. Por ello, lo que en su momento, es decir en enero de 1996 pudo tener sentido, carece de él en la actualidad, y si bien esta jurisdicción es normalmente revisora, tal carácter debe ceder en los supuestos en que entre la resolución administrativa y la judicial media tal lapso de tiempo -17 meses en este caso- que las circunstancias han mudado esencialmente. Debe pues estimarse el recurso y concederse la progresión de la interna al tercer grado penitenciario”.

*4. Tercer grado

El artículo 104.3 del Reglamento Penitenciario permite la clasificación sin esperar dos meses de observación y, tomando en consideración las circunstancias excepcionales de rehabilitación y reinserción que concurren.

El artículo 182 del Reglamento Penitenciario se refiere a la posibilidad de que “aquellos penados clasificados en tercer grado, que necesitan un tratamiento específico para la rehabilitación de drogadicciones y otras adicciones [...] podrá autorizarse su asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas”.

Es competente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para acordar la clasificación urgente en tercer grado en virtud del artículo 76.2.f y g de la Ley Orgánica General Penitenciaria que establece las competencias del Juzgado de Vigilancia.

El sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad es el de individualización científica, a fin de, como dice la exposición de motivos y el articulado de la ley penitenciaria, conseguir, a través del tratamiento, la reeducación del penado. En la Ley Orgánica General Penitenciaria, se describen minuciosamente las características del tratamiento y los principios que lo deben inspirar (artículos 62 y 63 de la misma).

Según estipula el artículo 65.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, “la progresión del tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno, y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes que implicarán una mayor libertad”.

El artículo 72.4 Ley Orgánica General Penitenciaria establece que “en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”.

Art.75: LIMITACIONES REGIMENTALES:

1. Introducción:

El artículo 75 del Reglamento Penitenciario permite al Centro Penitenciario la adopción de medidas que impliquen limitaciones en la situación regimental a la que se encuentra sometido el interno. Según este artículo:

1. Los detenidos, presos y penados no tendrán otras limitaciones regimentales que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y el buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación.
2. En su caso, a solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia.
3. Mediante acuerdo motivado, el Consejo de Dirección, en el caso de los detenidos y presos, o la Junta de Tratamiento, en el caso de los penados, propondrán al Centro

Directivo el traslado del recluso a otro Establecimiento de similares características para posibilitar el levantamiento de las limitaciones regimentales exigidas por el aseguramiento de su persona a que se refiere el apartado anterior.

4. Los acuerdos de traslado se comunicarán, en el caso de los detenidos y presos a la Autoridad judicial de que dependan y, en el caso de los penados, al Juez de Vigilancia correspondiente”.

La norma, por la amplitud con que define los casos en que resulta posible la limitación y por no manifestar en que consisten las medidas que pueden llevarse a cabo, facilita, en exceso, la justificación de una actuación que debería entenderse como excepcional. El riesgo consiguiente es la posible arbitrariedad en su aplicación.

Las facultades otorgadas por la citada norma, en la modalidad denominada “forzosa” (cuando no ha solicitado protección el propio preso), a la Administración Penitenciaria son foco constante de quejas de los presos por el abuso que se hace de este precepto. El preso al que se le aplica esta medida se ve privado, de manera ilimitada en el tiempo, de las condiciones de vida que venía disfrutando en el régimen en el que se encontraba; en ocasiones, su aplicación parece dar lugar a un sistema sancionador, sin límite temporal, extramuros de la regulación del propio régimen sancionador.

Evidentemente, no es una sanción, puesto que no se regula como tal; sin embargo, la práctica nos muestra que tiene un carácter cercano a las sanciones o a ciertos medios coercitivos. Hay quien lo califica de sanción encubierta.

Las Conclusiones de la reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria del año 1997, señalaban que: “El régimen del artículo 75 del Reglamento se considera excepcional y subsidiario a otros recursos legales como son los medios coercitivos en los casos en que los supuestos de aplicación coincidan, estando sujeto, dadas las restricciones que supone, a la misma extensión e intensidad de control jurisdiccional que aquéllos”.

2. Antecedentes del precepto

El precepto que comentamos encuentra su origen en el artículo 32 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1201/81 de 8 de mayo. Señalaba este artículo: “Las limitaciones en el régimen de los detenidos y presos vendrán determinadas por la exigencia de asegurar su persona, por las de seguridad y orden de los Establecimientos y por la de impedir la influencia negativa de unos internos sobre otros.”

La norma, inicialmente, parece perseguir el establecimiento de unas medidas de protección para aquellos presos que pudieran ser, potencialmente, objeto de una agresión por parte de otros. Pero se encuentra utilidad a la misma como argumento de medidas orientadas a incrementar el control y endurecer las condiciones regimentales de algunos presos, ya que originaba el traslado a una sección similar al previsto para el régimen cerrado, impidiendo participar o compartir las actividades comunes del Centro, sin ni siquiera llegar a modificar su clasificación del preso.

Debe resaltarse, además, que del tenor literal de la norma se deduce que la pretensión original era únicamente la protección de detenidos y presos preventivos. Ninguna alusión hace a los penados, como hace el artículo 75 del actual Reglamento. No obstante, lo anterior no era óbice para que la Administración Penitenciaria extendiera su

aplicación, en muchas ocasiones, sin justificación alguna, a los penados; lo que suponía una limitación adicional a la ya restringida libertad personal de los presos.

En cuanto a su aplicación a detenidos y presos, debería, en todo caso, ajustarse, como cobertura legal, a lo previsto en el artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece la imposibilidad de adoptar contra el detenido o preso ninguna medida extraordinaria de seguridad, salvo casos de desobediencia, de violencia o de rebelión, o cuando haya intentado o hecho preparativos para fugarse. Medidas que siempre deberán ser limitadas en el tiempo y sin que pueda subsistir más allá del tiempo necesario.

Carente de un procedimiento reglamentariamente establecido y ausente de cualquier tipo de garantías, se encontró el camino para aislar a aquellos sujetos que resultan incómodos, sin atender a ninguna limitación; aplicándolo a partir de presunciones deducidas de situaciones estandarizadas, sin analizar de una manera individualizada cada caso y sin tener que justificar cuál era la medida que resultaba más adecuada.

En definitiva, el artículo 32 del Reglamento Penitenciario, permitía llegar a situaciones que suponían una burla a todas las garantías jurídicas del sistema sancionador. La sanción más grave dejó de ser el aislamiento en celda, que podía llegar, por acumulación de sanciones, a los 42 días y pasó a ser el aislamiento indefinido, la aplicación del artículo 32 del Reglamento Penitenciario.

3. Situación derivada del nuevo Reglamento

La implantación del nuevo Reglamento (Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero) ha supuesto la “universalización” de las medidas que implican limitaciones reglamentales. El artículo 75 del nuevo Reglamento extiende la aplicación de aquellas a los penados.

Desconocemos cuáles son las razones de ampliar las potestades otorgadas a la Administración penitenciaria en este aspecto, aunque se intuyen. La Exposición de Motivos del Reglamento Penitenciario señala que “la situación actual es muy distinta a la existente en 1981, no sólo por el notable incremento de la población reclusa [...] predominio de la criminalidad urbana y suburbana y de la irrupción del fenómeno de la delincuencia organizada, que generan grupos minoritarios de reclusos con un alto potencial de desestabilización de la seguridad y el buen orden de los establecimientos penitenciarios.”

Sin embargo, el objetivo que se perseguía con el nuevo Reglamento no era el de introducir a esos reclusos, cuyo tratamiento puede resultar más dificultoso, en un gueto; como parece que se realiza en algunos casos con la aplicación del artículo 75. La pretensión era “atender a las necesidades de tratamiento e incentivar su adaptación al régimen ordinario y sus limitaciones reglamentales son menos severas que las fijadas para el régimen de cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda, por entenderse que el régimen cerrado, aunque contribuye al mantenimiento de la seguridad y del buen orden regimental, no tiene naturaleza sancionadora, sino que se fundamenta en razones de clasificación penitenciaria en primer grado” (Exposición de Motivos).

De aquí surge inmediatamente una conclusión: el modelo que en la actualidad se utiliza en los Establecimientos Penitenciarios, esto es, el aislamiento forzoso con base en el artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario, no tiene encaje en esta norma que debería

aplicarse, de una manera motivada, durante el tiempo mínimo imprescindible y únicamente, cuando no resulte posible otro tipo de actuación.

La modificación introducida en el artículo 75 ha abierto una puerta a la creación por la vía de hecho de un régimen intermedio, que a todos los efectos se ha de considerar un primer grado, pero sin los controles que el mismo presenta, y fuera del control que pudiera representar si fuese considerado como una sanción.

El principio de legalidad tiende a garantizar que la Administración Penitenciaria no pueda hacer un uso arbitrario y extralimitado de ciertas normas legales con consecuencias jurídicas muy graves (la pérdida/reducción de libertad ambulatoria por las zonas comunes y sus consecuencias) aplicando este artículo a situaciones no previstas en él.

Por ello, a fin que no quede vulnerado el principio de legalidad, debería existir una correlación entre el contenido derivado de una interpretación gramatical y teleológica de los términos legales del artículo 75 del Reglamento Penitenciario, por un lado, y los hechos que presuntamente han dado lugar a su adopción y mantenimiento, por otro. En consecuencia, los hechos deberían ser de tal gravedad que pusieran en peligro la seguridad y el orden de la prisión y que deberían quedar expresamente acreditados en la resolución, con la posibilidad de contradicción por el interno afectado a través de recurso, posibilidad que no queda reflejada en la resolución que me entregaron.

Las limitaciones regimentales hacen referencia a las actividades y comunicaciones (situación de derecho) pero nunca debe implicar el aislamiento (situación de hecho), porque supondría una vulneración del principio de legalidad, una disociación entre norma jurídica y contenido de hecho en la aplicación del régimen limitativo del artículo 75 del Reglamento Penitenciario que origina una situación de indefensión, al no prever la posibilidad de recurso ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Esta indefensión se materializa cuando la consecuencia jurídica que de hecho (en la realidad) se aplica en la adopción del art.75 del Reglamento Penitenciario es el aislamiento.

La aplicación de este régimen de vida permite a la dirección del centro penitenciario imponer un régimen propio de la sanción de aislamiento del art.43.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del régimen cerrado del art.95.1 del Reglamento Penitenciario sin necesidad de objetivar ni probar documentalmente hechos que deberían estar tipificados dentro del régimen sancionador y por lo tanto debería acudir a éste a fin de que se observasen todas las garantías procesales establecidas legalmente en defensa del interno. Por otro lado, si se aplicase el régimen cerrado, deberían acreditarse objetivamente los motivos de inadaptación al régimen ordinario o de "peligrosidad" que fundamentasen el acuerdo mediante resolución motivada que diese lugar a una propuesta razonada de la Junta de Tratamiento para la adopción del traslado del penado al departamento de régimen cerrado. En ambos casos se prevé la exigencia de notificación al penado con expresión del recurso que puede interponer ante el Juez de Vigilancia penitenciaria. Estas circunstancias exigen la existencia de una individualización de la conducta que se exige como de inadaptación al régimen penitenciario.

Por ello, entendemos que si la consecuencia jurídica de la limitación regimental es la misma que la sanción de aislamiento o la adopción del régimen cerrado, deberían tener

las mismas garantías procesales que aquellas (si fuese sanción: audiencia, prueba, contradicción, defensa, posibilidad de recurso; o, si fuese en centro cerrado: individualización de la conducta en base a datos objetivos, acuerdo de la junta de tratamiento etc.). Estas garantías no están previstas y por ello no se han observado en la aplicación del artículo 75 del Reglamento Penitenciario.

4. La aplicación del artículo 75 en la práctica

En la práctica, al amparo del artículo 75 del Reglamento, se han establecido dos modelos: el denominado forzoso, descrito en el párrafo 1º del artículo 75 y el modelo voluntario, conocido también como refugiado, descrito en los siguientes párrafos del precepto, cuya característica más destacada es que la limitación se produce a solicitud del propio preso.

En este trabajo vamos a centrarnos principalmente en el apartado primero, en consideración a las peculiaridades que presenta, que ha desencadenado una interpretación alejada por completo del espíritu de la norma.

En una deficiente redacción, el artículo comienza en su apartado uno, negando que los detenidos, presos o penados tengan limitaciones regimentales, a excepción, claro está, del elenco que seguidamente pasa a describir.

El apartado 1º del citado artículo 75 configura un modelo limitativo del régimen en el que se encuentra el preso, de aplicación forzosa y caracterizado por cuatro circunstancias:

- a) El aseguramiento de su persona.
- b) La seguridad y el buen orden de los Establecimientos.
- c) Las que aconseje su tratamiento.
- d) Las que provengan de su grado de clasificación.

Las limitaciones regimentales como puede observarse son de tal ambigüedad que pese a ser un número tasado, no pueden considerarse como *numerus clausus*, por cuanto la amplitud de los conceptos impide que pueda delimitarse su alcance. Lo cierto es que, una vez más, el redactor de la norma no ha podido o no ha querido prescindir de conceptos jurídicos indeterminados, que, por su inicial indefinición, permiten la aplicación de cierta dosis de discrecionalidad, con un riesgo añadido que se interpreta nada menos que limitación de derechos fundamentales del individuo.

Antes de continuar, vamos a analizar las características del procedimiento de aplicación de las limitaciones regimentales cuando el fundamento es la protección del preso, apartado 2º del artículo, pues algunas de ellas se aplican analógicamente a la “modalidad forzosa”. En el citado apartado se ha considerado de aquellos presos que, en razón del delito cometido (delitos contra la libertad sexual, en su mayoría), al comportamiento en el centro frente a otros presos o a su relación con los funcionarios (chivatos), han sido considerados por los demás presos como no merecedores de respeto y, consiguientemente, su integridad personal corre peligro; están refugiados respecto a los demás presos. En estos casos la medida de limitación regimental se aplica generalmente por iniciativa del preso, que lo solicitará al Director, el cual mediante

resolución motivada acuerda llevarla a cabo si estima que es preciso para salvaguardar la vida o la integridad física del recluso, y da cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Resulta llamativo como el precepto, en su apartado segundo, señala la obligatoriedad de dar cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando la limitación regimental solicitada por el preso o por propia iniciativa del Director sea para la salvaguarda de la vida o la integridad del preso y, sin embargo, nada se dice respecto al primero de los supuestos estudiados, cuando se aplica sin existir tal necesidad. Es un dato más que permite concluir que no estaba prevista la aplicación de la norma en su modalidad “forzosa”.

Pese a no estar previsto, habitualmente, cuando se aplica una medida limitadora con carácter forzoso, también se “da cuenta”, con carácter general, al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria no es un simple requisito formal, por lo que este no debe limitarse a tener por recibida tal comunicación. Dar cuenta es algo más que poner en conocimiento, tiene un matiz que supone justificar ante otro la actuación o decisión. Entiendo que la actitud del órgano judicial no puede de ningún modo ser pasiva o de mera recepción de la resolución sino que deberá examinar la actuación y pronunciarse acerca de si es ajustada o no.

Desde la Reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en abril de 1982, han sido constantes los criterios dados al concepto “conocer” cuando se trata de comunicaciones al Juez de Vigilancia de las decisiones adoptadas por el Director y la Junta de Régimen de los Establecimientos Penitenciarios. En el apartado D, 2) de tales criterios se pone de manifiesto que habrán de distinguirse “los casos en que la Ley o el Reglamento dispone que el Juez de Vigilancia “conocerá” de determinados asuntos, de aquellos otros en que el Director o la Junta del establecimiento “pondrá en conocimiento” del Juez de Vigilancia algo. En el primer caso, la palabra “conocer” tiene un sentido procesal característico y el Juez puede resolver sobre el fondo del asunto, dejando en su caso sin efecto la decisión administrativa. Esta interpretación es particularmente clara en el supuesto del artículo 76.2 j) de la Ley General Penitenciaria, porque el Juez de Vigilancia conoce “a propuesta” del Director del establecimiento. Hay que tener en cuenta que, en materia de traslados, el Juez de Vigilancia debe tener una cierta intervención (y no limitarse a ser un receptor de una noticia), dada la importancia de que por esta vía el recluso se pueda sustraer a la competencia del Juez de Vigilancia. La procedencia del traslado dependerá del tipo de establecimiento en que se encuentre el interno, y la Administración penitenciaria al dar conocimiento al Juez de un traslado, debe especificar las causas. El Juez tendrá en cuenta que no debe ser lo mismo el régimen de vida mixta (departamentos especiales del artículo 10 de la Ley General penitenciaria) que el aislamiento celular.”

El mismo criterio se vuelve a recoger en la Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de octubre de 1990, en el apartado L, así como en la Reunión de mayo de 1992 en su apartado L) n° 67.

El apartado 3° del artículo 75 prevé el traslado del recluso, cuya seguridad se pretende proteger, con la finalidad de posibilitar el levantamiento de las limitaciones regimentales. Este traslado debe ser comunicado, en el caso de detenidos o presos, a la Autoridad Judicial de quien dependan, y, en el caso de penados, al Juez de Vigilancia

Penitenciaria. Insistimos en que la autoridad judicial debería pronunciarse sobre dicho traslado.

Nada dice la norma sobre traslados en el caso de que la limitación regimental tenga su origen en la necesidad de seguridad y el buen orden de los Establecimientos, o porque lo aconseje el tratamiento o provengan de su grado de clasificación. En estos casos el traslado suele depender de otros factores; así el caso típico es el del penado en segundo grado que tras la aplicación de estas limitaciones se ve regresado a primer grado, con propuesta de traslado a otro centro; parece ser, en estas ocasiones, una situación de transición entre grados, en la que los presos se ven sometidos a un régimen que, en la práctica, es de aislamiento, sin límite temporal. En este caso debería comunicarse, igualmente, al juez competente el traslado.

5. Órgano competente para acordar la medida

La aplicación de las limitaciones del artículo 75 del Reglamento Penitenciario se realiza por el Director del Establecimiento. El artículo 280.2.5ª y 6ª otorga facultades al Director para adoptar las medidas regimentales urgentes necesarias para prevenir y, en su caso, resolver cualquier alteración individual o colectiva del orden en el centro, dando cuenta inmediatamente al Centro directivo; así como para la adopción de medidas cautelares que procedan hasta que recaiga acuerdo definitivo, ante hechos o actuaciones de los presos que se presuman faltas disciplinarias.

Resulta evidente que cuando el artículo 280.2, regla 5ª, señala como competente al Director para adoptar medidas regimentales urgentes, no está pensando en el artículo 75. De hecho, su comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria en lugar de al Centro Directivo recuerda más a una sanción muy grave que a la adopción de una medida regimental.

En ciertos casos se ha observado que el régimen a aplicar a aquellos presos a quienes se les impone el artículo 75.1 se ha desarrollado a través de normas internas elaboradas por el Consejo de Dirección del Establecimiento penitenciario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 270 .1, apartado b) del Reglamento Penitenciario, sujetas únicamente a aprobación por el Centro Directivo. De esta manera se regula el régimen de vida del individuo internado en un Establecimiento penitenciario, a través de normas internas dadas por el propio Establecimiento, pudiendo establecerse limitaciones a los derechos de los presos cuya cobertura legal es difícil sino imposible de encontrar.

6. Recursos contra su aplicación

6.1 Queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria

El artículo 4 del Reglamento Penitenciario, titulado Derechos, en su apartado 2, letra j) dispone que los presos tendrán derecho “a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias y judiciales,... así como dirigirse a las autoridades competentes y utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos...”

Y el artículo 76, 2, g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria indica que corresponde al Juez de Vigilancia “acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto

afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos”.

El preso sometido a limitaciones regimentales forzosas, deberá instar ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria la oportuna queja a fin de obtener la oportuna resolución judicial, sin esperar a la actuación que pueda llevar a cabo el Juez si se da cuenta al mismo de las medidas limitadoras.

“Cuando para el cumplimiento de la función de salvaguarda de los derechos de los internos y corrección de los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse no existan vías procesales especificadas en el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, debe entenderse que es la queja o petición el instrumento adecuado para obtener la resolución judicial, la cual, una vez firme, lleva consigo necesariamente la exigencia de cumplimiento”. (Nº 68 de los Criterios de Actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Octubre de 1990).

6.2 Recurso de reforma

El Juez de Vigilancia resuelve las quejas por medio de auto que, de conformidad, con la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es recurrible en reforma, sin necesidad de asistencia letrada o representación de Procurador.

6.3 Recurso de apelación

No deberían plantearse dudas, a pesar de la pésima redacción de la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre la posibilidad de recurrir en apelación contra la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La resolución dictada por el Juez de Vigilancia resolviendo sobre la queja planteada por el preso será considerada como resolución dictada en primera instancia, por lo que es susceptible de recurso de reforma, como ya hemos visto, y de apelación. Así se han pronunciado los Jueces de Vigilancia en el número 82 de los Criterios Aprobados en Octubre de 1990.

La mencionada disposición de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala la improcedencia del recurso de apelación cuando la resolución del Juez de Vigilancia, en materia de régimen penitenciario y demás materias que no se refieran a ejecución de penas, se haya dictado “resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa”. Esto sólo es de aplicación en un caso: los procedimientos disciplinarios, en que la Ley Penitenciaria habla expresamente de que contra la resolución administrativa cabe recurso (artículo 44 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Es igualmente el único caso en el que al hablar de las competencias del Juez de Vigilancia (artículo 76 de Ley Orgánica General Penitenciaria) se prevé que el Juez resolverá por vía de recurso.

La no admisión del recurso con apoyo en la disposición adicional quinta supondría una interpretación desfavorable del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en su garantía de acceso a los recursos establecidos por la ley.

En este sentido el Tribunal Constitucional, en su sentencia 349/93 de 22 de noviembre, ha señalado (aunque no se trata de la aplicación de esta disposición): “la decisión

judicial de inadmisión sólo será constitucionalmente válida si se apoya en una causa a la que la norma legal anude tal efecto, correspondiendo la apreciación de tal relación causal al órgano judicial; pero, en aplicación razonada de la norma que, en todo caso, deberá interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental. De tal manera, que incurre en inconstitucionalidad merecedora de amparo la inadmisión que, fundamentada en una interpretación restrictiva o desfavorable, impida la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En definitiva, la limitación injustificada o arbitraria del acceso a los recursos legalmente previstos constituye una lesión al derecho consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución”.

6.4 Recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa

Aunque ineficaz por su lentitud, podría intentarse una impugnación de la aplicación forzosa de las medidas regimentales establecidas en el artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario, en aquellos casos en que equivale a una sanción de aislamiento, buscando una declaración de no conformidad de dicha norma con la Ley o alegando desviación de poder.

En cuanto a la desviación de poder es conveniente recordar que “para que pueda apreciarse la existencia de desviación de poder, se requiere que la Administración en el ejercicio de sus competencias se aparte del logro de un fin de interés general normalmente determinado, expresa o implícitamente, por el precepto o preceptos legales que atribuyen la potestad para actuar; es decir, que persiga con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, o un fin público distinto del previsto en la norma habilitante -artículo 83.3 LJCA-, idea que en el fondo subyace igualmente en el artículo 106.1 de la Constitución al atribuir a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.” (sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª de fecha 11 de Noviembre de 1993).

No debe descartarse que algunos Jueces de Vigilancia consideren que, al igual que los traslados, la aplicación de limitaciones regimentales queda fuera de su competencia. En estos casos, antes de acudir al recurso contencioso-administrativo ordinario, sería conveniente analizar si la limitación supone la restricción de algún derecho fundamental que permita formalizar el recurso amparándose en la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. Aunque si efectivamente vulnerase derechos fundamentales no debería existir ningún problema para considerar que la competencia es del Juez de

Vigilancia, de conformidad con el artículo 76.2.g), antes mencionado.

Cabría, incluso, atribuir competencia al Juez de Vigilancia, en la futura Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, para conocer y someter a control la actuación de la Administración Penitenciaria en todo aquello que se derive de la aplicación de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

7. Falta de justificación documentada de los motivos por los que se aplica.

Artículo 32 del antiguo Reglamento Penitenciario.

Auto de la Audiencia Provincial de la Madrid 509/98 de fecha 7 de mayo de 1998:

“Cuando el interno formuló su queja, la aplicación del artículo 32 del Reglamento Penitenciario ya cesado, como resulta de las fechas respectivas y del contenido del escrito de queja, donde se dice, al final del apartado titulado Hechos: “Al módulo especial nº 5 donde permanecí hasta el 1 de Febrero de 1996 en artículo 32 del Reglamento Penitenciario”. Por lo tanto, aunque hubiera cesado la medida, el planteamiento de la queja era correcto, pues entable como cuestión ésta: si estaba justificada la aplicación, mencionado artículo 32.

a) Para resolver esa cuestión es preciso conocer los motivos del acuerdo penitenciario y valorar si existe constancia de la realidad de los mismos.

b) La motivación está contenida en el acuerdo penitenciario de 5 de Octubre de 1995. De forma expresa se dice que las limitaciones del artículo 32 se le aplican porque: 1ª) Ejerce una influencia claramente nociva sobre otros internos, extorsionándolos y amenazándolos; 2ª) Por esta razón, también Usted (el interno recurrente) está amenazado por otros internos, con lo que pone en riesgo su seguridad o integridad personal y la de otros compañeros, y 3ª) Obstaculiza la libre participación de otros internos en actividades o actos voluntarios, dificultado el orden y seguridad del Centro y las normas generales de convivencia.

En las actuaciones remitidas a este Tribunal constan la realidad de una fuga, la posible preparación de otra y la posesión de datos relativos al Presidente de un Tribunal que condenó al recurrente. Pero no encuentra este Tribunal ningún dato referente a las extorsiones y amenazas a otros internos. No los encuentra en los informes del Centro Madrid II (no puede haberlos, pues ingresó el día 4 de Octubre de 1995 y el artículo 32 se le aplicó el siguiente día 5), ni en los remitidos por otros Centros en los que estuvo internado. Sí hay una constante referencia a su condición de fuguista. Pero no a los motivos invocados por el Centro para aplicarle el artículo 32 del Reglamento Penitenciario. Aún el dato más próximo a las extorsiones y amenazas, tiene una significación distinta. Como consecuencia de los hechos constatados (fuga consumada, posible planificación de otra, posesión sospechosa de ciertos datos), se afirma que el interno presenta “un riesgo potencial para la ordenada vida regimental de este Centro”. Y en otro informe se dice, a partir de atribuirle esa clara intención fuguista”, que “sus relaciones con los demás internos del módulo se orientan en todo momento a la obtención de información sobre los tipos y modos de salida del Centro (diligencias, hospitales), los modos de actuación de los funcionarios y la estructura del Centro”. Aunque esa última imputación respondiera a la realidad (no se comprende cómo se puede afirmar que siempre las conversaciones con los otros internos tienen como objeto obtener determinada información), la valoración de todo lo expuesto conduce a considerar que la decisión recurrida se fundamentó en unos motivos sobre cuya realidad no existe constancia en las actuaciones remitidas a este Tribunal”.

CACHEOS:

1. Protección constitucional de la intimidad

El derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad que deriva de la dignidad de la persona humana que el artículo 10.1

reconoce. La intimidad personal entraña la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana (sentencias del Tribunal Constitucional 231/88, 179/81 y 20/92).

De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado el Tribunal Constitucional, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas, de toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. De ese modo el ordenamiento jurídico protege el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (sentencias del Tribunal Constitucional 37/89, 120/90 y 137/90).

El ámbito corporal constitucionalmente protegido no es una entidad física, sino cultural y, en consecuencia, determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal. Por otro lado, aun tratándose de actuaciones que afecten al ámbito protegido, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues éste no es un derecho de carácter absoluto (sentencia del Tribunal Constitucional 37/87).

En el ámbito penitenciario, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de libertad es la reducción de la intimidad, pues quedan expuestos al público e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas o íntimas. No obstante, pueden considerarse ilegítimas como violación de la intimidad “aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión lo requiere” (sentencia del Tribunal Constitucional 89/87).

2. No se vulnera por carecer de celda individual

Sentencia Tribunal Constitucional 195/95 de 19 de diciembre:

“Comenzando por la lesión del artículo 18.1 de la Constitución que el recurrente pretende ver en el hecho de que la Administración Penitenciaria le obligase a compartir su celda con otro recluso. No puede apreciarse la denunciada vulneración del derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución), pues si bien es cierto que tanto el artículo 19.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria como el artículo 15 del Reglamento Penitenciario establecen con carácter general que cada interno ocupará una celda individual, asimismo admiten la posibilidad de convivencia de varios internos en la misma celda por insuficiencia temporal de alojamiento u otras razones, sin que por ello hayan de considerarse vulnerados los mencionados preceptos de la legislación penitenciaria, que no consagran un derecho subjetivo a habitación o celda individual, tal y como parece pretender el recurrente. Tal derecho tampoco puede extraerse directamente del artículo 18.1 de la Constitución”.

3. Cacheos corporales

3.1 Utilización de rayos X

La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 1996 ha afirmado que si bien las razones de seguridad no pueden constituir con carácter general el único soporte

de las exploraciones radiológicas, las mismas son conformes con la Constitución cuando exista constatación por parte de la Administración penitenciaria que tal medida es necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso (antecedentes de fuga, agresiones, objetos prohibidos) y siempre que su práctica sea adecuada, a fin de no superar el nivel de riesgo exigible para temer o considerar daños futuras a la salud y consiguiente vulneración de la integridad física.

También los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria han sometido las exploraciones radiológicas al requisito de necesidad (auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria de 2 de marzo de 1995), respeto del límite de la salud del interno (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Badajoz de 28 de setiembre de 1989) y necesidad de autorización judicial. En este sentido se observa discrepancia entre quienes atribuyen tal competencia al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria al entenderla como una medida de seguridad penitenciaria (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 3 de noviembre de 1993) y quienes entienden que es competencia del Juzgado de Instrucción correspondiente (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid nº2 de 15 de junio de 1995) por entender que la exploración radiológica, es uno de los reconocimientos periciales previstos en el artículo 478 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por tanto sólo aplicable a la persecución de delitos.

Una vez practicada la radiografía y constatada la existencia de cuerpos extraños, se deberán de adoptar las medidas tendentes a su expulsión. En los supuestos de que se trate de heroína o cocaína sólo cabe que se expulse de forma natural, ya que el uso de laxantes presenta el peligro de rotura del envoltorio y absorción masiva. En consecuencia, la única medida que cabe adoptar es la del sometimiento a un régimen de aislamiento y vigilancia permanente hasta que el cuerpo expulse de forma natural la droga (auto del Juzgado de Instrucción nº2 de Vitoria de 2 de marzo de 1995).

3.2 De un travestido

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 1006/97 de 20 de octubre de 1997:

“Su condición de travestí, como mantiene, no implica el que se establezca un sistema, para las personas que ostentan esa condición, de cacheos diferente al que generalmente se aplica. No se discute su condición ni nada se tiene en contra de ella, pero aún los establecimientos penitenciarios no gozan de instalaciones propias, y con personal apropiado, para este tipo de reclusos. Los cacheos se practicarán de forma general y en igualdad de condiciones para todos los reclusos, y por ello no se observa ninguna anomalía en el efectuado al recurrente. No obstante si se puede instar a los funcionarios para que en los casos, como el presente, esmeren su actuación para que no se sientan heridos en su sensibilidad los reclusos que ostentan esa condición alegada por el recurrente, de forma que obvien en lo posible aquellos tocamientos que no sean estrictamente indispensables, y sobre todo los dirigidos a ciertas partes del cuerpo”.

3.3 Con desnudo integral:

3.3.1 Constitucionalidad

La sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994, aún reconociendo que esta medida es un medio necesario, en ocasiones, para la protección de la seguridad y orden de una prisión, sin embargo considera necesario conectar esta medida con el derecho a la intimidad de los internos, concluyendo que para lograr esta compatibilidad es necesario que esté justificada por la finalidad que persigue (preservación de la seguridad y orden de la cárcel), en las circunstancias de la prisión, en la conducta de los reclusos y en los medios utilizados en su práctica.

El artículo 68.2 del Reglamento Penitenciario de 1996 dice: “Por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios”.

Según el artículo 71.1 del Reglamento: “Las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a esto con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas. Ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico”.

Si bien la medida de cacheo personal de los reclusos puede constituir en determinadas situaciones un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden del establecimiento y entre tales situaciones se halla aquella en la que exista una situación excepcional en la cárcel, no obstante, para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal, no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos. Es preciso ponderar de forma equilibrada la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger en cada situación concreta.

3.3.2 Requisitos

Junto a este marco de constitucionalidad, a través de sus resoluciones los Jueces de Vigilancia Penitenciaria han asentado otro tipo de criterios que deben informar a los cacheos integrales. Entre estos criterios caben destacar:

a) **Fundamentación individualizada:** Su práctica debe de estar motivada en situaciones concretas y específicas sin que puedan realizarse con carácter aleatorio (autos de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Soria de 15 de mayo de 1994, Valladolid de 21 de febrero de 1990, Madrid nº 1 de 13 de junio de 1991 y 29 de abril de 1994).

b) **Necesidad:** Debe ser practicado sólo cuando las circunstancias concretas lo llagan imprescindible (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 16 de noviembre de 1989)

c) **Subsidiariedad:** No debe utilizarse cuando exista la posibilidad de adoptar otras medidas menos gravosas para la intimidad del recluso (autos de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 11 de noviembre de 1991 y 15 de marro de 1994)

d) Proporcionalidad: En cada caso concreto su legalidad vendrá subordinada a que tal injerencia sea proporcionada a la situación que se pretenda resolver (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 21 de febrero de 1990 y auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 28 de diciembre de 1994)

e) Motivación: Es una medida que debe adoptarse en un acuerdo argumentado y razonado (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de La Coruña de 9 de marzo de 1995)

f) Excepcionalidad: No pueden constituirse en una práctica rutinaria sobre la que se asiente de forma general la salvaguarda del orden y la seguridad de la cárcel (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de La Coruña de 8 de marzo de 1995).

g) No tiene carácter disuasorio: No puede estar fundamentado en razones de prevención general convirtiéndose en un instrumento de disuasión frente a determinados grupos de presos.

La decisión de practicar un cacheo no puede tomarse de una manera arbitraria, caprichosa, ni de forma sistemática. Debe hacerse “con motivación suficiente y urgente necesidad (autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 13 de enero de 1994, 4 de noviembre de 1993 y 7 de febrero de 1994) cuando concurren motivos de seguridad concretos y específicos, y cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que la persona presa oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o alguna sustancia que pueda causar daño a la salud o a la integridad física de las personas, o que sea capaz de alterar el buen orden y convivencia de la prisión.

Según el auto de la Audiencia Provincial de Madrid 560/97 de 28 de mayo de 1997: “En el presente caso al pasar un control sonó la alarma del detector de metales. El interno llevaba unas bolsas con un radio cassette y auriculares que fueron los que provocaron el sonido del arco detector, como pudo comprobarse luego. Pero lo cierto es que tras ese sonido se requirió al interno a que volviera a pasar y éste se negó arrojando que no llevaba nada de metal encima. En vista de ello los funcionarios pidieron instrucciones a la superioridad y por éste se acordó el cacheo con desnudo integral. Así se hizo antes de encontrar el radio-cassette y los auriculares en las bolsas.

“Así las cosas está claro que la actuación del interno no fue disciplinaria, al negarse a pasar de nuevo el control, ni fue leal, al no informar a los funcionarios de la causa que razonablemente podía haber activado el aparato. Pero lo cierto es que la actuación administrativa no fue proporcionada ni organizada. Porque el orden lógico de actuar es revisar primero las bolsas, o hacerlas pasar solas por el arco detector y sólo después decidir si era necesario o no el cacheo con desnudo integral”.

3.3.3 Forma de realizar los cacheos integrales

El artículo 68.3 del Reglamento Penitenciario de 1996 determina: “El cacheo con desnudo integral se efectuará por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado, sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad”.

Las resoluciones de los Jueces de Vigilancia han impuesto la obligación de usar alguna prenda (bato, capa) que permita la no exhibición cotidiana de la desnudez (autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla de 20 de febrero de 1990, de Madrid nº 2 de 29 de enero 1991, de Madrid nº 3 de 27 de diciembre de 1993, de Málaga de 13 de enero de 1994, de Zaragoza de 18 de enero de 1994, de Madrid nº 3 de 21 de junio de 1994, de Madrid nº2 de 29 de julio de 1994 y de Puerto de Santa María de 22 de agosto de 1994).

3.4 Cacheo integral con flexiones

Según la sentencia del Tribunal Constitucional 57/94 de 28 de febrero, la realización de un cacheo integral con flexiones vulnera el derecho a la intimidad, pero no constituye trato humano o degradante:

“Examinar si las órdenes impartidas al ahora recurrente de amparo por un funcionario de la prisión de Nanclares de la Oca, requiriéndole a que se desnudara ante dicho funcionario e hiciera flexiones para la práctica de un registro corporal tras haber tenido una comunicación especial, cuya negativa a cumplirlas determinó los Acuerdos que se impugnan, han vulnerado los artículos 15 y 18.1 de la Constitución. A cuyo fin, aun admitiendo que los derechos reconocidos en dichos preceptos se hallan estrechamente relacionados, por cuanto ambos son proyección de la dignidad de la persona que como valor jurídico fundamental consagra el artículo 10.1 de la Constitución (sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 y Auto 238/85), conviene examinar separadamente una y otra queja.

“La interdicción de ‘la tortura’, así como de las penas o ‘tratos inhumanos o degradantes’, se contiene en el artículo 5 Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 Dic. 1948, y en Convenios internacionales en los que es parte España (artículos 7 y 3, respectivamente, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 Dic. 1966, y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950). Prohibición que, para el concreto ámbito penitenciario, se ha establecido en el artículo 31 Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos adoptadas en 1955 por las Naciones Unidas, el artículo 37 de las Reglas Penitenciarias Europeas adoptadas por la Recomendación (87) 3, de 12 de febrero de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Y es de destacar, por último, que en nuestro ordenamiento, bajo la más genérica prohibición de ‘malos tratos’ a los internos, se contiene en el artículo 6 Ley Orgánica General Penitenciaria, precepto que ha de ser interpretado en relación con el artículo 15 de la Constitución y los instrumentos internacionales que se han mencionado, por lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución.

“Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recogida en la sentencia del Tribunal Constitucional 120/90, para encuadrar una pena o trato en alguna de las categorías del artículo 3 Convenio de Roma de 1950 ha de atenderse a la intensidad de los sufrimientos infligidos a una persona. Habiendo declarado este Tribunal, de conformidad con esa doctrina, que las tres nociones también recogidas en el artículo 15 de la Constitución (“torturas”, “penas o tratos inhumanos”, penas o tratos “degradantes”) son, en su significado jurídico, “nociones graduadas de una misma

escala” que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente» (sentencias del Tribunal Constitucional 127/90 y 137/90). Y en particular, respecto al concreto ámbito penitenciario, se ha dicho que para apreciar la existencia de «tratos inhumanos o degradantes» es necesario que ‘éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena’ (sentencias del Tribunal Constitucional 65/86, 2/1987, 89/87, 120/90, 137/90, y 150/91). E interesa destacar, de otra parte, que este Tribunal ha declarado que, aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante ‘en razón del objetivo que persigue’, ello no impide que se la pueda considerar como tal ‘en razón de los medios utilizados’ (sentencias del Tribunal Constitucional 120/90 y 137/90).

“Como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso (Sentencia de fecha 25 de febrero de 1982, asunto ‘Campbell y Cosans’).

“El contenido de la orden recibida no entrañaba que hubiera de producirse contacto corporal alguno con el sujeto pasivo por parte de otra persona, sino sólo que el recluso, contra su voluntad, se desnudara y, una vez desnudo, practicara varias flexiones. Sin que, de otra parte, la queja exprese la duración o el número de las flexiones que aquél debía llevar a cabo para poder inferir, por su prolongación, que éstas causarían un sufrimiento de especial intensidad. Ni tampoco, entre otras circunstancias relevantes, si el local donde habría de practicarse la medida era o no un espacio abierto del establecimiento penitenciario al que pudieran tener acceso terceras personas, tanto reclusos como otros funcionarios del centro distintos de quien impartió la orden y, consiguientemente, presenciar su práctica.

“En suma, no se desprende de las actuaciones que la orden impartida al hoy recurrente de amparo, ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados, hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante, prohibido por el artículo 15 de la Constitución.

“Sin embargo, sentado lo anterior, ha de entrarse seguidamente en el examen de la segunda queja formulada por el recurrente para determinar si la orden impartida al mismo, aun no constituyendo un trato degradante prohibido por el artículo 15 de la Constitución ha vulnerado su derecho a la intimidad personal que el artículo 18.1 de la Constitución le reconoce.

“Es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario. Y entre tales situaciones se halla ciertamente aquella en la que existe una situación excepcional en el centro, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos, como se ha reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (Decisión de 15 de mayo

de 1990, caso 'McFeel y otros') al declarar proporcionada a la finalidad perseguida una medida de registro similar a la aquí impugnada.

“Para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos, como antes se ha dicho, pues es preciso cohonestarla con el derecho a la intimidad de los reclusos. De manera que al adoptar tal medida es preciso ponderar adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y bien se comprende que el respeto a esta exigencia requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración Penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental.

“Extremos que son relevantes en el presente caso, pues la necesidad de la medida aquí impugnada carece de cualquier fundamentación, tanto en los Acuerdos impugnados como en las resoluciones judiciales que los confirman. Y, de otro lado, ha sido adoptada sin ponderar esa necesidad y el derecho fundamental del recluso que con la misma se limitaba.

“No se ha acreditado ni tan siquiera alegado que en el centro penitenciario de Nanclares de la Oca y en las fechas en las que se adoptaron las medidas aquí examinadas existiera una situación que, por sí misma, entrañase una amenaza para la seguridad y el orden del centro que hiciera imprescindible adoptarlas. Y otro tanto ocurre en lo que respecta al comportamiento del interno afectado por la medida, pues tampoco se ha acreditado, ni tan siquiera alegado, que de ese comportamiento se desprendiera la fundada sospecha o la existencia de indicios serios de que el recluso tratase de introducir en el establecimiento penitenciario objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del centro, o la integridad física o la salud de los internos. Pues no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes; ya que sin entrar a cuestionar la certeza de tal afirmación, basta reparar que sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración Penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso.”

“Es evidente, pues, que la actuación administrativa que aquí se impugna no se atuvo a las exigencias expuestas en lo que respecta a la finalidad de la medida. Ahora bien, aunque no hubiera sido así, es preciso considerar, además, si tal actuación es conforme con la garantía constitucional de la intimidad personal en razón de los medios utilizados (sentencia del Tribunal Constitucional 120/90), pues a la hora de elegir éstos es necesario emplear aquellos que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona (sentencia del Tribunal Constitucional 137/90). A cuyo fin han de tenerse en cuenta las concretas circunstancias relativas a la práctica de la medida aquí impugnada.

“Dicha medida entraña, como reiteradamente se ha dicho, que tras haber tenido una comunicación íntima el recluso se desnude ante un funcionario del centro penitenciario. Desnudez impuesta al destinatario de la medida que ha de ponerse en relación con su intimidad en cuanto bien de la personalidad determinado por los valores dominantes en nuestra cultura sobre el recato corporal. Y en atención a estos valores es indudable que incluso encontrándose en una relación de sujeción especial, como aquí ocurre, una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal; si bien ha de recordarse que no es éste un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación, y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad.

“Sin embargo, ello no ocurre así en el presente caso, por varias razones. Cabe observar, en efecto, que si la medida implica la exposición o exhibición del cuerpo del recluso ante un funcionario del establecimiento penitenciario, de las actuaciones no se desprende que el examen visual del cuerpo del recluso hubiera de llevarse a cabo por personal del centro penitenciario adecuado para tal finalidad. De otra parte, a la situación de desnudez del recluso viene a agregarse otro elemento significativo como es que, en tal situación, aquél se halle obligado a practicar varias flexiones, lo que acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento. Y ha de repararse, por último, que por la posición inhabitual e inferior del cuerpo, respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, ello entraña una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre.

“De lo expuesto cabe concluir que, en el presente caso, la medida impugnada por el recurrente de amparo no es conforme con la garantía del derecho a la intimidad personal contenida en el artículo 18.1 de la Constitución en atención a los medios utilizados para su práctica.

“La apreciación precedente sólo se refiere a la medida objeto de la queja formulada por el demandante de amparo y, claro es, no excluye en modo alguno que la Administración Penitenciaria, en correspondencia con su deber de velar por el orden y la seguridad de los establecimientos, pueda establecer los oportunos controles para impedir que las comunicaciones íntimas puedan ser ocasión de introducir objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con evidente riesgo para la salud y la integridad física de los internos, y para la seguridad y buen orden del centro. Máxime si, como se ha alegado por el Abogado del Estado, dichas comunicaciones son el cauce habitual para la introducción en el centro de estupefacientes u objetos peligrosos. Ni esa apreciación puede entrañar que las medidas de control, aun cuando restrinjan la intimidad corporal de los internos, no puedan ser constitucionalmente legítimas si están justificadas por su finalidad, se fundamentan en las circunstancias del centro penitenciario y la previa conducta de los reclusos y, además, por los medios utilizados para su práctica, no se produce una afectación de los derechos fundamentales y, en particular, de los reconocidos en los artículos 15 y 18.1 de la Constitución.

“Ello no ha sido así, sin embargo, en el presente caso, por lo que ha de declararse que las medidas aquí impugnadas por el recurrente han lesionado su derecho a la intimidad personal, cuyo ámbito se ha visto innecesariamente restringido más allá de lo que la

ordenada vida en prisión requiere, afectando a su dignidad personal. Lo que ha de conducir, por tanto, al otorgamiento del amparo solicitado”.

El cacheo con flexiones tiene por objeto evitar que objetos y sustancias peligrosas sean introducidas en la cárcel, con riesgo para la vida o la salud de los reclusos, así como la expulsión de los objetos que subrepticamente se encontrasen en el recto.

Algunas resoluciones judiciales, como el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 13 de enero de 1994, no han admitido esta práctica.

Otras han afirmado la legalidad de los mismos al constituir una injerencia legítima en el derecho a la intimidad en base a las consideraciones siguientes (auto del juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real de 30 de mayo de 1995), por las siguientes razones:

a) Existe cobertura legal (artículo 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) ante las necesidades de vigilancia y control tendentes a garantizar la custodia de los internos y la seguridad y el orden de la prisión (entran en juego intereses públicos y también los individuales del resto de los presos).

b) La medida es necesaria en ocasiones para intentar extremar la comprobación sobre si el interno pudiese tener oculto algo en el cuerpo, concretamente objetos no metálicos no constatables por un aparato detector de metales (drogas, plásticos, mensajes).

c) La medida no violenta la dignidad personal pues responde a necesidades de control y de ningún modo a intervención vejatoria.

d) La medida no puede adoptarse arbitraria, caprichosa ni sistemáticamente, sino que habrá de estar fundada e) cada raso concreto en específicas necesidades,

e) En razón de tal necesidad existe proporcionalidad entre la limitación del derecho y el fin perseguido

f) La injerencia en el derecho a la intimidad personal no va más allá de lo razonable, resulta justificada por la necesidad de preservar otros intereses legítimos (públicos e individuales) y en los términos del anterior apartado d), es necesaria

3.5 Sobre personas no sujetas a la Administración penitenciaria

Es el caso típico de los visitantes que pretenden comunicar con los presos, no estando sometidos a la Administración penitenciaria por una relación jurídica de sujeción especial. Pese a ello, el artículo 45.7 del Reglamento Penitenciario dispone: “Los cacheos con desnudo integral de los visitantes únicamente podrán llevarse a cabo por las razones y en la forma establecidas en el artículo 68 debidamente motivadas. En caso de que el visitante se niegue a realizar el cacheo la comunicación no se llevará a cabo sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito”.

Defendiendo una concepción amplia de la seguridad de las prisiones, que consideran puede ser puesta en peligro no sólo por los presos sino también por aquellos que acceden a los mismos, los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid de 21 de febrero de 1990, Audiencia Provincial de Huelva de 3 de mayo de 1990, Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza de 6 de febrero de 1991, Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de 4 de octubre de 1991, Providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de La Coruña de 4 de marzo de 1991 han postulado la legalidad de los mismos, si bien, con las mismas limitaciones y requisitos que los cacheos integrales de los presos.

No obstante, en contra se manifiesta el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid nº1 de 3 de junio de 1991.

COMUNICACIONES:

***1. El derecho a la comunicación:**

La estancia de las personas en los Centros Penitenciarios no tiene como finalidad excluirlas de la sociedad; por el contrario, durante la privación de libertad se tiene continuamente en cuenta el regreso, la integración del preso, al ámbito social del que procede. En este sentido la Ley Orgánica General Penitenciaria, en su Exposición de Motivos, refiere que “al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena, la ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continua formando parte de la misma”. Con tal finalidad se establece en la legislación penitenciaria, como derecho de los presos, la facultad de mantener comunicaciones periódicas.

El artículo 37 de la Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, (Resolución 1984/1947 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas) dice que “los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas”. Y el artículo 79 señala que se “velará particularmente por el mantenimiento y mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, cuando estas sean convenientes para ambas partes”.

A su vez, la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa, sobre normas penitenciarias europeas, en su punto 43.1 refiere que “los reclusos deberán poder comunicarse con su familia y, sin perjuicio de las exigencias de su tratamiento, de la seguridad y del orden del centro, con las personas o representantes de organismos externos; deberán asimismo poder recibir a intervalos regulares visitas de dichas personas”.

Nuestra Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 51 viene a reproducir íntegramente el punto 43.1 de la referida Recomendación, utilizando el término “estarán autorizados”.

Por fin, el Reglamento Penitenciario, se refiere a las relaciones de los presos con el exterior, en lo que se ciñe a las comunicaciones en el Capítulo IV (Relaciones con el

exterior), que a su vez se encuadra dentro del Título II que se refiere a la organización general de los centros penitenciarios. En el artículo 41.1 del Reglamento Penitenciario se utiliza el término “tienen derecho”. Y el artículo 4.2.e) del mismo texto refiere el derecho de los presos a mantener relaciones con el exterior. Por último, la Exposición de Motivos de este Reglamento Penitenciario, en su punto II c), habla de la “apertura de las prisiones a la sociedad –que formula crecientes demandas de participación y se implica cada vez más, en la actividad penitenciaria- para potenciar la acción de la Administración con los recursos existentes en la sociedad y para fortalecer los vínculos entre delincuentes y sus familias y la comunidad, en línea con las conclusiones de la reunión de Tokio de 1990”.

Con carácter general, del nuevo diseño que se da a las comunicaciones y visitas, lo que más destaca es la utilización del término derecho en el artículo 43.1 del Reglamento Penitenciario, ya que tanto en la Ley Orgánica General Penitenciaria como en los textos internacionales se utiliza el término autorizar. Por ello, no se pretende configurar el derecho a las comunicaciones como algo condicionado al régimen o tratamiento. En consecuencia, las comunicaciones no dependen del comportamiento o de la clasificación del preso. Durante los años de vigencia de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de funcionamiento de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se han presentado, por los presos, multitud de quejas relativas a que las comunicaciones eran utilizadas por la Administración Penitenciaria como moneda de cambio para exigir determinadas conductas a los presos. Se acusaba a la Administración Penitenciaria de arbitraria. Utilizando el término derecho, y no autorización, todo preso puede acceder a las comunicaciones, por el simple hecho de estar preso.

Las normas reguladoras de las visitas a los presos son las siguientes:

Ámbito internacional:

- Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre.
- Artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York
- Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos
- Reglas 37 y 38 de las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos
- Regla 43.1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987.

Ámbito normativo nacional:

- Artículo 25.2 de la Constitución Española de 1978.
- Artículo 18.1 y 3 de la Constitución Española de 1978
- Artículo 51 y siguientes de la Ley Orgánica General Penitenciaria . (Comunicaciones y visitas), artículo 23 Ley Orgánica General Penitenciaria (cacheos y registros), y 45 Ley Orgánica General Penitenciaria (medios coercitivos)
- Artículos 41 a 49 del Reglamento Penitenciario que desarrollan los referidos artículos 51 y ss. De la Ley Orgánica General Penitenciaria .; y 64 a 72 del Reglamento Penitenciario que desarrollan los artículos 23 y 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria
- Múltiples Circulares, Instrucciones y Ordenes que se dictan en el seno de la Secretaría de Estado para Asuntos Penitenciarios, o desde los equipos directivos de los propios Centros Penitenciarios

Ámbito Jurisprudencial:

- Jurisprudencia Internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde cabe destacar los casos Golder, Silver, Boyle y Rice, Schonenberger y Dumaz, Klass y Kruslin.
- Sentencias del Tribunal Constitucional.
- Resoluciones de distintos Tribunales: Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Audiencias Provinciales.
- Autos de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria

***2. Comunicaciones con familiares, amigos y allegados:**

Según el artículo 51.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria: “Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

“Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y buen orden del establecimiento.

Por su parte, el artículo 41.1 del Reglamento Penitenciario añade: “Los internos tienen derecho a comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

“2. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y buen orden del establecimiento”.

Este artículo del Reglamento Penitenciario regula las comunicaciones de los presos, ya sean preventivos o penados, como un derecho, que no dependerá, en sus mínimos de comunicación (artículos 42.2 d) de la Ley General Penitenciaria y 233.2 b) del Reglamento Penitenciario), del comportamiento o del grado de clasificación del preso. Siendo las únicas limitaciones las que establezca la Ley y el Reglamento Penitenciario.

Como reglas generales, se establece que las comunicaciones podrán ser orales o escritas. Se desarrollarán en la lengua del preso, y respetando al máximo la intimidad.

Las limitaciones de las comunicaciones se acordarán atendiendo a razones de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del centro y mientras esté decretada la incomunicación judicial. El preso tiene derecho a comunicar a su familia y abogado su ingreso en el centro penitenciario y su traslado a otro establecimiento. Todas las comunicaciones son anotadas en un libro registro donde se hace constar día, hora, datos de identidad de los comunicantes y relación con el preso. Además de las comunicaciones ordinarias, se prevé la posibilidad de conceder comunicaciones especiales y extraordinarias adicionales como recompensa (artículo 263 Reglamento Penitenciario). Se regulan las visitas de los presos extranjeros, con el fin de atender a las necesidades concretas de sus familias.

***2.1 Comunicaciones orales:**

Se encuentran reguladas en el artículo 42 Reglamento Penitenciario. La organización de las mismas depende del Consejo de Dirección, que deberá fijarlas preferentemente los

fin de semana, y se suele atender a criterios de distribución según los grupos de clasificación interior del centro.

Se conceden a presos y penados en primero y segundo grado dos comunicaciones a la semana, que con carácter extraordinario o como recompensa y por motivos urgentes e importantes pueden ser ampliadas. Los penados clasificados en tercer grado comunicarán cuantas veces permita su horario de trabajo.

El tiempo mínimo de cada comunicación es de 20 minutos, permitiéndose la acumulación de dos comunicaciones en una, con una duración de 40 minutos, y un máximo de cuatro personas en cada comunicación con el preso.

La concesión se realiza previa petición de las personas que desean comunicar, solicitando día y hora. Los familiares deben acreditar el parentesco con los presos, dicha acreditación se realiza a través del Libro de Familia, Documento Nacional de Identidad, pasaporte, o certificado de convivencia. El problema se plantea en la distinta consideración de "familiar" que realizan los distintos centros, algunos extienden el parentesco hasta el segundo grado, y no consideran familiares a tíos y primos. Los no familiares deben obtener autorización del Director del establecimiento para poder comunicar, en estos supuestos es habitual la solicitud por el preso a través de instancia, para obtener la autorización del Director del centro. Las dificultades surgen en las comunicaciones de parejas de hecho o amigos, que deben acreditar la relación con un certificado de convivencia, en muchas ocasiones, imposible de conseguir.

El Consejo de Dirección tendrá en cuenta las dificultades en los desplazamientos de los familiares, a la hora de organizar las visitas y señalar día y hora de las mismas.

No se olvida el Reglamento de regular las visitas de los presos que se encuentren enfermos, ya sea en la enfermería del Centro Penitenciario o en un Centro Hospitalario de la Seguridad Social. Su regulación se realiza en los artículos 216 y 217 del Reglamento Penitenciario, dentro del Capítulo Primero "Asistencia Sanitaria e Higiene" del Título IX. Se permite la visita de uno o dos familiares o allegados. Si el preso se encuentra en el centro penitenciario la visita la acuerda el Director a propuesta del médico y en caso de razones de seguridad puede estar sometida a vigilancia. Las visitas en Hospitales generales se ajustan a las normas del centro hospitalario correspondiente, con las condiciones y medidas de seguridad que establezcan los agentes de seguridad responsables de la custodia del preso.

Las comunicaciones de los presos extranjeros con los familiares que residen fuera de España, previo acuerdo del Consejo de Dirección, pueden ser ampliadas en el número de comunicaciones semanales o la duración de las mismas.

*2.1.1 Clases de comunicaciones orales:

El Reglamento Penitenciario regula en su artículo 45 las comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia. El artículo 53 de la Ley General Penitenciaria contempla estas visitas para los presos que no disfrutan de permisos de salida, exigiendo su realización en locales adecuados, y respetándose al máximo la intimidad. Las únicas restricciones se realizarán por razones de seguridad, interés de tratamiento y buen orden del establecimiento (artículo 51.1 Ley General Penitenciaria).

a) Comunicaciones íntimas. El Consejo de Dirección es el encargado de la organización de las mismas, estableciendo su horario. El centro penitenciario debe contar con uno o varios locales adecuados para desarrollar la misma. Se concede como mínimo una al mes con una duración entre una y tres horas. Su concesión se realiza previa solicitud del preso, que deberá acreditar su relación de afectividad, exigiéndose una relación de estabilidad de seis meses de duración. El problema de acreditar la estabilidad de la relación, puede surgir en el caso de conocerse por carta estando ambos comunicantes en prisión. Diversos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria están concediendo estas comunicaciones acreditando la relación previa epistolar. Los familiares y allegados que acudan a estas visitas no pueden ser portadores de bolsos o paquetes ni llevar consigo a menores cuando se trate de relaciones íntimas.

Este tipo de comunicaciones no pueden limitarse a la existencia de matrimonio, son extensibles a los allegados íntimos, como refiere el artículo 53 de la Ley General Penitenciaria. Pero se plantea el problema de la extensión de referido término, así podemos entender que no se limita a relaciones heterosexuales, sino que se puede extender de las homosexuales. Ejemplo de ello es el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 24 de noviembre de 1992 que concede estas comunicaciones a homosexuales al entender que el no concederlos vulneraría el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en este tipo de comunicaciones. La sentencia 89/87 de 3 de junio considera que “el mantenimiento de relaciones íntimas no forman parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser precisamente, una manifestación de la libertad a secas [...] La autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad [...] pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad”. Y la sentencia de 119/96 de 8 julio manifiesta que la privación de visitas íntimas no constituye trato inhumano ni degradante.

b) Comunicaciones familiares. Se regulan en el mismo artículo que las anteriores, con las mismas características, se concede como mínimo una al mes, con una duración entre una y tres horas. En estas comunicaciones los visitantes pueden ir acompañados de menores. Si el establecimiento penitenciario carece de capacidad para estas comunicaciones se permite acumular el tiempo de las íntimas y familiares en una sola.

c) Comunicaciones de convivencia. Están previstas para el cónyuge o pareja de hecho, con hijos hasta los diez años de edad. Su duración máxima será de seis horas y son compatibles con las dos anteriores. La Dirección General de Instituciones Penitenciarias en la refundición de Circulares e Instrucciones 24/96 establece la posibilidad de conceder una comunicación al trimestre como mínimo y cuya duración no sea inferior a las cuatro horas y con un número de familiares no superior a seis, salvo casos motivados y autorizados por la Dirección. Algunas cárceles cuentan en los locales en los que se desarrollan de un adecuado mobiliario, máquinas expendedoras de refrescos y productos alimenticios y juegos infantiles.

El artículo 45.7 del Reglamento Penitenciario reitera el criterio general del respeto a la intimidad, de los comunicantes, pero establece la posibilidad de realizar cacheos con desnudo integral a los visitantes, por las razones y en la forma del artículo 68

Reglamento Penitenciario, previsto para los presos. Si los visitantes no se someten al cacheo, no se les permite la comunicación. Si analizamos los artículos de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del Reglamento Penitenciario donde se regulan los cacheos, nos podríamos encontrar con una vulneración del principio de jerarquía normativa. Y en el supuesto de llevarse a cabo se atentaría al derecho a la intimidad y dignidad de la persona libre. La Ley General Penitenciaria ni en el artículo 51 y siguientes relativos a las comunicaciones, ni en el artículo 23, relativo a los cacheos de los presos, no regula ni menciona los cacheos de los visitantes. El Reglamento Penitenciario en sus artículos 18 y 68 se refiere al cacheo del preso, estableciéndose en el artículo 69 los registros y controles de las personas autorizadas a comunicar con el preso, pero en ningún momento menciona que se realicen cacheos en su persona.

El control que se utiliza habitualmente con los visitantes, es el arco detector de metales, ya que no pueden portar bolsos, ni paquetes, ni ningún objeto a la entrada o salida de la comunicación.

Pueden llevarse a cabo comunicaciones entre presos de un mismo centro penitenciario, con los mismos requisitos que se establecen para cada comunicación. En este supuesto la solicitud se realiza por los dos presos. Igualmente, previa autorización del Centro Directivo se permiten comunicaciones entre presos de diferentes centros de la misma localidad.

*2.1.2 Limitación de las comunicaciones orales:

La Constitución establece en su artículo 25.2: "El condenado a pena de prisión que estuviese cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria". El artículo 51 de la Ley General Penitenciaria y el artículo 41.2 del Reglamento Penitenciario establecen los motivos de restricción de las comunicaciones por tres causas: razones de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del establecimiento.

En el supuesto de concurrir cualquiera de estas causas pueden adoptarse medidas de suspensión o intervención de las comunicaciones.

El artículo 43 del Reglamento Penitenciario establece las restricciones e intervenciones de las comunicaciones, lo que conlleva un control y vigilancia de la comunicación, así como la denegación de comunicación con determinadas personas. No aparece regulada la forma de llevarse a cabo la intervención, desconocemos si se realiza de forma visual, auditiva o con grabaciones. Es el Director del Centro Penitenciario el que puede limitar las comunicaciones, fundamentándolo en Resolución motivada en la que debe concretar las circunstancias, su ámbito temporal y no realizarlo de forma genérica. Referida resolución será notificada al preso, dando cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria en el caso de penados o a la autoridad judicial competente de quien dependa en caso de presos preventivos. Se requiere informe previo de la Junta de Tratamiento si el motivo de la restricción, intervención o denegación se fundamenta en motivos de tratamiento.

En los supuestos de intervención de comunicaciones, cuando no se expresen en castellano o lengua de la Comunidad Autónoma, deberá comunicarse al Director con antelación, para que se adopten las medidas oportunas para la intervención. En este supuesto, el artículo 43.2 del Reglamento Penitenciario no exige dar cuenta de la

intervención a la autoridad judicial; sin embargo el artículo 51.5 de la Ley General Penitenciaria exige la comunicación al juez competente.

La cuestión se centra en determinar si las comunicaciones pueden ser intervenidas sin autorización judicial. El artículo 18.3 de la Constitución “garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. El artículo 55.2 de la Constitución establece que “una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. El artículo 25.2 de la Constitución autoriza la limitación de los derechos fundamentales de los presos por ley: “El condenado a pena de prisión que estuviese 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”. De todo ello podemos concluir que conforme a la regulación actual, la suspensión o intervención de comunicaciones deben ser acordadas motivadamente por el Director del Centro Penitenciario con comunicación al Juez de Vigilancia en caso de los penados, y en los supuestos de presos preventivos se necesita autorización judicial, al no contar con amparo constitucional para que se realice la limitación de las comunicaciones de los presos preventivos, en caso contrario se estaría vulnerando los derechos a la libertad y secreto de las comunicaciones.

La suspensión de las comunicaciones orales se regula en el artículo 44 Reglamento Penitenciario, que prevé un cese temporal de las comunicaciones hasta que desaparezca el motivo que lo ocasionó.

El Jefe de Servicios ordenará la suspensión si se considera que existen razones fundadas de que los comunicantes preparan una actuación delictiva o que atente contra la convivencia, la seguridad y buen orden del establecimiento, o no observen un comportamiento correcto. Medida que queda a la discrecionalidad subjetiva del Jefe de Servicios para acordar la suspensión.

El Jefe de Servicios deberá dar cuenta inmediatamente al Director del Establecimiento y, si este ratifica la medida, dará cuenta al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ese mismo día o al siguiente.

La Ley General Penitenciaria en su artículo 51.5 no menciona que pueda suspender el Jefe de Servicios las comunicaciones, sólo el Director del centro está facultado para acordar esta medida. Si bien el Reglamento Penitenciario en su artículo 44 faculta al Jefe de servicios para proceder a la suspensión. Se está infringiendo el principio de jerarquía normativa al no mencionarse en la Ley que puede suspender las comunicaciones el Jefe de Servicios.

*2.2 Comunicaciones escritas:

El artículo 46 del Reglamento Penitenciario regula las comunicaciones escritas, que pueden ser realizadas a través de carta o telegrama, sin establecer limitación de las mismas, salvo en caso de intervención. Las cartas que remitan los presos se entregarán en sobre cerrado con el nombre y apellido del remitente y serán registradas en el libro

correspondiente. Si el contenido del sobre por su peso o volumen, induce a sospecha será devuelta al preso para que este la abra delante del funcionario y la introduzca en otro sobre facilitado por el centro.

La correspondencia que reciban los presos, después de pasar los controles de seguridad pertinentes y ser registradas en el libro correspondiente, se entregan al preso, previa apertura por el funcionario en presencia del destinatario, a efectos de comprobar que no tiene un contiene objetos prohibidos.

Se permite la comunicación epistolar entre presos de distintos centro penitenciarios, que se cursan a través de la Dirección.

*2.2.1 Intervención de las comunicaciones escritas:

Las comunicaciones escritas pueden ser intervenidas por los mismos motivos que orales. Señala el Tribunal Constitucional en sentencia 175/97 que “la exigencia de que la medida esté contemplada en una Ley se deriva no sólo de los artículos 25.2 y 53.1 de la Constitución sino, además, del artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que requiere que cualquier injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la correspondencia esté prevista por Ley”.

El Director del centro acordará la intervención por Resolución motivada que deberá ser comunicada al preso y a la autoridad judicial de quien dependa si es preventivo o al Juez de Vigilancia Penitenciaria si es penado. Si el idioma utilizado no puede ser traducido en el Centro se mandará al Centro Directivo para su traducción.

Cuando la intervención se realiza en la correspondencia entre presos, se limita exclusivamente a esta, sin que afecte al resto de la correspondencia escrita y se sigue el mismo procedimiento.

Es reiterada y constante la doctrina del Tribunal Constitucional en este tipo de intervención de las comunicaciones, así podemos reseñar las siguientes sentencias:

* Sentencia del Tribunal Constitucional 127/96 de 9 de julio, en la que se concede el amparo por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Se sanciona a un preso a raíz de la intervención de la correspondencia con el Juzgado de Vigilancia, intervención de la correspondencia que se realiza sin ser solicitada la intervención judicial, sin ser ordenada por el Director, ni acordada por la Junta de Régimen y Administración: “Dicha intervención improcedente supuso una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución con carácter general, y en el artículo 25 de la Constitución al penado, en cuanto este derecho no fue expresamente limitado en el fallo condenatorio, no se halla afectado por el sentido de la pena ni está prescrita la limitación del derecho en la Ley Penitenciaria”.

* La sentencia del Tribunal Constitucional 170/96 de 29 octubre fue punto de referencia para otras posteriores, al recoger exhaustivamente la forma en que debe procederse a la intervención de las comunicaciones orales y escritas:

a) necesidad de motivación del acuerdo, “no sólo porque así lo exige expresamente el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, sino porque constituye el único medio para constatar que la ya tan drásticamente limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva”

b) limitación temporal por el tiempo estrictamente imprescindible: la intervención de las comunicaciones “más allá del tiempo estrictamente necesario par al consecución de los

finés que la justifican, podría lesionar efectivamente el derecho afectado, en este caso el derecho al secreto de las comunicaciones [...] exigencia de levantamiento de la intervención en el momento que deje de ser necesaria, por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron, en cuanto se legitima exclusivamente como medida imprescindible por razones de seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento”

c) obligación de dar cuenta al órgano judicial: “Que el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en cuanto obliga a la Administración Penitenciaria a dar cuenta de la medida a la autoridad judicial competente, consagra una auténtica garantía, con la que se pretende que el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes”.

* La sentencia del Tribunal Constitucional 175/97 de 27 de octubre recuerda la motivación de la resolución y notificación al preso y comunicación inmediata al Juzgado: “Que la medida sea adoptada mediante resolución de la Dirección del Centro especialmente motivada, y notificada al interesado, y que sea comunicada al Juez para que éste pueda ejercer el control sobre la misma. Asimismo la intervención ha de ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido [...] De estos datos se deriva que la primera resolución de 21 de diciembre de 1993 –de la administración penitenciaria– vulneraba el derecho al secreto de las comunicaciones, pues carecía de motivación al no poder reputarse tal la escueta referencia a unos genéricos ‘motivos de seguridad’ que no se concretaban en relación con las circunstancias particulares del recluso y del Centro; no aportaba los elementos para hacer posible el juicio de proporcionalidad; no determinaba el alcance temporal de la medida; tampoco se dio cumplimiento a la exigencia de comunicación inmediata al Juzgado, puesto que no consta en éste que se hubiera recibido el acuerdo”. Así como el carácter individualizado y excepcional que supone la intervención de las comunicaciones.

* La sentencia del Tribunal Constitucional 200/97 de 24 de noviembre señala la necesidad de determinar el límite temporal de la medida: “Al adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones se determine el periodo temporal de su vigencia, aunque para ello no sea estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención”.

*2.2.2 La intervención no limita el número de cartas:

Como reconoce el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 797/97 de 23 de julio de 1997, “el artículo 98 del Reglamento Penitenciario establece el número de comunicaciones que los internos pueden remitir, en el fijado para las comunicaciones orales en el artículo 90. No fija límites en cuanto a las que puedan recibir. Ahora bien el artículo 90 no establece un número máximo sino mínimo de comunicaciones orales y éstas vienen lógicamente limitadas por las posibilidades del centro y por los derechos de los demás internos. No es el caso de las escritas pues el servicio de correos no queda afectado por un ligero incremento de la correspondencia ni el hecho de que un interno escriba más cartas limita el derecho de otro u otros. A ello ha de añadirse que una vez intervenida la correspondencia no se advierte como el peligro de que las internas se sirva de ella para facilitar información sobre funcionarios o instalaciones puede incrementarse en razón del número de misivas que reciba o emita pues en todo caso es posible controlar el contenido de su correspondencia. De otra parte las cartas tanto pueden ocupar una cuartilla como varios folios y tampoco se entiende como una

eventual distribución de su contenido en 2 sobres puede ser inocua y pasar a ser peligrosa si se introduce en más de dos.

“De los anteriores razonamientos se desprende que en tanto prevista la intervención de la correspondencia no hay razón para limitar las cartas o telegramas que la interesada pueda recibir o remitir y en este punto debe estimarse el recurso”.

*2.3 Comunicaciones telefónicas:

Las comunicaciones telefónicas están previstas en el artículo 47 del Reglamento Penitenciario para los familiares que residan fuera de la localidad donde se encuentre el centro penitenciario, y no puedan desplazarse a visitar al preso, o cuando sea necesario comunicarles algún asunto urgente.

Cuando se desee comunicar por parte del preso un asunto urgente a otra persona que no sea familiar el preso lo solicitará al Director, y previa comprobación autorizará la llamada y señalará la hora de celebración.

El preso dispone de hasta cinco llamadas a la semana con una duración cada una de ellas de cinco minutos, que serán abonadas por el mismo, y se realizarán en presencia del funcionario. Excepto en el supuesto de traslado de centro penitenciario para comunicar el mismo a su familia.

Las comunicaciones entre presos de distintos Centros tienen que ser autorizadas por los directores de ambos centros previa solicitud de los interesados. Igualmente las llamadas que se realicen desde el exterior tienen que ser autorizadas por el Director.

*2.3.1 Número de llamadas semanales:

Según el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 670/96 de fecha 7 de octubre de 1996, “no puede dejarse a la discrecionalidad del Centro Penitenciario el número de llamadas que pueda hacer el interno que se encuentre alejado de su familia, sino que deberá facilitar al mismo la posibilidad de comunicarse telefónicamente dos veces a la semana con dichas personas, en las condiciones establecidas legalmente, además de las llamadas que tuviera por objeto algún asunto importante que precisar hacer que están previstas en el artículo 47.1.b del vigente Reglamento Penitenciario”.

*2.3.2 Intervención de las comunicaciones telefónicas

El Reglamento regula la intervención de las comunicaciones entre presos de distintos centros penitenciarios (artículo 47.6 del Reglamento Penitenciario) que deberá reunir los mismos requisitos que la intervención de las comunicaciones escritas del artículo 46.7 del Reglamento Penitenciario.

El Tribunal Constitucional, en sentencia 201/97 de 25 de noviembre, ha considerado que las limitaciones del artículo 51.1 de la Ley General Penitenciaria no son aplicables a las comunicaciones telefónicas en que se usa la lengua propia de un preso con su familia, vulnera el derecho a la intimidad familiar: “Las limitaciones diseñadas por la propia Ley Orgánica General Penitenciaria (artículo 51.1), o sea las restricciones –impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y buen orden del establecimiento- no son aplicables a las comunicaciones telefónicas de un interno con su familia, en la lengua propia nacional o extranjera, salvo que se razone, al conceder la

autorización condicionada, que el uso de una lengua desconocida por los funcionarios del Establecimiento puede atentar a algún interés constitucionalmente protegido [...] la medida restrictiva de derechos ha de adoptarse mediante resolución del Director del Establecimiento especialmente motivada y notificada al interesado; la resolución administrativa, por último tiene que comunicarse al Juez a fin de que éste ejerza el control de la misma. Y a estos tres requisitos se añade que la intervención, como medida restrictiva de derechos fundamentales, debe ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido” (sentencia 207/96 del Tribunal Constitucional).

*2.4 Inconstitucionalidad del artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria

El artículo 18.3 de la Constitución consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo la interdicción de su interceptación o de su conocimiento, salvo resolución judicial.

El apartado 5 del artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria prevé que las comunicaciones orales y escritas previstas en dicho artículo puedan ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente. Tal norma no es aplicable a las comunicaciones del apartado 2, de conformidad con la citada sentencia del Tribunal Constitucional 183/94 de 20 de junio.

Esta excepción a la necesidad, constitucionalmente exigida, de resolución judicial para la intervención de las comunicaciones se ha intentado salvar en ocasiones con otra previsión constitucional: la referencia al artículo 25.2 de la Constitución, que señala, entre otros derechos, que “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”. En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de marzo de 1995.

Ahora bien, sin entrar de momento a analizar la validez de dicha remisión, a la que nos referiremos más adelante, no parece posible hacer uso de la misma cuando no nos encontramos ante una persona condenada sino de una persona privada preventivamente de libertad, respecto a la que la propia legislación penitenciaria (artículo 5 de la Ley Orgánica) concibe un régimen cuyo objeto es retener al interno a disposición de la autoridad judicial, debiendo presidir en dicho régimen el principio de presunción de inocencia.

No puede alegarse para legitimar la intervención, en el caso de preventivos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pese a que en su sentencia de 20 de junio de 1988, asunto *Schönenberger y Durmaz*, estima que también en el caso de privaciones provisionales de libertad puede ser necesaria y legítima una injerencia en los derechos garantizados en el artículo 8.1 del Convenio de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Y no puede alegarse porque la Constitución Española contiene, en cuanto se refiere a la libertad de las comunicaciones y a su secreto, unas garantías superiores a las recogidas en el mencionado Convenio, por lo que habrá que estar a lo que nuestra norma suprema señala.

El Convenio, en el apartado 2 de su artículo 8, señala que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho -respeto a vida privada y familiar, domicilio y correspondencia- sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituye una medida”.

Por ello, habrá que comprobar primero si tal injerencia está prevista y en qué condiciones en la legislación nacional. Así lo avala la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de marzo de 1992, asunto *Campbell v. Reino Unido*, que señala que la expresión “prevista por la ley” reenvía al derecho interno.

Y como ha quedado señalado, no existe justificación, que pueda ampararse en la Constitución, para la intervención, sin autorización de la autoridad judicial, de las comunicaciones de los presos preventivos.

Incluso en el caso de los penados, resulta difícilmente comprensible la postura que entiende que el artículo 25.2 de la Constitución autoriza a que pueda quedar limitado por la ley penitenciaria cualquier derecho fundamental, ya que en tal caso, siguiendo tal posición y llevándola al absurdo, podría indicarse que los penados pueden tener limitados sus derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica y religiosa, a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa, etc.

Consiguientemente, deberá estudiarse caso por caso la aplicación del artículo 25.2 de la Constitución como límite de derechos fundamentales de los penados, para comprobar la justificación que puede tener tal limitación.

Y en el caso del apartado 5 del artículo 51, que no supone una restricción, como se prevé en el apartado 1 del mismo artículo, sino la total eliminación de las comunicaciones -suspensión- o de su libre desarrollo -intervención-, resulta difícil encontrar una justificación a la eliminación de la exigencia de la autorización judicial para llevar a cabo tal injerencia en la esfera de un derecho fundamental.

Si buscamos otras referencias constitucionales encontramos que el artículo 55 de la Constitución, en su apartado 2, señala que “una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

Y si analizamos el contenido de otras normas en que se prevé la injerencia en la libertad y secreto de las comunicaciones, por ejemplo, en el artículo 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fue modificado por Ley Orgánica 4/88 de 25 de mayo, establecido para casos “de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”, comprobaremos que si bien la intervención de la correspondencia puede ordenarla el Ministerio del Interior o el Director de la Seguridad del Estado -autoridades del máximo nivel-, es precisa para su validez la confirmación judicial.

Como regla general se exige siempre la autorización o la confirmación por la autorización judicial de la intervención, por lo que carece de lógica, que en casos menos

urgentes, se autorice, con carácter general y sin ninguna limitación, la intervención por una autoridad administrativa, que únicamente deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, puesta en conocimiento que no parece constituirse en un requisito de la legalidad de la decisión.

En la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional (por ejemplo, la sentencia 175/97) sí se concluye que la comunicación inmediata al Juez de Vigilancia Penitenciaria es un requisito de la legalidad de la decisión.

Surge, consiguientemente, la duda sobre la constitucionalidad del apartado 5 del artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, por la falta de autorización judicial de la injerencia en la libertad y secreto de las comunicaciones.

Duda que no queda resuelta, contrariamente a lo que entiende la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, por la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de julio de 1983, respecto a la que el propio Tribunal, en su sentencia 183/94, de 20 de junio, señala que su interpretación es una declaración accidental o de obiter dictum, que no se aviene con el sentido más estricto o garantista que merece atribuirse al artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Duda que, además, en ocasiones, parece compartirse por los legisladores, pues por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, se presentó una Proposición de Ley de modificación del régimen de comunicaciones y visitas de los internos en la que se proponía la modificación del apartado 5 del artículo 51 de la repetida Ley penitenciaria, para que pasara a tener el siguiente contenido: “La suspensión o intervención de las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo sólo podrán serlo mediante previa y motivada autorización judicial”.

En cualquier caso, aunque el mismo artículo 51.5 no se considerara inconstitucional, si puede fundamentarse jurídicamente que su aplicación a presos preventivos, sin autorización judicial, vulnera los derechos a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Y aunque se estimara que su aplicación a los presos preventivos es ajustado a la Constitución, deberá entenderse que las decisiones de la Administración Penitenciaria que suelen intervenir todas las comunicaciones orales y escritas, sin mayor fundamentación que la reproducción literal del genérico texto legal, sin ninguna delimitación personal o temporal, sin especificar el interés que precisaba sacrificar un derecho fundamental del recurrente, y que no consta fuera notificado, como exige la Ley, a la autoridad judicial, vulnera el derecho constitucional a la libertad y secreto de las comunicaciones.

2.5 Juez competente a efectos de intervención:

En el caso de presos preventivos, el acuerdo de intervención de comunicaciones se debe notificar al Juzgado que dictó el auto de prisión provisional y no al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Como expone el auto de la Audiencia Provincial de Madrid 788/97 de fecha 22 de julio de 1997, “la interna recurrente se encontraba en la prisión de Carabanchel en concepto de presa preventiva y no cumpliendo condena. A partir de este dato, el Tribunal acuerda que el expediente es nulo desde que el 21 Junio de 1996 el centro penitenciario comunicó al Juzgado de Vigilancia el acuerdo de intervención y limitación de las comunicaciones. Y lo acuerda porque, como ya tienen declarado en otras ocasiones (autos de 23 de enero y 22 de marzo de 1997), la competencia para

conocer y resolver la cuestión planteada corresponde al Juzgado de Instrucción a cuya disposición estaba la interna” (en el mismo sentido los autos 324/97 de fecha 20 de marzo de 1997 y 331/97 de fecha 22 de marzo de 1997 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid).

Cuando se trate de penados, por el contrario, es obligado dar cuenta al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la intervención de la correspondencia, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 170/96: “Conviene destacar que el artículo 51.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en cuanto obliga a la Administración Penitenciaria a dar cuenta de la medida a la autoridad judicial competente, consagra una auténtica garantía, con la que se pretende que el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio del interno de los recursos procedentes”.

*3. Comunicaciones con abogados

Este tipo de comunicaciones, en los últimos años, han generado polémica, y a tal efecto reseñamos las resoluciones de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que se han referido a los sistemas de escucha permanente en los locutorios de algunos centros penitenciarios.

En el Reglamento Penitenciario se regulan dos modalidades de comunicaciones: por un lado, las comunicaciones con Abogados defensores o expresamente llamados, y con los Procuradores que los representen; por otro, las comunicaciones con otros Letrados

*3.1 Comunicaciones con el Abogado designado o expresamente llamado

*3.1.1 Comunicaciones orales:

Se regulan en el artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria, que se ha desarrollado por el artículo 48 del Reglamento Penitenciario y exige los siguientes requisitos formales.

1. Documento oficial que le acredite como abogado o procurador.
2. Volante del respectivo colegio profesional en el que se exprese la condición de defensor o representante del preso, o en su caso de expresamente llamado.
3. En supuestos de terrorismo o de presos pertenecientes a bandas armadas el volante deberá ser expedido por la autoridad judicial que conozca de las correspondientes causas. La circular 18/94 de 6 de septiembre, de la Secretaria de Estado para Asuntos Penitenciarios, había establecido un requisito añadido: dar un plazo de validez de 30 días a las acreditaciones judiciales necesarias en caso de banda armada cuando se tratase de presos penados. Dicha circular, dada la oposición que mostraban las resoluciones de los Jueces de Vigilancia, fue aclarada por la una Instrucción de 1 de diciembre de 1994 y derogada por otra posterior de 5 de abril de 1995.
4. Estas comunicaciones se registrarán por orden cronológico en el libro correspondiente, consignándose el nombre y apellidos de los comunicantes y del preso, así como la duración (el Reglamento no hace otra cosa que recoger la práctica que se venía llevando en los Centros Penitenciarios). Se anotarán, igualmente, en los libros el número de causa de la que el Letrado es defensor
5. Se celebrarán en locutorios especiales en los que quede asegurado que el control del funcionario encargado del servicio sea solamente visual.

3.1.2 Comunicaciones escritas:

En este aspecto existe una novedad en el Reglamento de 1996, ya que el anterior no se refería a ellas. Sin embargo el artículo 46.6 de las comunicaciones escritas de los presos

se refiere a los casos de intervención de las mismas cuando las cartas son entre presos y su abogado. En cuanto a los requisitos hay que remitirse a los de las comunicaciones escritas generales.

3.1.3 Comunicaciones telefónicas:

Se regulan en el artículo 47 b) del Reglamento Penitenciario, manteniéndose, como en el anterior reglamento, como única referencia los casos de urgencia para comunicar con el Abogado. Por lo tanto no le será aplicable la limitación de cinco llamadas semanales que se establece para el resto de la llamadas ni, tampoco, el límite de cinco minutos por que el criterio de urgencia deshace cualquier criterio programático

Los requisitos y contenido se ajustan a lo ya referido para las comunicaciones telefónicas generales. La Audiencia Provincial de Madrid ha establecido que la exigencia de tener un funcionario presente, como se exige en las comunicaciones generales, no es aplicable a las comunicaciones con los Letrados.

3.2 Comunicaciones con otros Abogados:

Son los Letrados que se ocupen de asuntos de los presos ajenos al orden penal. Su visita tiene que ser requerida por el preso y se celebra en los mismos locutorios que para el resto de abogados. La visita se ajustará a las normas generales del artículo 41, salvo que la autoridad judicial correspondiente en el caso de preventivos o el Juez de Vigilancia en el de penados den autorización a la comunicación en cuyo caso, la comunicación se ajustará al régimen especial del artículo 48.

En el orden práctico tiene escasa trascendencia, ya que en estos casos el abogado suele ir como expresamente llamados, ya que no nos es exigible el hacernos cargo de la defensa después de la entrevista.

*3.3 Intervención de las comunicaciones con Abogados

El art.51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en sus apartados 2 y 5, autoriza a suspender e intervenir las comunicaciones (orales o escritas) entre un inculpado y su defensor que, en los supuestos de "terrorismo" inicialmente no requería siquiera previa resolución judicial habilitante, bastando una orden motivada del Director del establecimiento, según interpretación que al respecto emitió la sentencia del Tribunal Constitucional 73/83 de 30 de julio.

La Ley regula, pues, dos supuestos distintos: la suspensión y la intervención de la comunicación. Sobre el primero poco hay que decir, como no sea subrayar, una vez más, el eufemismo de consignar como "suspensión" lo que no es más que una forma más de anulación del derecho de defensa que no merece mayores precisiones. Por ello, vamos a entrar en el otro supuesto, la "intervención", que aparentemente es más suave o blando, pero que, en definitiva, es otro supuesto más de liquidación de la defensa.

En efecto, la intervención de las comunicaciones en prisión entre defensor y defendido crean una situación ante la cual el letrado designado no puede actuar en absoluto, ya que tiene derecho al secreto profesional en virtud del art.24-2 párrafo final de la Constitución, y obligación de guardarlo, según expresión más precisa del art.437-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Si a esta simple consideración añadimos que las diligencias pueden ser declaradas secretas, no se nos puede escapar que ningún letrado defensor admita que las comunicaciones con su defendido sean intervenidas, o sea participa-das, escuchadas,

registradas, copiadas, difundidas, etc. por el Director de la Prisión. Estamos ante otro ejemplo de humillación personal y profesional del abogado.

La intervención de las comunicaciones, a lo máximo, debe ir precedida de la correspondiente autorización judicial en virtud del art.18-3 de la Constitución, requisito que no puede subsanar-se "ex post". Según el art.524 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "el Juez instructor autorizará, en cuanto no perjudique el éxito de la instrucción, los medios de correspondencia y comunicación de que pueda hacer uso el detenido o preso".

El letrado que admite, participa o consiente la intervención de sus comunicaciones con su cliente, incurre en un delito de prevaricación del art.360 del Código Penal y, por si fuera poco, tal actuación constituye motivo de corrección disciplinaria del art.301-2? de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. "De ahí que la intervención de la comunicación - escribió García Valdés-se imponga como una posibilidad de poder realizarla pueda constituir la inevitable coacción de obligar a hacer al profesional lo que la ley prohíbe, es decir, revelar el secreto sumarial o los de su patrocinado".

En virtud del secreto profesional, el abogado no tiene obligación de denunciar a su defendido (art.263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), ni siquiera de declarar (art.416-2 de la misma Ley) y no puede admitir que la intervención de sus conversaciones y correspondencia se transforme en una fraudulenta y deliberada denuncia contra su patrocinado, faltando a los más elementales deberes de probidad derivados del mandato recibido. Dispone el art.41 del Estatuto de la Abogacía (Real Decreto 2090/82 de 24 de julio) que "el secreto profesional constituye al abogado en la obligación y en el derecho de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento que afecten a su cliente, de los que hubiera tenido noticia por el mismo en razón de su ejercicio profesional".

Es desconocido totalmente cuál pueda ser el interés del Director de una Prisión para enterarse de las entrevistas del abogado con su defendido. No sabemos si es para informarse para sí mismo del contenido de la defensa técnica y de unas diligencias declaradas secretas, o bien si es para ponerlo en conocimiento de terceros (¿policía?, ¿Ministerio Fiscal?, ¿Juez instructor?) que así se aprovecharían de ello para obstaculizar-la. No puede dejar de constatarse el torticero uso de la legalidad penitenciaria en beneficio de autoridades quizá distintas de las penitenciarias, pasando por encima del derecho y deber de secreto profesional y del carácter también secreto que tienen las diligencias sumariales frente a terceros. El art.302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como ya hemos dicho, declara que el sumario es secreto para quienes no son parte, de modo que entre ambas disposiciones hay una clara contradicción. Y parece hartó difícil conjuntar toda una serie de disposiciones que en claro regreso al Medioevo pretenden reforzar el secreto de un proceso (como la propia incomunicación) con posibilidades (como la intervención) que van en sentido opuesto, que permiten la difusión del secreto sumarial frente a personas que no son parte.

Al desconocer el móvil de este tipo de intervenciones de la Administración es imposible su control, ni jurisdiccional ni de ninguna otra clase, por lo que la desviación de poder del art.106 de la Constitución deviene vacía de significado jurídico. No es que se trate de una decisión discrecional, sino que al carecer de un objetivo preciso señalado por la ley, se transforma en una pura sanción (sanción sobre la sanción) que en la práctica penitenciaria resulta automática por el hecho de pertenecer a una organización

armada, estatuto jurídico que la Administración no duda en otorgar a un preso preventivo sin mayores exigencias y desde el mismo momento de su ingreso en prisión.

La cuestión adquiere todo su relieve si tenemos en cuenta que la sentencia del Tribunal Constitucional 2/87 de 21 de enero afirma que el preso está bajo una "relación especial de sujeción" lo que implica una restricción de los derechos fundamentales por vía puramente administrativa, sin precisar de ley formal. Los derechos fundamentales de los reclusos quedan a disposición de la Administración penitenciaria.

Lo que resulta claro es que las "razones de seguridad y buen orden del Establecimiento" que suelen aducir rutinariamente los centros penitenciarios, sin mayores concreciones, no tienen relación alguna con las comunicaciones escritas del inculcado y el letrado defensor, pues no existe forma humana de alterar la "seguridad" de un centro penitenciario con papeles profesionales y menos de perturbar el "buen orden del establecimiento". De ese modo no se cumplimenta la exigencia de motivación del art.51-5 de la Ley Orgánica Penitenciaria, sino que se limitan a repetir los términos literales del propio art.51 en su apartado primero.

El art.51 números 2 y 5 de la Ley Orgánica Penitenciaria es inhábil a efectos de eliminar el derecho de defensa, pues el art.24 de la Constitución no puede ser anulado -y la intervención de las comunicaciones es una forma de anulación- por disposición de una autoridad administrativa de ínfimo rango, ya que ni siquiera se puede anular, limitar, suspender o restringir bajo el estado de excepción (art.55-1 de la Constitución). En todo caso, a lo máximo, pudiera pensarse en una intervención de las comunicaciones con el abogado defensor, previa resolución motivada del Juez Instructor.

La autoridad penitenciaria, al ordenar la intervención de comunicaciones con el defensor, no puede sino partir de otra presunción de culpabilidad que recae tanto sobre el preso, cuando es preventivo, como sobre el abogado en todo caso. En efecto, es imprescindible incurrir en una previa imputación penal, no solamente de carácter administrativo y paralela al proceso, sino previa al fallo. Y finalmente, tal calificación carece de base fáctica suficiente: la motivación puede conducir a conocer el alcance teleológico de la intervención, su finalidad, pero no explica a través de qué supuestos la Administración penitenciaria llega al convencimiento de que un determinado preso es "terrorista", expresión que ya es difícil de precisar dentro de la dogmática penal y que se presta al uso -y abuso- político.

3.3.1 Comunicaciones orales:

Las causas se ajustan, estrictamente, a las mismas que las generales: razones de seguridad, interés del tratamiento, y buen orden del centro. Si hubiera motivaciones relacionadas con investigaciones de orden penal la limitación se ajustaría a lo preceptuado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y nunca a la Ley General Penitenciaria y a su Reglamento.

El contenido difuso del artículo 51 de la Ley General Penitenciaria y del Reglamento derogado ha generado un debate, que ha durado años, ya que el artículo 51.5 de la citada ley establece: "Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Establecimiento dando cuenta a la Autoridad judicial competente". Con esta redacción parecía que se refería a

todas las comunicaciones, incluidas las de los abogados. El Tribunal Constitucional en sentencia de 20 de junio de 1994 aclaró definitivamente que el Director no puede suspender o intervenir estas comunicaciones. Esta tesis es la ya sostenida con anterioridad por la Audiencia Nacional en su sentencia de 20 de diciembre de 1993.

La doctrina que zanja el debate ha sido plenamente recogida en el artículo 48.3 del Reglamento Penitenciario, que establece que las comunicaciones de los presos con los Letrados defensores o expresamente llamados y con los Procuradores que los representen “no podrán ser suspendidas o intervenidas en ningún caso por decisión administrativa”.

Si bien se zanja una polémica se crea, o puede crearse, otra, relacionada con el inciso final del citado artículo 48.3 del Reglamento: “La suspensión o intervención de estas comunicaciones solo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial”. Esta redacción es idéntica al inciso final del artículo 51.2 de la Ley General Penitenciaria con la única excepción de que elimina “y en los supuestos de terrorismo”. Con esta modificación se pretende que la autoridad judicial pueda suspender o intervenir las comunicaciones de los Letrados en cualquier caso, sin tener que ceñirse, como así lo imponía la anterior legislación, a los casos de terrorismo. Es evidente que esta modificación infringe el artículo 93 de la Constitución, al saltarse el principio de jerarquía normativa. Para evitar dicha infracción, el Grupo Parlamentario Popular realizó una proposición de ley sobre modificación del artículo 51.5 de la Ley General Penitenciaria en que se eliminaba la expresión “y en los supuestos de terrorismo”. Esta proposición de Ley es ampliada por Informe de la Ponencia, en el que el Grupo Parlamentario Socialista añade nuevos extremos que se pretenden modificar en la Ley Orgánica General Penitenciaria, así introduce una propuesta de modificación de los artículos 29, 38.2, 10, 24, 42 y 51 de la Ley General Penitenciaria. También se intentó la modificación introduciéndola como Disposición Adicional al Nuevo Código Penal, pero tampoco prosperó. De esta forma, y hasta la fecha, el contenido del artículo 51.2 de la Ley General Penitenciaria sigue exigiendo que la intervención o suspensión de las comunicaciones con letrados solo pueda darse en caso de terrorismo, lo que hace inhábil a efectos de aplicación el inciso final del artículo 48.3 del Reglamento Penitenciario.

El tercer debate que se plantea en el ámbito de las comunicaciones con abogados es el de los sistemas de grabación permanente en los locutorios especiales de algunos, o no se sabe si de todos, los centros penitenciarios. Primero se conoció la existencia de este tipo de sistemas de escucha en el Centro Penitenciario de Alcalá-Meco, luego se ha sabido de otros centros, como Brieva y Salamanca.

Con motivo de reclamaciones efectuadas a los Juzgados de Vigilancia cuya jurisdicción alcanza a los centros citados, los tres Juzgados ordenaron los desmantelamientos de los referidos sistemas de escucha. Dichas resoluciones, en los tres casos, fueron recurridas por el Ministerio Fiscal y, en el caso de Alcalá-Meco, la Audiencia Provincial confirmó la resolución del Juez. En los tres casos, el asunto terminó en el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, dando la razón a la Administración Penitenciaria. El Tribunal de Conflictos viene a sostener que la instalación de estos sistemas es competencia de la Administración y, por tanto, los autos de los Jueces de Vigilancia solo pueden reconducirse a las propuestas que refiere el artículo 77 de la Ley General Penitenciaria.

3.3.2 Comunicaciones escritas:

El artículo 51.2 de la Ley General Penitenciaria y el 101 del anterior Reglamento, no distinguían entre las comunicaciones orales y escritas por lo que todo lo dicho respecto de las primeras es aplicable a las segundas. Sin embargo, existen varios Jueces de Vigilancia Penitenciaria que entienden que el régimen hiperprotegido de las comunicaciones con los Letrados no afecta a las comunicaciones escritas, porque si no se lee la carta, no podemos saber si el remitente es quien la escribe o a quien se dirige es el verdadero receptor. Saber si efectivamente es su letrado no es fácil en presos con múltiples causas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dice que hay injerencia pero que esta es legítima, ya que si se pretende evitar siempre, podrá personarse en el centro y tener una comunicación oral hiperprotegida.

El artículo 46.6 del Reglamento Penitenciario resuelve esta cuestión concediendo a estas comunicaciones igual régimen que a las orales. La eliminación de la expresión “y en los supuestos de terrorismo”, vuelve a crear un nuevo debate, ya que con la interpretación expuesta podría admitirse la intervención por orden judicial pero en todos los casos, aún sin modificación de la Ley General Penitenciaria. El citado artículo 46.6 del Reglamento Penitenciario introduce una excepción: los casos de letrados que no conste que son defensores, en cuyo caso se podrá intervenir. En estos casos la constancia de ser defensor debe aparecer en su expediente penitenciario o al director del centro. Esta última referencia, a mi juicio, impone al director la obligación de preguntar al órgano judicial si el Abogado remitente es el defensor o al Colegio de Abogados si les consta haber expedido volantes como defensor o expresamente llamado.

La sentencia del Tribunal Constitucional 58/98 de 16 de marzo, estima el amparo solicitado por un preso de la cárcel del Puerto II, al que se le intervienen las comunicaciones escritas con sus abogados por que entiende el Centro Penitenciario que el régimen hiperprotegido del artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se refiere solo a las orales. El Tribunal Constitucional zanja la polémica estableciendo que dicho régimen también incluye a las comunicaciones escritas en aras del respeto al derecho de defensa (artículo 24.2 de la Constitución) y del secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución).

Sin embargo, la resolución del Tribunal Constitucional analiza otras dos cuestiones:

a) la carta, utilizando el remite del abogado, puede ser enviada por una tercera persona, o el preso puede remitir cartas a terceras personas a través del Letrado. En este caso la referida resolución manifiesta que “la Administración penitenciaria deberá poner las medidas necesarias para garantizar la acreditación de la identidad del Abogado y trasladar al órgano judicial toda sospecha de utilización de la comunicación contraria a los fines legalmente previstos, pero de ello no se deriva que pueda suplir la actuación judicial”.

Se establece un criterio pero la resolución del problema no será pacífica, ya que la administración penitenciaria puede entender que se le faculta para establecer requisitos para la Comunicación que no aparecen en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria ni en el 48 del Reglamento. La Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y mucho menos la Dirección de los Centros concretos, no puede crear obligaciones a los presos o a los letrados que no aparecen en la legislación Penitenciaria.

b) es imposible tener conocimiento de si la comunicación se desarrolla sobre asuntos relacionados con la defensa penal que ostenta el Letrado. En este aspecto la resolución

si es determinante: “Que la comunicación pueda versar sobre temas ajenos a la defensa jurídica del preso, como alega también el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, es un riesgo que queda ínsito en la propia naturaleza del derecho -el concepto de ‘secreto’ en el artículo 18.3 tiene un carácter ‘formal’ en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido (sentencia del Tribunal Constitucional 114/84)- y cuya radical eliminación solo es posible con la supresión del mismo. Dicho riesgo, en su caso, cuando sea fehacientemente constatable, deberá ser valorado y ponderado por el órgano que por la entidad y las características del conflicto ha de resolverlo y que, según hemos razonado, ha de tener ex lege y ex Constitutione naturaleza judicial”. Entendemos que sospechar fehacientemente de que el contenido de una conversación va a ser uno u otro, cuando todavía no se ha producido, es imposible, pero en cualquier caso un acuerdo limitativo de la comunicación ha de ser establecido por el órgano judicial, tal y como corresponde a un tipo de comunicación amparado por el régimen hiperprotegido del artículo 51.2 de la Ley General Penitenciaria.

3.3.3 Comunicaciones telefónicas:

Se sigue el mismo régimen ya expuesto, con la referencia de que en estos casos y siguiendo con lo manifestado por la Audiencia Provincial de Madrid si cabe presencia de funcionario, concretándose de esta forma la intervención.

3.3.4 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

El tema de la intervención de las comunicaciones entre preso y abogado ha sido abordado por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en los casos Golder (sentencia de 21 de febrero de 1975) y Can, al que ya nos hemos referido. En la primera de dichas resoluciones, el Tribunal Europeo ha dejado bien claro que constituyen infracción del Convenio de Roma en sus arts.6-1 y 8 los impedimentos a la correspondencia escrita entre un preso y un abogado, afirmando textualmente: "Un obstáculo en la posibilidad misma de iniciar correspondencia representa la forma más radical de 'interferencia' (párrafo 2 del artículo 8) en el ejercicio del 'derecho al respeto de correspondencia'".

En la sentencia Can el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció que las funciones del abogado defensor "se obstaculizan o se impiden si el abogado no puede entrevistarse con su cliente más que en presencia de un funcionario del Tribunal. El acusado encontrará dificultades para expresarse libremente 'vis a vis' con su abogado sobre los hechos que han dado lugar a la acusación penal, porque temerá que sus declaraciones puedan ser utilizadas o transmitidas para ser utilizadas contra él por el funcionario que las escucha", añadiendo igualmente el Tribunal que "importa poco saber si sus temores son o no fundados". Como conclusión, esta sentencia determinó: "El abogado defensor no puede desempeñar convenientemente sus tareas si no está autorizado para entrevistarse sin testigos con su cliente. Como consecuencia de ello y, en principio, no es compatible con el derecho a la asistencia efectiva de un abogado, garantizada por el art.6-3 c) del Convenio, someter los contactos entre el abogado y el acusado al control del Tribunal. Esto no significa, sin embargo, que el derecho a comunicarse libremente con el abogado deba reconocerse en todas las circunstancias y sin ninguna excepción. Toda restricción a la regla general debe estar justificada por las circunstancias peculiares del caso". En esta sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reputó excesiva la intervención de las comunicaciones durante tres meses, considerando que tal plazo, independientemente de las circunstancias concretas que pudieran justificar la medida, era a todas luces excesivo. El art.51 de la Ley Orgánica

Penitenciaria, por contra, no impone ningún tipo de limitaciones temporales, de modo que, en principio, la intervención puede resultar indefinida.

Entre las Reglas Mínimas sobre tratamiento de los reclusos aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 31 de julio de 1957 (Resolución 663 C I XXIV) se contiene una cuyo tenor literal es el siguiente: "Se permitirá al acusado pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia y a recibir visitas de su abogado a propósito de su defensa. Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario".

El art.93 de las Reglas Penitenciarias Europeas adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de febrero de 1987, siguiendo a las Naciones Unidas determina: "Todo acusado, desde su encarcelamiento, debe poder elegir su abogado o ser autorizado a reclamar la designación de un abogado de oficio, cuanto tal asistencia esté prevista, y a recibir visitas de su abogado con vistas a su defensa... Las entrevistas entre el acusado y su abogado pueden celebrarse a solas, pero no pueden celebrarse en presencia, directa o indirecta, de un funcionario de policía o del establecimiento". Y el art.3-2 c) del Acuerdo Europeo relativo a los procesos ante la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que un detenido tiene derecho a comunicarse y entrevistarse con su abogado defensor "sin poder ser oído por nadie". Tanto el artículo citado de las Reglas como el del Acuerdo, aparecen mencionados en la sentencia Can del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, el art.8 de los Principios Básicos de la Función de los Abogados del Consejo Económico y Social, al que ya nos hemos referido, afirma también: "Se facilitarán a las personas arrestadas, detenidas o presas, oportunidades, tiempo e instalaciones adecuados para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultar-le, sin demora, interferencia, ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación".

A la vista de lo expuesto, es incomprensible el criterio contenido en sentencias del Tribunal Constitucional, como la 73/83 de 30 de julio, admitiendo la constitucionalidad de suspensiones e intervenciones de comunicaciones entre abogado y preso. Asistimos a un profundo deterioro del derecho de defensa en un proceso del que parece que sólo conocemos los primeros pasos. La gravedad del fenómeno radica en que no se trata de meras "limitaciones" o "restricciones". Considerarlo de esta forma, amén de desconocer la naturaleza de la defensa, es hacer un flaco favor en defensa del derecho de defensa y errar el diagnóstico: se ha empezado por afectar al "núcleo esencial" del derecho sin mayores preámbulos, y esto es exactamente lo preocupante, porque si se ha podido comenzar de ese modo tan impulsivo y se ha encontrado, no ya la benevolencia, sino un respaldo tan contundente como el del Tribunal Constitucio-nal, es que estamos a las puertas de su desaparición, por más que luego busquemos eufemismos jurídicos.

La preocupación se incrementa si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional no ha dudado en ofrecer dos interpretaciones derogatorias de la Constitución en una cuestión tan fundamental como el derecho de defensa y con un repertorio de argumentos que resultan no ya escuetos, sino nada convincentes.

*3.4 Suspensión de las comunicaciones con Abogados:

Solo cabe respecto de las orales y solo se justificarían en el caso de no observar un comportamiento adecuado.

*4. Comunicaciones con autoridades o profesionales:

El régimen aplicable a estas comunicación es el mismo que contiene el artículo 102 del Reglamento. El Reglamento Penitenciario en el artículo 49.2 expresamente refiere que los Fiscales o autoridades judiciales no podrán tener limitaciones de orden administrativo a sus comunicaciones, cuando antes se presuponía pero nada se decía al respecto.

Respecto a los representantes acreditados de Instituciones de cooperación penitenciaria, el Reglamento Penitenciario los contempla en la regla primera del artículo 43, pero su regulación concreta la lleva a los artículo 62, sin perjuicio del régimen de limitaciones que les afecta el general.

Respecto de los Notarios, Médicos, Ministros de Culto y otros profesionales acreditados, se exige previa solicitud del preso a través del Director del Centro, y para realizar funciones de su profesión. En el caso de los médicos por imposición del artículo 36.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que reconoce el derecho como limitado, se viene exigiendo que este acompañado por el Médico del Centro. En el caso concreto de los sacerdotes o Ministros del Culto el nuevo Reglamento Penitenciario no refiere que deben ser acompañados por los Capellanes (en el caso de ser sacerdote católico) al haberse extinguido dicho cuerpo por orden del Ministerio de Justicia de 24 de noviembre de 1993, y también desaparece la necesidad de ser acompañado por un funcionario en los demás casos de Ministros de Cultos.

El Reglamento Penitenciario no dice nada del secreto profesional o confesional al que se refería el Reglamento derogado.

*5. La privación de comunicaciones no vulnera el derecho de reunión.

Sentencia del Tribunal Constitucional 119/96:

“Carece de fundamentación y también de todo fundamento a la vista tanto del sustento de su limitación en razones de seguridad constitucionalmente legítimas como de la previsión al respecto del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

*6. La privación de comunicaciones no vulnera el derecho a la libre recepción información.

Sentencia del Tribunal Constitucional 119/96:

“Los recurrentes fundan su pretensión, en primer lugar, en el hecho de que la incomunicación les priva de comunicaciones especiales con amigos y familiares. Frente a este alegato debe afirmarse que, amén de la limitación del acceso genérico a la información sea una consecuencia propia de la privación de libertad, no parece que sea aquél el derecho que está en juego en la privación de comunicaciones especiales, ya que la conexión entre el derecho a la información y las comunicaciones especiales resulta muy lejana.”

7. Motivación del acuerdo de intervención de correspondencia.

Sentencia del Tribunal Constitucional 170/96:

“La motivación del acuerdo resulta un elemento imprescindible para la garantía de los derechos de los reclusos. La intervención de las comunicaciones, medida excepcional,

no debe adoptarse con carácter general e indiscriminado, ni por más tiempo del que sea necesario para los fines que la justifican.

“Sobre la suficiencia de la motivación ofrecida, hay que recordar que no corresponde a este Tribunal la constatación de la existencia o no de los datos de hecho que justifican la intervención, pues, aparte de que así se deduce del tenor del artículo 44.1, b) LOTC y de la propia naturaleza del proceso constitucional de amparo, tal constatación exige la inmediación que sólo posee, en este caso la Administración Penitenciaria y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

“Ahora bien, cuando se trata de una medida restrictiva de derechos, compete al Tribunal Constitucional, en su tarea de protección del derecho fundamental afectado, controlar en último término la motivación ofrecida no sólo en el sentido de resolución fundada y razonada, sino también como único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la institución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna (sentencias del Tribunal Constitucional 50/95, 128/95, 181/95, 34/96 y 62/96).

“Tan sólo la referencia a los diferentes intentos de evasión que obran en el expediente del interno podría guardar alguna relación con la intervención de las comunicaciones en el caso hipotético, no esgrimido por el acuerdo, de que existieran sospechas de que planeara una nueva evasión y que con tal fin utilizara sus contactos con el exterior. Pero tal posibilidad no pasa de ser una simple suposición a la que no se alude en el acto administrativo impugnado. Es decir, el acuerdo impugnado no justifica en absoluto la necesidad de tan drástica medida.”

8. Carácter temporal de la intervención de correspondencia.

Sentencia del Tribunal Constitucional 170/96:

“El mantenimiento de una medida restrictiva de derechos, como la analizada, más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de los fines que la justifican, podría lesionar efectivamente el derecho afectado, en este caso el derecho al secreto de las comunicaciones (sentencias del Tribunal Constitucional 206/91 y 41/96). Los artículos 51 y 10.3, párrafo segundo de la Ley Orgánica General Penitenciaria y los correlativos preceptos del Reglamento Penitenciario de 1981, en concreto los artículos 91.1 y 98.4 (y artículos 41 y siguientes del Reglamento Penitenciario de 1996), llevan implícita la exigencia de levantamiento de la intervención en el momento en que deje de ser necesaria por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron, en cuanto se legitima exclusivamente como medida imprescindible por razones de seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento”.

9. Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en correspondencia dirigida al

Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1996:

“Existió una intervención de la correspondencia del penado con el Juez de Vigilancia Penitenciaria, efectuada por los funcionarios de la prisión, sin que, como afirma el Fiscal, se hubiese solicitado judicialmente la intervención de la correspondencia del penado o, como se prevé en el artículo 51.5 Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 98.4 del Reglamento Penitenciario, las hubiese acordado la Junta de Régimen y Administración del establecimiento por razones de seguridad, por interés del

tratamiento o buen orden del establecimiento, o que, por razones de urgencia, las hubiera ordenado el Director con aprobación de la misma Junta, con notificación al interno, y debiendo ser comunicado al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

“Resulta evidente que la Administración penitenciaria no respetó el proceso debido legal y reglamentariamente.”

“Dicha intervención improcedente supuso una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución con carácter general, y en el artículo 25.2 de la Constitución al penado, en cuanto este derecho no fue expresamente limitado en el fallo condenatorio, no se halla afectado por el sentido de la pena ni está prescrita la limitación del derecho en la Ley Penitenciaria. A estos efectos es irrelevante que el escrito se hubiese enviado en sobre cerrado o sin dicha formalidad, o que iniciare un procedimiento de tramitación judicial, o su destinatario fuese el Juez de Vigilancia Penitenciaria o un tercero, puesto que este Tribunal, en la sentencia del Tribunal Constitucional 114/84, declaró que “el concepto de “secreto” tiene un carácter “formal”, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”.

10. Necesidad de autorización judicial para intervenir las comunicaciones con el abogado.

Sentencias del Tribunal Constitucional 183/94 de 20 de junio y 197/94 de 4 de julio:

“Los acuerdos administrativos recurridos, al igual que las resoluciones judiciales que los confirman, pretenden encontrar esa habilitación legal en el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en cuanto este precepto autoriza al Director del Establecimiento a suspender o intervenir motivadamente las comunicaciones orales y escritas previstas en el mismo artículo, en cuyo número 2 se incluyen las comunicaciones de los internos con su Abogado, y se permite que sean suspendidas o intervenidas “por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”; frase esta última que les conduce a entender que el Director del Establecimiento puede extender su facultad de suspensión a esta específica clase de comunicaciones, en los supuestos de terrorismo.

“Esta interpretación, aunque se haya hecho referencia a ella en la sentencia del Tribunal Constitucional 73/83, en una declaración accidental o de obiter dictum, no se aviene con el sentido más estricto y garantista que merece atribuirse al artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y además responde a una confusión entre dos clases de comunicaciones que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados.

“Es evidente, en efecto, que el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria distingue entre las comunicaciones, que podemos calificar de generales, entre el interno con determinada clase de personas artículo 51.1 y las comunicaciones específicas, que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (artículo 51.2); la primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del artículo 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas ‘por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento’, según precisa el artículo 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del artículo 51.2, cuya justificación es

necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario.

“Este carácter de régimen singular, que para las comunicaciones con el Letrado establece el artículo 51.2, se prolonga más allá de la Ley, manteniéndose con toda claridad en su Reglamento de 8 mayo de 1981, en el que las comunicaciones orales con el Abogado se regulan en Sección distinta de la dedicada a las comunicaciones del régimen general y en el que, al tratar de las comunicaciones escritas, con el Abogado, el artículo 18.4 ordena de forma explícita que no tendrán otras limitaciones que las establecidas en el punto 2 del artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

“Esta diferenciación esencial que existe entre el artículo 51.5-régimen general cuya única remisión válida es al artículo 51.1 y el artículo 51.2, pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de ‘orden de la autoridad judicial’ y ‘supuestos de terrorismo’, que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones.

“En su virtud, la aplicación de los Acuerdos recurridos a las comunicaciones del interno demandante de amparo con su Letrado defensor vulneró, al carecer de la necesaria habilitación legal, el derecho de defensa que garantiza el artículo 24.2 de la Constitución; acuerdo que, por consiguiente, debe ser anulado en relación con dicha clase de comunicación específica, por haberse limitado a este tema el recurso, en el que no, se combatió el acuerdo en cuanto intervino genéricamente otra clase de comunicaciones. Este limitado efecto del recurso de amparo no debe, sin embargo, servir de impedimento para afirmar que también en su aspecto general los Acuerdos recurridos carecen de motivación suficiente, imponen una medida de intervención desproporcionada por su indeterminación temporal y no fueron seguidos de un cumplimiento debido de la obligación de dar cuenta inmediata a la autoridad judicial competente”.

11. Ratificación de la medida de intervención de correspondencia tras traslado de cárcel. Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1997:

“Teniendo en cuenta que se trata de una medida del centro donde el interno fue trasladado, que se limitó a ratificar lo acordado por el de origen, lo dicho pone de manifiesto, en primer lugar, que el acto de ratificación fue suficientemente conocido por el interno como revela que fuese él mismo quien solicitó su levantamiento, así como su recurso al juez. La proporcionalidad de la medida viene revelada por la propia fundamentación inicial del Juzgado de Vigilancia de Santander”.

Frente a esta sentencia se emitió el siguiente voto particular: “Nuestra discrepancia con la sentencia se refiere a la falta de precisión en la delimitación del objeto del proceso y a

la insuficiente fundamentación de la ratio decidendi [...] Este Tribunal ya ha dado algunas pautas al respecto en la sentencia del Tribunal Constitucional 170/96, declarando, por ejemplo la necesidad de que se estableciese una limitación temporal a la medida de intervención. Esa doctrina debería haberse traído al caso, para confirmarla, para precisarla en virtud de las circunstancias concretas o incluso para modularla o revisarla planteando la cuestión al Pleno. Es posible que existan argumentos para justificar la no necesidad de reiterar en cada centro las ratificaciones y comunicaciones, pero, en cualquier caso, lo que para nosotros es seguro es que esta cuestión tiene relieve suficiente como para haberla enjuiciado en la sentencia con detenimiento”.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid al respecto ha sostenido el criterio de que el mero hecho de que el interno haya sido trasladado de centro no puede justificar que se modifique su situación. En efecto el Auto 369/97 de fecha 4 de abril de 1997 afirma:

"Una de las alegaciones que se exponen en el recurso determinan que éste haya de ser estimado, y es el referente a la existencia de una resolución de fecha anterior al acuerdo de la Junta de Régimen del Centro Penitenciario, dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 4 de Andalucía, por la que se estimaba la queja planteada por el interno en otro centro que había procedido a la intervención de sus comunicaciones por el mismo motivo que las que luego tuvo en cuenta el centro de Madrid III. Existe una resolución judicial que dejaba sin efecto la intervención de las comunicaciones del interno, la eficacia de aquélla ha de continuar, mientras no cambien las circunstancias tenidas en cuenta en la misma, en los distintos centros penitenciarios por los que pueda pasar el recluso. Pues bien, el acuerdo del centro penitenciario Madrid III no se apoya en nuevos datos en base a los cuales pueda entender conveniente alterar la situación preexistente, por lo que el mero hecho de que el interno haya sido trasladado de centro no puede justificar el que se modifique su situación. Admitir esta posibilidad, y el que de este modo quedara a voluntad de la Administración el cumplir o no los mandatos judiciales, resulta inaceptable por ser contrario a la seguridad jurídica”

12. Intervención de la correspondencia. Requisitos.

Sentencia del Tribunal Constitucional 175/97 de 27 de octubre:

“El marco normativo constitucional del derecho a las comunicaciones de que puede gozar un condenado a pena de prisión recluido en un establecimiento penitenciario, viene determinado no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución -que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial, sino también y primordialmente por el artículo 25.2 de la Constitución pues es este precepto el que constituye la norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos.

“En principio el recluso goza, pues, del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque pueda verse afectado por las limitaciones mencionadas. Hay que advertir que este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos y adquiere por ello suma relevancia en orden al cumplimiento de la finalidad, no exclusiva, de reinserción social de las penas privativas de libertad que establece el primer inciso del artículo 25.2 de la Constitución. Mediante la comunicación oral y escrita con otros sujetos, el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y ello le permite relacionarse con el exterior y, en definitiva, mantenerse preparado para su futura vida en el seno de la sociedad.

“Las resoluciones administrativas de intervención de las comunicaciones no sólo han de cumplir los preceptos legales citados, y por tanto el de la motivación prevista en el artículo 51.5 Ley Orgánica General Penitenciaria, sino, en cuanto medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental, los presupuestos y requisitos exigibles según nuestra reiterada doctrina y que hemos sistematizado de forma genérica en la sentencia 207/96 y, con relación al tema que nos ocupa, recientemente en la sentencia 128/97. Resumidamente, tales presupuestos son la persecución de un fin constitucionalmente legítimo y que este previsto por la Ley; que la medida sea adoptada mediante resolución de la Dirección del Centro especialmente motivada, y notificada al interesado, y que sea comunicada al Juez para que éste pueda ejercer el control sobre la misma. Asimismo, la intervención ha de ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido.

“Por lo que respecta a la finalidad perseguida por la intervención de las comunicaciones, hay que partir de que el derecho al secreto de éstas no está configurado constitucionalmente con un carácter absoluto, ni en el artículo 18.3 (sentencia del Tribunal Constitucional 37/89) ni -en lo que afecta a los internos en un establecimiento penitenciario- en el artículo 25.2 de la Constitución, pues ambos lo garantizan en la forma y con el alcance ya indicados. La legalidad de la medida está prevista en el artículo 51.1 Ley Orgánica General Penitenciaria que permite la intervención de las comunicaciones y la justifica en razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. Todas ellas se configuran como causas legítimas para ordenar una intervención sobre la correspondencia de un recluso. La exigencia de que la medida esté contemplada en una ley se deriva no sólo de los artículos 25.2 y 53.1 de la Constitución sino, además, del artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que requiere que cualquier injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la correspondencia esté prevista por la ley.

“La falta o insuficiencia de la motivación afecta a la propia justificación del supuesto habilitante para la suspensión o restricción del derecho, en este caso del derecho al secreto de las comunicaciones y, por lo tanto, al propio derecho fundamental.

“En cuanto al contenido de la motivación, la ya citada sentencia 170/96, entre otros aspectos, otorga relevancia a la expresión de la duración de la medida”.

“Estrechamente relacionada con el requisito de la motivación se encuentra la exigencia constitucional de proporcionalidad de la medida. La valoración de la proporcionalidad se descompone en tres juicios: el de idoneidad, sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto; el de necesidad o subsidiariedad sobre la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental; y el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la ponderación de los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores”

* Falta de comunicación inmediata de la intervención al Juzgado: irregularidad insubsanable

“De estos datos se deriva que la primera resolución de 21 de diciembre de 1993 [de la Administración Penitenciaria, N. del A.] vulneraba el derecho al secreto de las comunicaciones, pues carecía de motivación al no poder reputarse tal la escueta referencia a unos genéricos ‘motivos de seguridad’ que no se concretaban en relación con las circunstancias particulares del recluso y del centro; no aportaba los elementos

para hacer posible el juicio de proporcionalidad; no determinaba el alcance temporal de la medida; tampoco se dio cumplimiento a la exigencia de comunicación inmediata al Juzgado, puesto que no consta en éste que se hubiera recibido el Acuerdo.

“El problema se suscita cuando se toma en consideración la comunicación posterior al Juzgado, de fecha 12 de enero de 1994 [...] este segundo escrito expresó las razones para fundamentar la adopción de la medida de intervención de las comunicaciones del recluso [...] Aún así esta línea de razonamiento no podría darse por buena aunque la segunda comunicación careciera de tales irregularidades. En efecto, no podría otorgársele el efecto de corrección o subsanación de la primera, porque en todo caso existiría un lapso de tiempo en el que se había omitido toda suerte de control judicial.

“El hecho de que el recluso se encontrara en primer grado de tratamiento y a su vez en su primera fase FIES-1 (Fichero de Internos de Especial Seguimiento) no es capaz de justificar la medida, por las razones que ya expusimos en la sentencia 170/96, la intervención de las comunicaciones de un recluso debe tener un carácter individualizado y excepcional y ha de constituir una respuesta a los peligros concretos que efectivamente puedan incidir negativamente en el buen orden y seguridad del establecimiento”.

13. Intervención de las comunicaciones a miembro de organización armada:

La Sentencia del Tribunal Constitucional 200/97 de 24 de noviembre estableció el siguiente criterio en la intervención de comunicaciones a presos integrante de una organización armada:

“El Tribunal Constitucional ha venido exigiendo que al adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones se determine el período temporal de su vigencia, aunque para ello no sea estrictamente necesario fijar un fecha concreta de finalización, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención. El acuerdo puede, pues, en determinadas circunstancias sustituir la fijación de la fecha por la especificación de esa circunstancia, cuya desaparición pondría de manifiesto que la medida habría dejado de ser necesaria.

“El dato de la pertenencia a una concreta organización de la que consta que ha atentado reiteradamente contra la seguridad de las prisiones y contra la vida y la libertad de sus funcionarios supone en este caso una individualización suficiente de las circunstancias que justifican la medida, ya que se conoce suficientemente el rasgo concreto de esta organización que, en efecto, puede poner en peligro la seguridad y el buen orden del Centro. Como se ha dicho anteriormente, individualizar las circunstancias que explican por qué la medida es necesaria para alcanzar el fin legítimo que se propone no significa que deban concretarse unas circunstancias exclusivas y excluyentes del penado. Esas circunstancias justificativas las puede compartir con los miembros de un determinado grupo y cuando, como en el presente caso, esto es así, basta para justificar la medida hacer referencia explícita, o implícita pero incontrovertible, a esta circunstancia común al grupo en cuanto le es aplicable individualmente. No se justifica, pues, la intervención por el tipo de delito cometido, ni siquiera por la pertenencia a un grupo terrorista, sino, más concretamente, porque ese grupo ha llevado y continúa llevando a cabo acciones concretas que efectivamente ponen en peligro la seguridad y orden en los Centros. Se

individualiza, pues, la circunstancia común a los miembros del grupo que justifica la medida al concurrir en uno de sus componentes”.

Lo cierto es que, desde un punto de vista técnico, la postura del Ministerio Fiscal parece más ajustada a la doctrina general del Tribunal que la contenida en esta sentencia. La desestimación del amparo supone que se acepta la limitación de las comunicaciones bien por la existencia actual de ETA, cuestión que no depende por completo del penado, bien por la falta de constancia de la ruptura del preso con dicha organización, lo que obliga al preso a manifestarse expresamente contra sus propias ideas, para poder ejercer un derecho.

La sentencia del Tribunal Constitucional 200/97 de 24 de noviembre reitera la doctrina de la 175/97 de 27 de octubre, en cuanto al marco normativo constitucional y la finalidad de las comunicaciones, así como en lo que se refiere a presupuestos y requisitos para su intervención.

El recurso fue formalizado por el Ministerio Fiscal, que alegó la vulneración, entre otros, del derecho a la intimidad personal y familiar y del derecho al secreto de las comunicaciones. En sus alegaciones señalaba que la intervención de las comunicaciones no había sido debidamente individualizada y que carecía de límite temporal.

El Tribunal, que desestima el recurso, al responder a las alegaciones del Ministerio Fiscal, adapta su doctrina al caso concreto de los miembros de organizaciones armadas.

Así, aclara que “ha venido exigiendo que al adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones se determine el período temporal de su vigencia, aunque para ello no sea estrictamente necesario fijar un fecha concreta de finalización, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención. El acuerdo puede, pues, en determinadas circunstancias sustituir la fijación de la fecha por la especificación de esa circunstancia, cuya desaparición pondría de manifiesto que la medida habría dejado de ser necesaria.”.

Y en cuanto a la individualización de la medida el Tribunal indica que “el dato de la pertenencia a una concreta organización de la que consta que ha atentado reiteradamente contra la seguridad de las prisiones y contra la vida y la libertad de sus funcionarios supone en este caso una individualización suficiente de las circunstancias que justifican la medida, ya que se conoce suficientemente el rasgo concreto de esta organización que, en efecto, puede poner en peligro la seguridad y el buen orden del Centro. Como se ha dicho anteriormente, individualizar las circunstancias que explican por qué la medida es necesaria para alcanzar el fin legítimo que se propone no significa que deban concretarse unas circunstancias exclusivas y excluyentes del penado. Esas circunstancias justificativas las puede compartir con los miembros de un determinado grupo y cuando, como en el presente caso, esto es así, basta para justificar la medida hacer referencia explícita, o implícita pero incontrovertible, a esta circunstancia común al grupo en cuanto le es aplicable individualmente. No se justifica, pues, la intervención por el tipo de delito cometido, ni siquiera por la pertenencia a un grupo terrorista, sino, más concretamente, porque ese grupo ha llevado y continúa llevando a cabo acciones concretas que efectivamente ponen en peligro la seguridad y orden en los Centros. Se individualiza, pues, la circunstancia común a los miembros del grupo que justifica la medida al concurrir en uno de sus componentes”.

Lo cierto es que, desde un punto de vista técnico, la postura del Ministerio Fiscal parece más ajustada a la doctrina general del Tribunal que la contenida en esta sentencia. La desestimación del amparo supone que se acepta la limitación de las comunicaciones bien por la existencia actual de ETA, cuestión que no depende por completo del penado, bien por la falta de constancia de la ruptura del preso con dicha organización, lo que obliga al interno a manifestarse expresamente contra sus propias ideas, aunque estas puedan ser calificadas como delictivas, para poder ejercer un derecho. Por su parte, la Audiencia Provincial en relación con las intervenciones a presos pertenecientes a organizaciones armadas ha expuesto en su Auto 1164/97 de fecha 20 de noviembre de 1997:

“El interno está en prisión por delito de colaboración con banda armada. La Dirección de la prisión acuerda la intervención de las comunicaciones en base al riesgo de utilización de las mismas como vía de información sobre funcionarios e instalaciones que pueden poner en peligro la seguridad del Establecimiento y la vida de las personas. Aunque el razonamiento es relativamente genérico no cabe duda de que el riesgo contra el que previenen la resolución administrativa es grave y de que, desdichadamente, existen precedentes de actuaciones contra funcionarios de establecimientos penitenciarios atribuidos a la Organización en la afirma estar integrado el interno. Ciertamente podría la Administración haber concretado algo más la sospecha sobre esa posible utilización de la correspondencia pero tampoco puede exigirse que asuma el peligro de la inacción, ni presumirse sin más que las sospechas carecen que todo fundamento. En consecuencia se rechaza el recurso en lo relativo a la intervención de las comunicaciones”.

14. Comunicación en lengua propia. Prohibición del euskera en las comunicaciones telefónicas con familiares, vulnera el derecho a la intimidad familiar. Sentencia del Tribunal Constitucional 201/97 de 25 de noviembre:

“Las limitaciones diseñadas por la propia de la Ley Orgánica General Penitenciaria (artículo 51.1), o sea, las restricciones ‘impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento’ no son aplicables a las comunicaciones telefónicas de un interno con su familia, en la lengua propia, nacional o extranjera, salvo que se razone, al conceder la autorización condicionada, que el uso de una lengua desconocida por los funcionarios del establecimiento puede atentar a algún interés constitucionalmente protegido.

“El encontrarse el recluso clasificado en primer grado de tratamiento no compone per se, una peligrosidad indiscutible para los principios de seguridad y buen orden. Y la reglamentaria presencia de un funcionario no puede convertirse (con las pertinentes excepciones que han de quedar razonablemente plasmadas en el acto de autorización condicionado de denegación) en un fundamento jurídico para prohibir las comunicaciones familiares en la lengua propia de cada uno, cuya celebración es tutelada con el máximo respeto a la intimidad de los reclusos, por la de la Ley Orgánica General Penitenciaria (artículo 51.1, párrafo segundo).

En esta misma línea se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid en varias resoluciones. Así, los Autos 1276/97 de 15 de diciembre de 1997 y 229/98 de fecha 27 de febrero de 1998 exponen:

“No cabe negar el derecho de toda persona a comunicarse en su lengua; no cabe, por tanto, denegar al interno su derecho a hablar por teléfono en euskera. Así lo establece de forma expresa el artículo 51 de la Ley General Penitenciaria cuando dice:

‘Los internos tienen derecho a comunicarse periódicamente de forma oral y escrita en su propia lengua’. Y así, habría de afirmarse aún sin esta expresa disposición legal, pues la negación del derecho de hablar por teléfono en la lengua propia equivaldría en ocasiones a la del propio derecho a comunicarse.

“Quizá por ello el Centro Penitenciario no niega el derecho, si bien el efecto es el mismo: el recurrente no puede hablar en su lengua porque el centro, según su informe, no dispone de intérprete que controle la eficacia de la medida de intervención de las comunicaciones de aquel. Y esta es la misma razón, bajo la formulación jurídica de derecho de ‘aplicación progresiva’, que se expone en el auto.

“El recurso debe ser estimado, porque la aplicación progresiva de algunos derechos no puede ser una razón válida siempre. El Tribunal Constitucional aplicó esta calificación en 1987. No se puede utilizar todavía. El tiempo transcurrido es más que suficiente para que la Administración tenga los medios materiales y personales necesarios a fin de que la comunicación oral pueda realizarse en la lengua propia y al tiempo ser intervenida.

“Por lo tanto, el recurso debe prosperar y, en consecuencia, el Centro Penitenciario debe posibilitar la comunicación del recurrente en euskera. El Tribunal desconoce si la invocada falta de medios es real. No obstante, conviene recordar que las comunicaciones escritas en lengua propia son traducidas cuando están intervenidas. En definitiva, el Centro Penitenciario ha de poner todos los medios a su alcance para que el derecho de los internos a comunicarse en su lengua propia sea un derecho efectivo y no quede en una bella proclamación legal”.

El mismo criterio se contiene en el Auto 465/98 de 28 de abril de 1998:

“Plantean los recurrentes diferentes motivos de queja, resueltos en instancia, por auto de fecha 8 de noviembre de 1996, auto que se ha de ratificar en esta instancia en cuanto afecta a los siguientes motivos: determinación de los horarios y días para las comunicaciones, tramitación derivada de la medida de intervención de las comunicaciones escritas; comunicaciones con amigos, horario de las mismas y comunicaciones en fines de semana, todas ellas por estimar ajustado a derecho el razonamiento empleado por el Juez de Instancia, ya que al tratar sobre asuntos en los que es competente el órgano penitenciario, siempre que no se vulneren derechos que afectan a la generalidad de la población reclusa, es discrecional de dicho órgano la forma de regir la vida en el interior del centro, y de las quejas expuestas, el reconocimiento de las peticiones de los recurrentes iría en perjuicio de otros reclusos.

“No se ha de seguir el mismo criterio respecto al derecho de los recurrentes a comunicarse telefónicamente en su lengua vernácula (euskera), por cuanto, como ya tiene establecido esta Sala, no cabe negar el derecho de toda persona a comunicarse en su lengua; no cabe, por tanto, denegar al interno su derecho a hablar por teléfono en euskera. Así lo establece de forma expresa el artículo 51 de LGP, y así habría de afirmarse, aún sin esta expresa disposición legal, pues la negación del derecho de hablar por teléfono en la propia lengua equivaldría, en ocasiones, a la del propio derecho a comunicarse. El recurso debe ser estimado, pues el tiempo transcurrido es más que

suficiente para que la Administración tenga los medios materiales y personales necesarios a fin de que la comunicación oral pueda realizarse en lengua propia, y al tiempo ser intervenida, convirtiéndose así en un derecho efectivo, y no quedándose en una bella proclamación legal”.

15. Comunicaciones escritas con abogado. Garantías del artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Sentencia del Tribunal Constitucional 58/98 de 16 de marzo:

“Así, puede, y constitucionalmente debe, entenderse que el sistema de garantías reforzadas para la intervención del artículo 51.2 Ley Orgánica General Penitenciaria comprende las comunicaciones escritas, del tipo que sean, entre preso y Abogado y que la alusión de dicho apartado a la ‘celebración de departamentos apropiados’ no supone una exclusión de las comunicaciones escritas sino una mera especificación del modo en que deben celebrarse las orales”.

Por tanto, la intervención administrativa vulneró los derechos al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución) y a la defensa (artículo 24.2 de la Constitución):

“El hondo detrimento que sufre el derecho de defensa a raíz de este tipo de intervenciones, se basa en la peculiar trascendencia instrumental que tiene el ejercicio de este derecho para quien se encuentra privado de libertad y pretende combatir jurídicamente dicha situación o las condiciones en las que se desarrolla. Que dicho detrimento se produce por la intervención de las comunicaciones del preso con el Abogado y por el hecho de que dicha intervención sea administrativa, es algo tan ostensible que no requiere especiales esfuerzos argumentativos, a la vista tanto de la importancia que el secreto de tales comunicaciones tiene para el adecuado diseño de la estrategia defensiva (como subraya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 28 de junio de 1984 -caso Campbell y Fell contra Reino Unido-, párrafos 111 y ss; y de 25 de marzo de 1992 -caso Campbell contra el Reino Unido-, párrafos 46 y s.), lo que demanda las máximas garantías para su limitación, como del hecho de que su objeto puede ser la propia atribución de infracciones penales o administrativas en la Administración Penitenciaria.

“Por lo demás, debemos advertir, de acuerdo con jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 25 de marzo de 1992, caso Campbell contra el Reino Unido, párrafo 50) y frente a lo que alega el Fiscal, que el peculiar detrimento del derecho de defensa que se deriva de la intervención administrativa de la correspondencia no queda suficientemente paliado por el hecho de que el interno y su Abogado puedan siempre someter sus comunicaciones al régimen de mayores garantías de la comunicación oral presencial, pues será frecuente que dicho tipo de comunicaciones sea de imposible o costosa realización por la distancia que pueda separar el establecimiento penitenciario del lugar en el que el Abogado tiene su despacho profesional”.

16. La prohibición de comunicar con persona que estuvo presa por colaboración con ETA

y resultó absuelta no es ajustada a derecho:

“Aún cuando la Junta de Tratamiento y la Dirección del Centro tuvieran fundados temores de que el permitir a la interna tener comunicación con [...] pudiese entrañar un peligro para la seguridad del Centro y sus funcionarios, dada la pertenencia de dicha

interna a la organización terrorista ETA y a la consideración de ex-presos de la misma organización del amigo mencionado, es lo cierto que esta última persona no pertenece a dicha organización y resultó absuelto, en virtud de sentencia firme, de tal posibilidad. El querer mantener que a pesar de ello, y de la fundamentación jurídica de dicha resolución sobreentender, que quedan dudas al respecto, invierte el principio de presunción de inocencia; lo que nuestras normas constitucionales no permiten. En consecuencia no hay inconveniente en acceder a la queja de la interna, sin perjuicio de la aplicación de las normas de control que el Centro adopte en todos los casos de comunicación de internos, con personas del exterior" (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 734/98 de fecha 11 de junio de 1998).

DEFENSA:

1. El derecho de defensa:

Según las sentencias del Tribunal Supremo de 12 abril y 18 de octubre de 1993 "el derecho de defensa es un derecho sagrado, quizás el más sagrado de todos los derechos en la justicia". Pero una serie de medidas legislativas restrictivas -seguidas de prácticas aún peores- que se iniciaron, en principio sólo en materia antiterrorista y con carácter excepcional, han acabado por generalizarse.

El viejo horario de visitas del abogado, basado en el principio "de sol a sol" también ha desaparecido, y en su virtud todo hay que fiarlo a inescrutables normas interiores o a la disponibilidad de personal en ese momento, si se trata de fines de semana.

Aunque pretenda comunicar con dos defendidos de una misma causa, la prisión suele obligar a comunicar por separado con cada uno de ellos, con lo que se pierde más tiempo y se obstaculiza la defensa, al no poder concertar simultáneamente las defensas de todos ellos.

En sus visitas, el letrado, amén de su carnet profesional, de identidad y "volante" para la prisión, tiene que proveerse, además, de un certificado del tribunal competente (art.101-1 del Reglamento de Prisiones) y de un "saluda" cuando la cárcel en la que se encuentra el preso no radica en la misma circunscripción del Colegio al que pertenece el abogado.

Pese a las prescripciones legales y reglamentarias, los locutorios de abogados no son lo que eran; también desaparecieron aquellos locutorios en que el abogado podía estrechar la mano de su cliente o intercambiar documentos sin intermediarios. Hoy las cabinas habilitadas para las conversaciones profesionales no difieren en nada de cualesquiera otras. Pese a que el art.51-2 de la Ley General de Prisiones determina que las entrevistas con el abogado defensor se celebrarán en "departamentos apropiados" (el art.101-1 del Reglamento habla de "locutorios especiales"), en realidad la nueva arquitectura penitenciaria cerró los que ya existían, imponiendo gruesos vidrios que impiden tanto la audición como la propia visión y conocimiento del cliente, de manera que es difícil que en tales condiciones pueda establecerse entre ambos, abogado y defendido, una verdadera relación de confianza. Gestiones profesionales tan sencillas como la firma de un escrito o la exhibición de un documento deben practicarse por medio de un funcionario, lo que anula cualquier atisbo de secreto o intimidad entre el abogado y su defendido.

2. Los fundamentos básicos de la defensa técnica:

El derecho de defensa no es, "stricto sensu", un derecho subjetivo renunciabile; no concierne únicamente a su beneficiario, sino que es una institución inherente al proceso penal desde sus mismos comienzos, una condición de la propia validez del proceso cuya observancia interesa a toda la sociedad en su conjunto: "La designación del Abogado no sólo interesa al propio imputado, sino a la sociedad entera y muy especialmente al órgano jurisdiccional". Como ha expuesto la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de noviembre de 1992 "la asistencia letrada no es renunciabile salvo en los casos de hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico".

Es también un derecho original por cuanto se compone de un binomio integrado por la autodefensa o defensa material, y la heterodefensa o defensa técnica, y ambos componentes deben ir encaminados hacia un mismo fin, hacia un mismo objetivo, deben ser coincidentes, en definitiva. La doctrina ha hablado del abogado como un "alter ego" procesal (Vargha), así como del "ejercicio unitario" de un mismo derecho por dos personas distintas (Moreno Catena). Naturalmente tal coincidencia comporta la discusión, el diálogo, el intercambio entre ambas partes, que debe quedar expedito y no sujeto a obstáculos, trabas o impedimentos de ninguna clase, pues de lo contrario ambas defensas no coincidirían, que es lo mismo que afirmar, que no existiría defensa alguna.

3. La asistencia técnica en los supuestos en que basta legalmente la autodefensa:

El debido equilibrio entre las partes, el derecho a un proceso con todas las garantías que se refiere la Constitución vigente, entre las que se encuentra la de contradicción. El derecho a un proceso con todas las garantías, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1987, tiene por objeto "asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión". En esta misma sentencia, el Tribunal Constitucional indica con claridad: "El hecho de poder comparecer personalmente ante un Juez o Tribunal no es causa de que haga decaer ese derecho de asistencia letrada, pues el cumplimiento de los presupuestos de validez de los actos procesales no basta necesariamente para satisfacer las exigencias de un derecho fundamental garantizado por la Constitución". Y más adelante añade este Tribunal: "La negación del derecho a la asistencia letrada gratuita en un proceso que permite la comparecencia personal, sólo constituirá vulneración constitucional si la autodefensa ejercitada por aquel a quien se niega el derecho se manifiesta incapaz de compensar la ausencia de abogado que lo defiende y, por lo tanto, de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el proceso, lo cual será determinable, en cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa".

A diferencia de una de las partes, que acude asistida de letrado, la otra no tiene asistencia letrada en el acto de juicio oral, no pudieron contestar a la demanda, oponer excepciones o efectuar alegaciones en apoyo de sus pretensiones y, lo que resulta aún más grave, no puede proponer prueba. Por tanto no es sólo el derecho de defensa lo que

aparece conculcado, sino otros principios constitucionales directamente conectados al mismo, como el derecho a valerse de todos los medios de prueba que sean pertinentes, al proceso debido, a la contradicción, etc.

4. La libre designación de abogado defensor:

Las relaciones y comunicaciones entre abogado e imputado, no solamente deben encontrarse libres de obstáculos, sino que deben reunir dos requisitos imprescindibles:

a) deben inspirarse en la confianza mutua, para lo cual el imputado debe poder elegir al profesional que estime mejor para la defensa de sus intereses

b) deben permanecer secretas y reservadas entre ambos, de modo que no puedan ser utilizadas contra el cliente las conversaciones entabladas entre ambos.

En efecto, es un principio general del Derecho que la asistencia y defensa deben ser prestadas por quien libremente elija y designe el interesado. Así, un viejo principio de la jurisprudencia francesa afirmaba que "La asistencia no es nada, la designación lo es todo".

La asistencia y defensa letradas deben prestarse por un letrado de libre elección, según disponen los arts.6-3 del Convenio de Roma y el 14-3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York. El primero de ellos se refiere expresamente también al derecho a "comunicarse con un defensor de su elección", en tanto que el segundo reconoce el derecho a obtener "las facilidades necesarias para la preparación de su defensa".

Se trata de normas de ineludible aplicación. El art.10-1 de la Constitución califica de "inviolables" estos derechos. Además, el contenido de los arts. 17-3 y 24 de la Constitución debe interpretarse, por imperativo del propio art.10-2 de la norma fundamental, a tenor de ambos preceptos de Derecho Internacional que, en virtud del art.27 del Tratado de Viena de 21 de mayo de 1969, no pueden ser desconocidos aduciendo normas de Derecho meramente interno. Según esta disposición, "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Y lo mismo determina el art.96-1 de la Constitución: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional".

También el Tribunal Constitucional en la sentencia de 24 de julio de 1981 inicialmente lo había interpretado de ese modo, al afirmar claramente que "el derecho a la defensa y asistencia de letrado, consagrado en el art.24-2 de la Constitución, interpretado de acuerdo con los textos internacionales mencionados, comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa".

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Resolución 1989/64 hizo suyas las recomendaciones de la Reunión Preparatoria del VIII Congreso de las

Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, aprobando los principios Básicos acerca de la Función de los Abogados con arreglo a la Resolución 1990/23 del referido Consejo de fecha 24 de mayo de 1990, cuyo art.1 dice: "Toda persona está facultada a recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y exponga sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal". Y el art.4 reitera: "Los gobiernos velarán porque la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito o arrestadas o detenidas de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección". En idéntico sentido se expresa el artículo siguiente.

Por su parte, la Norma Deontológica 1.7 aprobada por la Asamblea de Decanos de los Colegios de Abogados de 29 de mayo de 1987 dice igualmente que "el cliente elige libremente a su Abogado y, todo Abogado tiene el deber de facilitar el ejercicio de este derecho". Y la Norma 6.2 por su parte, establece: "La relación del Abogado con el cliente tiene que fundarse en una recíproca confianza".

Si se impone un abogado desconocido para el inculcado, la defensa no es nada. La relación profesional abogado-defendido es personalísima y no puede ser sustituida, asimilada o confundida con situaciones ajenas y extrañas a los conceptos de asistencia letrada y de defensa, que se llamarán con el nombre que se quiera, pero que no son asistencia ni defensa, sino algo muy distinto. Como ha expuesto la sentencia del Tribunal Constitucional de 180/90 de 15 de noviembre, "la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia letrada gratuita no se satisface por el simple nombramiento o designación de Abogado del turno de oficio, pues dicho precepto del Convenio [se refiere al art.6-3 c) del Convenio de Roma] no habla de 'nombramiento' sino de 'asistencia' expresión idéntica a la del art.24.2 C.E. de donde se infiere que lo que la norma constitucional dispone es que el acusado tenga derecho a gozar de una 'asistencia técnica' ya que si se interpreta de una manera formal y restrictiva 'la asistencia judicial gratuita' tendría el riesgo de revelarse como una palabra vacía en más de una ocasión".

Esta es la situación que se engendra en las incomunicaciones en virtud del art.527 a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según redacción de 1983: absoluta ausencia de asistencia y defensa desde un principio, pese al nombramiento nominal, retórico o formal de un abogado de oficio.

*5. La incomunicación de los detenidos y presos:

La asistencia y defensa comportan y exigen el consejo (art.8 del Real Decreto 2090/82 de 24 de julio, Estatuto General de la Abogacía), el asesoramiento, la información técnica acerca de las consecuencias que puede acarrear una u otra conducta. La distinción entre la mera "presencia" y la verdadera asistencia letrada radica aquí: en que el acto inmediatamente posterior a una imputación debe ser el asesoramiento de un letrado de confianza. Para cumplimentar una mera presencia no es necesario un abogado; para la asistencia sí.

Si ese consejo no proviene de alguien cercano en quien el inculcado confíe, no es nada; podrá ser correcto, válido y eficaz, pero al no dimanar de un letrado de confianza, no producirá en el ánimo del inculcado, esa seguridad jurídica, esa previsibilidad acerca de las consecuencias de su comportamiento, por lo que resultará inocuo. No hay defensa ni

asistencia letrada si el abogado no es de libre designación del inculpa-do: no cabe otra interpretación de los arts.17-3 y 24 de la Constitución.

La Norma Deontológica 1.5 también determina que "la confidencia y la confianza son esenciales características de las relaciones del Abogado con sus clientes, colegas y Tribunales, que imponen el derecho y deber del secreto profesional, que habrá de guardar de todos los hechos y noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional y no pudiendo ser obligado a declarar sobre los mismos".

La confianza y la confidencia son, pues, dos requisitos inseparables del asesoramiento técnico del abogado defensor, forman parte del "núcleo esencial" del derecho de defensa y no concurren cuando se impone un abogado que no aporta al justicia-ble la intimidad imprescindible para que haya una comunicación recíproca entre ambos que, además, debe quedar reservada, pues de lo contrario, no se manifestaría: quedaría coartada, limitada y cercenada, lo que significa una mutilación de la propia asisten-cia letrada. El apartado 2.3.1 del Código Deontológi-co aprobado por el CCBE (Colegios de Abogados de la Comunidad Europea) el 28 de octubre de 1988 confirma que "forma parte de la naturaleza misma de la misión del Abogado que este sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confiden-ciales".

Es por ello evidente que al decretar la incomunicación se incurre en infracción de los arts.17-3 y 24 de la Constitución y, más en concreto, se anula el derecho de defensa en el momento de las declaraciones ante la policía y ante el juzgado al imponer un abogado no elegido, y se infringe el derecho a un proceso con todas las garantías. En contradicción con el art.527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, más conforme con la normativa internacional, el art.440 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 dispone: "Las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores", autorizando exclusivamente la designación de oficio "a quien lo solicite o se niegue a nombrarlo".

Pero la incomunicación no sólo anula el derecho de defensa, sino que además implica más consecuencias adicionales, como ha expuesto Gómez Colomer: "Limitando de este modo el derecho de defensa se persigue igualmente evitar que exista o se mantenga la connivencia delictiva, es decir, impedir que el Abogado de confianza del incomunicado (generalmente un sospechoso de haber cometido un delito de terrorismo) al que la ley supone afinidad ideológica, pueda planificar, concretar o incluso cometer otros delitos con su cliente". Desaparece, por tanto, la presunción de inocencia, no ya sólo para el detenido, sino también para el abogado que pueda designar, y es difícil que ningún profesional medianamente digno pueda admitir semejantes sospechas, antes siquiera de haber comenzado su labor . Se trata de una medida preventiva y no sancionadora de comporta-mien-tos anteriores tipificados: se trata de impedir un riesgo indefinido, de reaccionar por simple sospecha de que pudiera cometerse un delito.

Por otro lado, y contra lo que pueda parecer a primera vista, la medida no se dirige contra ningún abogado ni grupo de abogados en concreto, sino contra toda la profesión en general, a diferencia de la República Federal de Alemania, donde se puede excluir de la defensa a un abogado en particular. En España se prohíbe la intervención de cualquier abogado que pudiera designar el detenido, por lo que se inconstitucionalidad es

evidente, a pesar de la sentencia 199/87 de 11 de diciembre del Tribunal Constitucional que no lo entendió así.

La Constitución no ha establecido en este punto una norma en blanco que habilite al legislador para que establezca la modalidad de designación de abogado que estime oportuna. Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1987 no puede ser más desacertada. La propia situación de incomunicación impide recurrir el auto de incomunicación, no solamente por la ausencia de abogado de libre elección, sino también porque desconoce en absoluto las razones de hecho y de derecho sobre las que se fundamenta dicha incomunicación, por lo que se le impide argumentar debidamente contra el mismo. Baste recordar que el art.408 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice lo siguiente: "No se leerán al procesado los fundamentos del auto de incomunicación cuando le fuere notificado, ni se le dará copia de ellos".

F.I.E.S: (fichero interno especial seguimiento).

1. Concepto y regulación:

El fichero de internos de especial seguimiento (FIES) es un instrumento utilizado por la administración penitenciaria con diversos y cuestionables objetivos de control. Inicialmente fue creado y desarrollado por las Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 6 de marzo de 1991, 28 de mayo de 1991 y 28 de febrero de 1995 (I. 8/95). Tras la entrada en vigor del nuevo Reglamento Penitenciario (R.D. 190/1996 de 9 de febrero), y en virtud de la D.T. 4ª del REGLAMENTO PENITENCIARIO, se procedió a la refundición, armonización y adecuación de las Circulares, Instrucciones y Ordenes de servicio que existían hasta la fecha. A los fines que estamos tratando se dictó la Instrucción 21/96 que dejó sin efecto las anteriores normas administrativas que regulaban el fichero de internos de especial seguimiento.

El fichero incluye distintos grupos en atención a los delitos cometidos, repercusión social de los mismos, pertenencia a bandas organizadas y criminales, peligrosidad, u otros factores. A estos efectos existe la siguiente clasificación:

* FIES-1 (Control Directo).

En este fichero se incluyen las personas especialmente peligrosas y conflictivas, protagonistas e inductoras de alteraciones regimentales muy graves que hayan puesto en peligro la vida o la integridad física de los funcionarios, autoridades, otros internos o personal de la institución, tanto dentro como fuera de la cárcel, con ocasión de salidas para traslados, diligencias u otros motivos.

* FIES-2 (Narcotraficantes).

Se incluyen aquellas personas, preventivas o penadas, presuntas o autoras de delitos contra la salud pública (tráfico de drogas o estupefacientes) u otros delitos íntimamente ligados a éstos (evasión de divisas, blanqueo de dinero...) cometidos por grupos organizados nacionales o extranjeros, y aquellos que, a través de informes de las fuerzas de seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos.

* FIES-3 (Bandas Armadas).

Se incluyen todas aquellas personas ingresadas en prisión por vinculación a bandas armadas o elementos terroristas, y aquellos que, a través de informes de las fuerzas de seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos.

* FIES-4 (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de I.I.P.P.).

Se incluyen los que pertenecen o han pertenecido a este colectivo profesional, cuya integridad física y seguridad es preciso proteger conforme a lo previsto en el artículo 8 de las L.O. de las F.C.S.E)

* FIES-5 (Características Especiales).

Se incluyen diversos subgrupos de personas. Temporalmente, aquellas que evolucionan de forma muy positiva en el colectivo Régimen Especial. Aquellas, que vinculadas a la delincuencia común de carácter internacional, sean autoras o presuntamente responsables de delitos extraordinariamente violentos contra la libertad sexual, que además hayan causado gran alarma social. Finalmente, también quedan incluidos los reclusos ingresados por negarse a realizar el servicio militar o rehusaren a realizar la prestación social sustitutoria.

2. Objetivos y mecanismos de control

Estos ficheros, según la Instrucción que lo regula, están dirigidos a "disponer de una amplia información de determinados grupos de internos por el delito cometido, su trayectoria penitenciaria, su integración en formas de criminalidad organizada... que permita conocer sus intervenciones y una adecuada gestión regimental, ejerciendo un control adecuado frente a fórmulas delictivas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario....desarrollo con más eficacia de las funciones que legalmente le corresponde... con el objeto de prevenir incidentes en los centros".

Para la consecución de estos objetivos el fichero almacena una serie de datos: filiación, penales, procesales, penitenciarios, incidencias protagonizadas, actividad delictiva y comunicaciones con el exterior. Para la obtención de estos datos se exige, de forma inevitable, la existencia de una serie de mecanismos y prácticas controladoras; de ellas no se hace mención alguna en la Instrucción, pero constituyen la base para realizar el reproche de vulneración de derechos que posteriormente describiremos.

Por otro lado, con el objetivo de que todos los mecanismos de control que se ejercen desde la administración carcelaria sobre las personas incluidas en este fichero aparezcan formalmente ajustados a la legislación constitucional y penitenciaria, la Instrucción dispone que "los datos FIES tienen un carácter puramente administrativo". Asimismo, se hace una invocación concreta a que "en ningún caso la inclusión en el FIES prejuzga la clasificación, veta el derecho al tratamiento de los internos, ni supone una vida regimental distinta de aquella que venga reglamentariamente determinada".

Como ocurre en otras parcelas del ordenamiento penitenciario, con la simple indicación formal de que el control realizado no vulnera en ningún caso la legalidad existente, se quiere esconder y suplantar la realidad. Estamos ante una situación de intento de construcción ficticia de una realidad, para "hacer ver, lo que de ninguna manera es". Esta "maniobra" normativa realizada por el legislador penitenciario (Dirección General

de Instituciones penitenciarias) es tan visible y clara que no consigue los efectos que pretende de camuflaje de la ilegalidad que pretende, aunque amparándose en esta realidad ficticia que se dispone en la Instrucción, algunos Jueces de Vigilancia no han accedido a excluir del fichero a determinadas personas. En cambio, a otros Jueces, tal situación no se les ha pasado por alto y han declarado en sus resoluciones la ilegalidad del fichero.

Las afirmaciones que estamos vertiendo en estas líneas son fáciles de comprobar con una minuciosa lectura de los mecanismos de control a los que se somete a los presos. Para ello hay que utilizar, como elemento interpretativo, no únicamente el sentido jurídico (que en ocasiones puede convertirse en "constructor de realidades virtuales"), sino principalmente el común. Estos criterios, junto a un conocimiento mínimo del funcionamiento de la institución carcelaria, llevaría a demostrar como el control administrativo somete a las personas que se encuentran en este fichero, negándoles absolutamente la intimidad, el tiempo y el espacio. Este control inevitablemente afecta a la clasificación, a los permisos, y al régimen de vida, por más que la normativa disponga lo contrario.

Los datos obtenidos deben ser remitidos por el director de cada cárcel a la Subdirección General de Gestión Penitenciaria, con indicación del Grupo F.I.E.S. al que pertenece el recluso. Estos datos son los siguientes:

- Propuestas de licenciamiento definitivo y acuerdos de conclusión de expediente de libertad condicional.

Se entiende que estos datos se obtienen para dos fines. Por una lado, para realizar un control posterior -cuando el preso esté libre-, lo que hace ilegal la obtención del dato y la posible intervención porque el objetivo del mismo no es la prevención de incidentes dentro de las cárceles. Por otro lado, la obtención del dato y la actividad de control puede incidir en la decisión de pronóstico final que emita la Junta de tratamiento y que figura en el expediente de libertad condicional antes de que sea elevado al Juez de Vigilancia. Nada impide que tras la comunicación a la Dirección General, el pronóstico pueda ser variado arbitrariamente, ya que ello no se puede controlar judicialmente.

- Excarcelaciones para traslado a otra cárcel u hospital.

- Ingreso procedente de un traslado, ya sea de tránsito o destino.

- Las modificaciones en su situación penal y procesal, así como las penitenciarias.

- Los acuerdos de los órganos colegiados y resoluciones de los órganos unipersonales (sanciones, cancelación, destinos, recompensas, intervención de las comunicaciones, propuestas de artículo 10, clasificaciones, grados)

- Comunicación con los letrados, indicando nombre de los mismos.

(No es legal el control a profesionales por parte de la administración penitenciaria).

- Cualquier incidente regimental incluso sospechas de que puedan protagonizarlo.

(Vulneración del derecho a la presunción de inocencia, toda vez que sobre esas sospechas pueden derivar

restricciones de derechos o un aumento de control).

- Participación en actividades programadas.
- Solicitudes de permisos de salida, antes de proceder a su estudio por parte del equipo técnico con indicación del domicilio donde fijaría su residencia.
(Estos datos son los que pueden influir subrepticamente en la denegación de los permisos para estas personas. Estar incluido en alguno de los ficheros es uno de los impedimentos, en la práctica, para la concesión de los permisos. Este criterio se maneja hábilmente en la Juntas de régimen, pero el dato no se refleja posteriormente en los acuerdos adoptados. Así el permiso se denegará por otros motivos: importancia del delito o trascendencia social, falta de consolidación de factores positivos, etc...).
- Autos o resoluciones de los Juzgado de Vigilancia o Audiencias que resuelvan quejas planteadas por estas personas, siempre que tengan alguna trascendencia para el régimen del establecimiento.
- Cualquier otra información de interés.

Respecto de los de FIES-1 (Control Directo) se remitirá los lunes de cada semana a la Subdirección de Seguridad la ficha de seguimiento personal y la información correspondiente.

En relación con los internos incluidos en FIES-2 y 3, cuando se trate de asuntos urgentes se informará telefónicamente al área de Intervención de Colectivos especiales de la subdirección General de Gestión Penitenciaria. Se entienden como asuntos urgentes los siguientes:

- Libertades, excarcelaciones, antes de que se produzcan las mismas; (no tienen ningún tipo de eficacia hacia la prevención de situaciones conflictivas en la cárcel).
- Autos u otras resoluciones judiciales que acuerden la clasificación o progresión a tercer grado.
- Fallecimientos.
- Agresiones o incidentes graves.
- Salidas de permiso antes de que se produzcan.
- Resoluciones judiciales que modifiquen el régimen de vida de las mismas.
- Consultas médicas. Cuando el interno solicite por facultativos ajenos a la institución se interesará igualmente, autorización de la Subdirección General de Sanidad penitenciaria y los datos personales del facultativo requerido.
(No parece ajustado a la legalidad el control del facultativo correspondiente).

Para narcotraficantes el control aumenta con los siguientes medios:

a) Destino a módulos o departamentos que cuenten con medidas de seguridad adecuadas, donde puedan controlarse la relación o el contacto con otros internos de su organización.

b) Control sobre estos, durante todas y cada una de las actividades que desarrollen:

- Comunicaciones familiares y con otras personas (con indicación semanal de las personas con las que comunica durante la semana, comunicaciones especiales vis a vis, familiares o de convivencia, indiciando el D.N.I. y parentesco de todas ellas. Mensualmente se debe remitir una relación de todas las comunicaciones, indicando D.N.I. y parentesco de todas las personas con las que se comunica, llamadas de teléfono, señalando el número y si es posible datos de la llamada. Asimismo comunicaciones escritas, aunque la mayoría las tiene intervenidas. Este medio de control para obtener la información vulnera el secreto de las comunicaciones al exigir el control de los comunicantes (cuando éstos son ciudadanos libres) y los datos de la llamada, sin previa declaración de intervención.

- Relaciones con los funcionarios.

- Relaciones con otros internos.

- Rol y capacidad de liderazgo.

- Relaciones y posibles vinculaciones con otros grupos.

- Control sobre el movimiento de sus cuentas de peculio, indagando el origen de sus aportaciones, así como las extracciones para otros internos y ex-internos.

- Cuando se valore la posibilidad de asignarle un destino, deberá cuidar que no sea de los de confianza, que no conlleve la realización de tareas en el exterior o tenga acceso a otros medios de comunicación.

- Ante salidas al exterior del departamento para realizar actividades culturales tienen que observar idénticas prevenciones.

- Durante la celebración de las comunicaciones con el exterior, se tendrán en cuenta las limitaciones y medidas de seguridad o control previstas en la ley.

- Periódicamente y por estrictas razones de seguridad serán cambiados de celda.

- Se potenciará respecto de ellos, las medidas de seguridad interior inmediatas (cacheos, recuentos, requisas) del artículo 65 DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO

Para el control de presos especialmente peligrosos y conflictivos se intensifican los mecanismos controladores, llegando, en sus consecuencias, hasta la negación absoluta de la intimidad y, por tanto, de la dignidad:

- Al menos dos veces por semana se requisarán todas y cada una de las dependencias de la cárcel y diariamente las que se consideren vulnerables por los internos que las albergan.
- Los que tengan aplicado el régimen cerrado y las que pasen por prescripción médica la mayor parte del día: inspecciones oculares periódicas.
- Datos diarios al Jefe de servicio sobre cacheos realizados (A DIARIO), actitudes, relaciones con otros internos, incidentes.(Esos datos se comunican diariamente a la Subdirección de seguridad)
- Cambios periódicos de celda.
- No pueden estar dos de presos FIES en una misma celda, ni situados en dos contiguas.
- Las rondas nocturnas deberán hacerse respetando la dignidad de la persona presa y las horas de descanso nocturno-. Tienen que llevarse a cabo con la periodicidad que se considere adecuada, en función de los distintos tipos de régimen FIES, en un intervalo no superior a una hora. Su realización y novedades que pudieran producirse, deberán ser registradas en un libro a tal fin, que se custodiará en la jefatura de servicios.

Nos sorprende que se establezca la necesidad de que se observe el respeto a la dignidad y las horas de descanso -descripción formal de que la práctica de control se hace conforme a la legalidad- y posteriormente se señale que los intervalos nunca serán superiores a una hora; ¿Qué entienden por dignidad los legisladores carcelarios? Esta situación supone la negación más absoluta de la intimidad: 21 horas en celda, si está clasificado en primer grado, cambios de celda continuos, cacheos diarios, y control nocturno cada hora. Como ya fundamentaremos más adelante esta situación supone la vulneración del derecho a la dignidad y a la intimidad.

En caso de que las comunicaciones estén intervenidas, las cartas, tanto de entrada como de salida se fotocopiarán todos los días, y se remitirán a la Coordinación de Seguridad. Existe una normativa interna que dispone que cuando transcurran más de 15 días sin que la Coordinación de Seguridad haya contestado se dé trámite a las mismas. Lo que quiere decir que las cartas se reciben al menos con 15 días de retraso sobre el día en que han llegado a prisión. Esta intervención, en la mayoría de los casos, es por tiempo indefinido. Se va renovando trimestral o mensualmente, aunque no haya existido novedad alguna durante el tiempo de la intervención.

Para poder comunicar con amigos por locutorio general, los presos FIES han de solicitar autorización que se cursa a través de la Coordinación de Seguridad (D.G.I.P.), en la que se indicarán nombre y apellidos, así como el D.N.I. Esta solicitud tarda en ser contestada entre mes y medio, y dos meses. Una vez recibida la contestación de la Coordinación de Seguridad, se les autoriza una comunicación durante un período de tres meses, y en caso de ser trasladados de cárcel, la autorización pierde la validez.

3. Razones de ilegalidad:

Frente a la regulación de este fichero, la interpretación de los conceptos normativos en su aplicación práctica a personas presas concretas nos permite concluir que la normativa que regula los FIES es ilegal. Ello, por varios razones:

Primera.- La modificación del status libertatis de la persona privada de libertad, que se concrete en un mayor seguimiento realizado a través de medios de control (cacheos, requisas, cambios de celda, información al centro Directivo antes de la concesión de permisos, excarcelaciones...), vulneración de los actos más íntimos (control visual continuo), de control a familiares, abogados, debe caer dentro del artículo 17 DE LA CONSTITUCIÓN y, por tanto, deben ser aplicables todas las garantías jurídico-procesales establecidas al efecto; entre ellas, el control judicial.

A este respecto, la normativa que regula los FIES obvia la necesaria petición de autorización judicial para aplicar lo que es un verdadero y propio régimen especial por sus fines, ya que se aplica a determinadas personas caracterizadas por la comisión de diferentes actos o hechos, imponiendo notables limitaciones y controles en su régimen de vida sin autorización ni seguimiento por el órgano judicial. En este sentido, y de forma analógica, la inclusión en el FIES debería hacerse con las mismas garantías que el traslado de penados a departamentos de régimen cerrado (artículo 95 DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO). Éste debe hacerse dando cuenta al Juez de Vigilancia, expresando en la resolución la posibilidad de recurso ante el órgano judicial (artículo 76.2 f. de la Ley Orgánica General Penitenciaria.) (JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA de Granada auto de 31.07.95).

Segunda.- La aplicación del régimen FIES supone una diferenciación de regímenes de vida, dentro del régimen cerrado o especial del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, con restricciones de derechos, no querida ni contemplada por el legislador. Las personas incluidas en el FIES-RE, ahora denominado Control Directo, tienen un régimen más severo que los internos de una misma clasificación de primer grado (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada, auto de 31.07.95). Con la aplicación de este régimen de vida se ignoran no sólo las consecuencias, sino también las causas de su inclusión en el mismo (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, auto de 10.08.95).

Por el contrario, tanto las autoridades administrativas como la instrucción que lo regula, mantienen que la inclusión en un FIES no afectará a la clasificación, ni al tratamiento, ni a la vida regimental. Pero ello resulta difícil de admitir. Por una razón muy sencilla: ¿cómo se puede lograr "el control adecuado" que demanda el régimen de vida del FIES?. Este control, como cualquier otro, exige "un especial seguimiento", y éste tiene que consistir necesariamente en una mayor vigilancia que afectará, al menos, a la situación regimental. Ello supondrá, una limitación, menoscabo o derogación pura y simple de derechos penitenciarios plasmados legal o reglamentariamente. Se han detectado por información de presos, traslados de módulos dentro de la misma prisión cada semana o cada quince días, traslados de prisión a prisión, intervención arbitraria de correspondencia, cacheos personales indiscriminados, aislamientos, vulneración de la intimidad, y consecuencias que se desconocen pero que de hecho se realizan en cuanto a progresiones/regresiones de grado, concesión/ denegación de permisos. Es evidente que le corresponde a la cárcel la prueba de que esto no es así en cada caso concreto puesto que es la autora del fichero y de la base legal en que se fundamenta (JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA 3 de Madrid, auto de 14.07.1995).

Puede argumentarse por la administración penitenciaria que a efectos de tratamiento y de seguridad la diferenciación en tres grados es insuficiente. Pero lo que no puede hacerse es crear un nuevo régimen de vida, utilizando una vía jerárquicamente insuficiente; más cuando, para solucionar esta situación, el Reglamento de 1996 establece en el artículo 100.2 un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado.

Tercera. En la creación y aplicación de esta normativa han prevalecido las exigencias del régimen sobre las de tratamiento. El tratamiento para estas personas incluidas en este fichero se convierte en algo puramente anecdótico. Se echa en falta un seguimiento puntual por el equipo de observación y tratamiento que valore su aplicación concreta y los resultados de la misma (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada auto 31.07.95).

Cuarta. El fichero carece de la mínima apoyatura legal o reglamentaria (autos de 22.03.95; 14.07.95; 02.11.1995 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº3 de Madrid). El FIES crea un nuevo régimen de vida no previsto legal ni reglamentariamente. Tampoco está previsto en alguna norma de revisión o abierta que pueda justificar su existencia. La relación de sujeción especial se concreta en la Ley y en el Reglamento, a través de tres grados de tratamiento -cerrado, ordinario y abierto-. No puede admitirse una subespecie de aquella relación, a modo de reduplicación de la sujeción, y por tanto no puede haber ninguna clasificación distinta de las previstas. Es más, la relación jurídica de sujeción especial no puede prolongar la "longa manus" administrativa hasta este extremo.

Esta situación vulnera abiertamente el principio de legalidad, que en materia penal es el principio rector y la garantía de los ciudadanos (sentencia del Tribunal Constitucional 78/1984). Esta vulneración del principio de legalidad en la fase de ejecución penal se concreta en la violación de varios preceptos constitucionales y legales (Código penal y Ley Orgánica General Penitenciaria). Entre ellos cabe reseñar:

1) Artículo 25.2. de la Constitución, que establece que el condenado a pena de prisión que estuviese 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.

2) Artículo 9.1 y 3. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

3) Artículo 3.2. del Código Penal: No 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.

4) Ley Organica General Penitenciaria. La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por ley, los reglamentos y las sentencias

judiciales. A este respecto el artículo 3 Ley Orgánica General Penitenciaria señala que 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, sin establecer diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición, o cualesquiera otra circunstancia de análoga naturaleza.

Si el Reglamento no puede innovar la Ley, ni contradecirla, ni limitarla, ni modificarla, no es legalmente posible que una instrucción pueda hacerlo. Con arreglo al artículo 18 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 y artículo 21 de la LRJAPyPAC, las circulares e instrucciones sólo pueden referirse a la organización interna de los servicios dependientes de los subsecretarios y Directores Generales. Este fichero, como señala el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid en su auto 08-08-1994, solamente puede tener eficacia ad intra de la propia administración penitenciaria, sin repercusión, ni formal ni material en el régimen, y mucho menos en el tratamiento penitenciario. Este carácter interno es lo que justifica que la eficacia de las circulares e instrucciones no esté condicionada a su publicación (artículo 37.10 de la LRJAP y PAC) como sucede con las leyes (artículo 2.1 del Código Civil) y con las disposiciones administrativas (artículo 52 de la LRJAPyPAC). Por ello, en la medida en que las repetidas circulares pretendieran alterar, matizar, o simplemente interpretar las disposiciones legales o reglamentarias de alcance general, podrían incurrir en nulidad (artículo 51 de la LRJAPyPAC), con mayor razón cuando incidieran sobre materias que, como las penas, gozan en nuestro ordenamiento de reserva de ley (artículo 26 LRJAEyPAC).

La instrucción 21/96, al regular los FIES, cumple todas las características que se exigen para otorgarle una naturaleza jurídica de reglamento encubierto, ya que crea un régimen nuevo, no previsto, ni en la Ley, ni en el Reglamento penitenciario. La instrucción constituye una auténtica regla imperativa nueva, una decisión de carácter general, acompañada de ciertas medidas de aplicación. Puede decirse, con todo rigor, que impone un determinado *modus vivendi* fuera de los estrictos confines de la relación de sujeción especial, ya que crea una subespecie de dicha relación por cuyo efecto se somete a los internos a sujeciones nuevas.

La relación de sujeción especial del interno en establecimiento penitenciario se concreta en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario, y no puede admitirse un tratamiento distinto de la ejecución de la privación de libertad sin una Ley Orgánica. Se trata de una exigencia del principio de legalidad penal. La reserva de ley en materia penal se extiende a la forma en que se ha de verificar la detención, la prisión y la ejecución de la privación de libertad.

Al tratarse de un auténtico reglamento encubierto, y no de una norma meramente interna dirigida a los subordinados en la jerarquía administrativa, precisa una autorización legal expresa para crearse, cosa que la instrucción 21/96 no posee, puesto que ha sido dictada en virtud de la DT 4 del REGLAMENTO PENITENCIARIO y exigencia que las primitivas circulares que implantaron el FIES tampoco cumplían.

Las Circulares e Instrucciones en sentido propio, carecen de valor reglamentario. Son meras normas internas que se dirigen a los subordinados en la jerarquía administrativa y no pueden producir efectos externos, sino que agotan su eficacia en el interior del "ordenamiento derivado" en que se producen (sentencias del Tribunal Supremo de

fechas 20 de diciembre de 1966 y 30 de junio de 1996, y sentencia del Tribunal Constitucional 102/1988 de 8 de junio). Esto significa:

a) Que no deben contradecir los principios que nutren el ordenamiento general del cual se deriva el ordenamiento administrativo derivado o subordinado en que se producen. Esto supone que no pueden innovar respecto de las leyes o reglamentos que interpretan, desarrollan o suplen. En este caso crean respecto de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario.

b) No poseen eficacia habilitante, esto es, no pueden crear "ex novo" potestades que incidan sobre la esfera jurídica de terceros. Por ello no pueden vincular a particulares, y tampoco a jueces y magistrados (sentencias del Tribunal Supremo de fechas 17 de febrero y 18 de noviembre de 1987).

c) Lo que tampoco pueden hacer es contradecir los principios en que se basa el ordenamiento constitucional, muy en concreto los que rigen la regulación del ejercicio de derechos fundamentales y su limitación.

Por todo ello, son normas que no precisan su publicación en el BOE (STS 31 de enero de 1967; STS 13 de diciembre de 1969; STS 5 de marzo de 1976; STS 9 de marzo de 1994; STC 150/1994 de 23 de mayo. La publicación en el BOE no afecta a la validez sino a la eficacia), y no necesitan para producirse una autorización legal distinta de la simple habilitación para emanar circulares e instrucciones que se confiere al órgano administrativo.

Sin embargo, en no pocas ocasiones, las circulares e instrucciones encubren verdaderos reglamentos, por lo que debe ser el contenido y el fin de la circular o instrucción el que determine su auténtica naturaleza jurídica.

¿Cómo identificar cuándo una Instrucción o circular encubre unos reglamentos? Se han dado tres notas en presencia de las cuales la instrucción debe ser considerada de naturaleza administrativa?:

a) Se someten a sujeciones nuevas a los administrados.

b) Comportan una decisión de carácter general seguida de simples medidas de aplicación.

c) Crean una nueva regla imperativa.

Aunque reúnan estas notas, si falta el requisito de publicación en el BOE la jurisprudencia les niega el valor reglamentario pero no las anula. Sólo cuando es imposible su acomodo, porque ha procedido a modificar el contenido de normas superiores, violando el principio de jerarquía normativa, se declara la nulidad de la misma (por ejemplo, la anulación que lleva a cabo la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 26 de mayo de 1976).

En el seno de las relaciones de sujeción especial, se reconoce que la Instrucción o circular encubre un reglamento cuando pretende establecer determinados modos de vida fuera de los estrictos confines de la relación de sujeción especial. Estas circulares

necesitan para producirse una AUTORIZACION LEGAL distinta de la simple habilitación para emanar este tipo de normas que se haya conferido a la autoridad administrativa competente.

Por tanto estamos ante una norma nula de pleno derecho, al vulnerar el principio de jerarquía normativa por carecer de habilitación legal (artículo 62.2 LRJPAC), impugnable, amén de otros modos de exclusión del interno del FIES, ante la jurisdicción contencioso-administrativa por virtud del artículo 39 de la LJCA.

Quinta.- La instrucción 21/96 es nula de pleno derecho al vulnerar los límites del derecho fundamental del artículo 17 de la Constitución.

El derecho a la libertad personal implica que no se pueden realizar privaciones o restricciones de la libertad ilegítimas o arbitrarias, ni imponer límites a las esferas de autonomía física del individuo que desconozcan el contenido esencial del derecho establecido en el artículo 17. DE LA CONSTITUCIÓN Esto es, que lo desnaturalicen, lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección.

La amplitud del derecho a la libertad, su relativa vaguedad e indeterminación y la pluralidad de supuestos a los que puede afectar hacen imposible una ley que regule o desarrolle el ejercicio del derecho. Por ello no cabe legislación de desarrollo en sentido estricto, sino que la forma en que la legislación afecta al derecho a la libertad y a la seguridad es característicamente negativa: afecta cuando prohíbe hacer algo o cuando, de cualquier forma, permite que se prive de libertad.

Efectivamente, la protección de la libertad personal se construye, sobre todo, a través de la interdicción de sus limitaciones no justificadas constitucionalmente.

Para examinar si las limitaciones de la libertad son constitucionalmente admisibles existe un doble test, basado en los requisitos de necesidad de la limitación y proporcionalidad en la misma:

A) La normativa restrictiva debe tener una finalidad constitucionalmente admisible o razonable (interés constitucional relevante) y la restricción de la libertad debe resultar necesaria para alcanzar dicha finalidad perseguida.

Examinemos si la instrucción 21/96 cumple, como normativa restrictiva de la libertad, ese requisito.

La instrucción justifica la necesidad de los FIES en el interés de la seguridad del centro penitenciario. Se trata de "disponer de una amplia información de determinados grupos de internos [...] ejerciendo un control adecuado frente a fórmulas delictivas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario (...) con el objeto de prevenir incidentes en los centros".

La instrucción también menciona el principio de eficacia de la administración (que puede considerarse también un interés constitucional relevante en virtud del artículo 103): "desarrollo con más eficacia de las funciones que legalmente le corresponden".

No puede mantenerse es que la normativa que regula los FIES sea necesaria para lograr dichos intereses. Ello por varios motivos:

1) Porque para la prevención de fórmulas delictivas altamente complejas existen ya regímenes de vida establecidos legalmente (ordinario y cerrado de primer grado) que provén la suficiente información y control para prevenir la comisión de delitos. En el apartado siguiente se determinará con exactitud los motivos de la abierta inutilidad del fichero.

Si aun así se argumentase que no es suficiente la diferenciación a los FIES, puesto que el Reglamento Penitenciario prevé en su artículo 100.2 un módulo de ejecución en que pueden combinarse aspectos característicos de los tres grados, cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que no pueda ser ejecutado de otra forma, respetando en su integridad el sistema de individualización científica en que se basa todo el ordenamiento penitenciario español.

Por tanto, la instrucción no justifica en absoluto su necesidad. Y es una justificación que resulta de todo punto necesaria para estimarla constitucionalmente válida, puesto que estamos en presencia de un derecho fundamental, y porque la normativa que examinamos rompe "sin explicaciones" uno de los pilares básicos del derecho penitenciario, que es el sistema de individualización científica.

2) Respecto del principio de eficacia en la administración penitenciaria debemos recordar que éste se orienta a conseguir los fines de la misma. El fin primordial de la administración penitenciaria consiste en la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad (artículo 1 Ley Orgánica General Penitenciaria). No cabe invocar el principio de eficacia si éste no se orienta a conseguir tal fin. Y los FIES no están en absoluto destinados a conseguir información para dar alternativas resocializadoras.

B) Proporcionalidad. Para que la norma limitadora de la libertad sea constitucionalmente admisible debe descansar también en un principio de proporcionalidad, lo que quiere decir que constitucionalmente se proclama la interdicción de la desproporción, el exceso, o la desmesura.

Es doctrina consolidada que quien limita el ejercicio de un derecho fundamental ostenta la carga de realizar un juicio de oportunidad que acredite la necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas, siendo inexcusable su motivación (sentencias del Tribunal Constitucional 52/1995 de 23 de febrero; 291/1993 de octubre y 62/1982 de 15 de octubre).

Este juicio de oportunidad, sopesando los intereses constitucionales en conflicto (seguridad y eficacia) con el derecho a la libertad, pese a que, como todo juicio de oportunidad, hubiera podido resultar discutible, resultaba necesario para estimar la constitucionalidad de la normativa restrictiva de la libertad, pero es que la instrucción ni siquiera lo ha realizado.

Podemos concluir que la normativa que regula los FIES no satisface el test de constitucionalidad, pues no demuestra su necesidad ni proporcionalidad en el cumplimiento de los intereses constitucionales en que dice justificarse.

Por tanto, además de nula de pleno derecho en el plano formal, por violar el principio de jerarquía en el sistema de producción normativa, es una norma inconstitucional en cuanto al fondo.

Sexta.- El FIES genera situaciones de desigualdad en el régimen de vida respecto de los demás presos clasificados legalmente (auto 12-07-95, sección 3ª Madrid). Asimismo, genera desigualdad clara para los FIES-4, por el hecho de tener una profesión determinada. Esta situación vulnera el mandato constitucional de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos. El acto legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3, cuando engendra desigualdad. Y no ya a una desigualdad referida a la discriminación -que concierne al artículo 14- sino a las exigencias que el 9.2 conlleva (STC 27/1981, de 20.7). Al examinar una normativa desde este punto de vista el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues ésta entraña siempre una arbitrariedad, o bien, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad (STC 108/1986, de 29 de julio).

Séptima.- Contradice el sistema de individualización científica en que se basa el ordenamiento penitenciario español, toda vez que la inclusión no deviene de una personalidad o características de la persona que es el objeto primario y único del sistema penitenciario de individualización científica, sino de un hecho puramente objetivo: delito, trayectoria penitenciaria, criminalidad organizada (JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA núm. 3 de Madrid, auto de 14.07.1995). A este respecto, el artículo 72 Ley Orgánica General Penitenciaria establece que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional. En todo caso, es necesario la individualización para su inclusión en el FIES; por ello el JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA de Granada obliga a que "la cárcel remita al juzgado la relación de todos los internos ubicados en el llamado departamento FIES de régimen especial con un estudio actualizado, realizado por el equipo de observación y tratamiento, de la personalidad y evolución penitenciaria de los internos y de aquellas circunstancias que han motivado su inclusión en dicho régimen especial, así como los cambios que se hayan observado en su conducta con un programa individualizado de recuperación, tal como contempla la Circular 7/95, a fin de que el juzgado autorice, su procediese el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que implica la ubicación en dichos departamentos especiales. Asimismo se notificará esta resolución a la DGIP a fin de que dando cumplimiento a la misma cualquier inclusión en el denominado fichero FIES de régimen especial RE-1 (o de control directo) se comunique a este juzgado para su autorización de dicho régimen, si procediera, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 76.j en relación con el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Tal clasificación deberá notificarse al interno.

Octava.- El fichero es abiertamente inútil desde la finalidad resocializadora de la administración penitenciaria. En principio, el fichero tiene como objetivo la obtención de información a través de la observación que se pueda obtener aplicando medios de control directo sobre el preso, con el objetivo de poder llevar a cabo con más eficacia

las finalidades que tiene encomendadas. Ante esto cabe hacer las siguientes consideraciones:

1ª.- El funcionamiento de la institución penitenciaria regulada en la Ley Orgánica General Penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad (artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). De manera que si la finalidad de estos ficheros fuese la legalmente establecida, nos llevaría a plantear que el seguimiento especial de personas concretas caracterizadas por su conflictividad y comportamientos especialmente violentos dentro de prisión, o por cometer determinados tipos de delitos, estaría destinado a conseguir información para dar alternativas resocializadoras y recuperadoras a estas personas, y no para someter y restringir derechos.

2ª.- Si es para prevenir determinados delitos (está dirigido a fórmulas directivas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario), afirmaríamos que también carece de sentido. Los regímenes de vida establecidos legalmente, bien sea el ordinario, bien sea el cerrado -primer grado, artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, artículo 32 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, intervención de comunicaciones- tienen los suficientes medios de obtención de información y de control para la prevención de la comisión de delitos.

Existen medios legalmente establecidos de los que hace uso la administración carcelaria desde el ingreso del penado en el centro penitenciario, y a través de los cuáles se puede obtener, y de hecho se obtiene, toda la información necesaria sobre los penados:

a.- Al ingreso, el penado debe mantener varias entrevistas con los miembros del equipo técnico (psicólogo, educador, trabajador social y jurista). A estos efectos, a cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que el interno tendrá derecho a ser informado; asimismo a cada penado se formará un protocolo de personalidad (artículo 15 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). De la información obtenida aquéllos deberán formular un programa individualizado de tratamiento tras la detección de áreas carenciales de tratamiento (artículo 20 DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO).

b.- Para individualizar el tratamiento hay que realizar una clasificación en grados, y destinar al penado al centro penitenciario cuyo régimen sea el más adecuado al tratamiento que se le haya señalado. Para esta clasificación es necesaria una previa observación (artículo 63. DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO). A estos efectos la observación directa del comportamiento ocupa un lugar importante y resulta absolutamente necesaria para un adecuado conocimiento de la personalidad (vid. artículo 64 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 111 DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO). Lo característico de los métodos de observación directa (datos documentales, entrevistas y observación experimental) es que consisten, tanto en observar la conducta de las personas, como en deducir de los resultados de esta observación rasgos de la personalidad valorables desde el punto de vista del comportamiento delictivo (determinación del tipo criminológico, diagnóstico de la capacidad criminal, y la adaptabilidad social).

Para la clasificación se ponderará la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el

recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso, para el buen éxito del tratamiento (artículo 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

c.- Para las personas definidas como peligrosas e inadaptadas existe una valoración técnico-pericial con el fin de decretar el régimen cerrado o el ingreso en departamentos especiales (artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Para esta determinación deben ponderarse la concurrencia de los siguientes factores (artículo 102.5 del Reglamento Penitenciario):

(a) Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta o antisocial.

(b) Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentas.

(c) Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas.

(d) Participación activa en motines, agresiones físicas, amenazas o coacciones.

(e) Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves de manera reiterada y sostenida en el tiempo,

(f) Introducción o posesión de armas de fuego en el establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

Este régimen de vida se caracterizará por una limitación de las actividades en común con los otros internos y un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine. Este régimen cerrado será de aplicación a aquellos penados que, bien inicialmente, bien por su involución en su personalidad o conducta, sean clasificados en primer grado por tratarse de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados a los regímenes ordinarios y abiertos (artículo 89 del Reglamento Penitenciario). Ello supone que ha de existir una información previa, obtenida legalmente a través de los medios y métodos establecidos legalmente.

d.- La información no es solamente recogida y utilizada al inicio de la condena, sino que cada seis meses los penados deben ser estudiados individualmente para evaluar y reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo de tratamiento individualizado. Así mismo la central de observación estudiará aquellos internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para las juntas de tratamiento de los establecimientos o grupos o tipos de aquéllos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del centro directivo (Artículo 109 del Reglamento Penitenciario)

e.- Un paso más en el conocimiento de las personas presas se hace necesaria en la progresión y regresión de grado, que se hará depender de la evolución en el tratamiento: "dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global el interno...". La regresión cuando se aprecie una regresión negativa en el pronóstico de integración social y la personalidad o conducta del interno (artículo 106 DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO).

f.- Incluso, para aquellos que rechacen libremente o no colaboren en cualquier técnica de estudio de su personalidad, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de las mismas se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los equipos técnicos que tengan relación con el interno.

g.- Respecto de la información que se pueda obtener de las comunicaciones, existe todo un sistema de restricciones e intervenciones y suspensiones legalmente previsto y judicialmente controlado (artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) del que podrá hacer uso el director de la cárcel cuando las comunicaciones puedan afectar a la seguridad, interés del tratamiento o al buen orden del establecimiento. O, de igual forma cuando existan razones fundadas para creer que los comunicantes están preparando alguna actuación delictiva (artículo 44.a) DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO)

h.- Cuando el preso tenga comportamientos que atenten contra la vida o integridad física de otros internos o funcionarios, existe el régimen disciplinario para controlar esas situaciones; en concreto la sanción más estricta: el aislamiento. Y lógicamente la incoación de un procedimiento si la infracción está tipificada en el código penal.

Novena.- La normativa que regula los ficheros supone una vulneración del derecho fundamental a la intimidad. La sentencia de 19 de enero de 1995 analiza el concepto de domicilio en el marco del derecho fundamental a la intimidad personal (artículo 18.1 DE LA CONSTITUCIÓN) y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 DE LA CONSTITUCIÓN) Este derecho se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado. El domicilio es a efectos de protección "cualquier lugar cerrado en el que transcurre la vida privada individual y familiar, sirviendo como residencia estable o transitoria (STS 31.01.95). Tal derecho deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 DE LA CONSTITUCIÓN)

De ello se deduce que el domicilio, en el sentido de la Constitución, no es sólo el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito erigido por una persona para desarrollar en él alguna actividad. En este sentido se ha dicho por la STC 22/84 que el derecho a la inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta. En este mismo sentido el artículo 87.2 de la LOPJ demuestra que el ámbito de intimidad que corresponde al derecho fundamental es más amplio que el de habitación o morada.

Ante estos extremos, la normativa que permite cacheos personales diarios, registros de las celdas diarios, cambios de celda habitualmente, control visual nocturno cada hora, circunstancias añadidas al especial régimen de vida de las personas clasificadas en régimen cerrado (21 horas de celda en total aislamiento) anulan todo espacio íntimo del ciudadano preso.

Décima.- Desde otra perspectiva, y quizás más grave, la cárcel como institución cerrada y total, está alejada lo suficiente de su esencia y finalidad. Hace gala además de su

opacidad ante los órganos jurisdiccionales de control, como para que se cree aún más la ausencia de control por normas de carácter secreto. (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 3 Madrid de 14.07.1995).

4. Posibilidades legales de exclusión del F.I.E.S.

Existen varias posibilidades de excluir a presos de los ficheros de especial seguimiento.

1. La puerta la abrió el Tribunal Constitucional, mediante resolución de 15 de septiembre de 1994 (auto 241/94), por la que acordó la suspensión de las medidas derivadas de la inclusión en dicho fichero por entender que el tratamiento ordenado por la Circular que lo regula incidía directamente en las posibilidades de movimiento y de comunicación de individuos sometidos a penas privativas de libertad y, dado que aquella privación añadida sobre bienes tan esenciales es en sí misma irreversible, se procedió a acordar la suspensión del tratamiento penitenciario del que eran objeto los presos.

Aunque la decisión del Tribunal Constitucional únicamente suspendió la aplicación del régimen FIES a los dos recurrentes, sin embargo, la propia autoridad penitenciaria o, en su defecto, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) pueden suspender todas las medidas restrictivas de tratamiento que vienen aplicándose a los internos llamados FIES, en virtud de la argumentación adoptada por el Tribunal Constitucional (Autos JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA núm. 1 de Madrid de 17.08.95, 22.02.95, 23.02.95).

Para ello hay que recurrir al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y argumentar los derechos que se ven restringidos (intimidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad) y toda la argumentación que se ha expuesto a lo largo de este artículo.

2. También puede hacerse la exclusión argumentando la ausencia de motivación e individualización en la resolución. En este sentido el auto NÚM. 571/97 de 28 de mayo de 1997 dictado por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, señala que "el recurso debe prosperar, con el efecto de excluir al interno del mencionado fichero, pues si la mera condena por delito de tráfico de drogas, sin más especificaciones, es insuficiente para afirmar que el penado deba ser incluido entre determinados grupos de internos a fin de poder ejercer "un control adecuado frente a fórmulas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario". No se han agotado las razones para que el cambio en la norma de apoyo suponga un mantenimiento de la situación del interno, ni se han expuesto no ya las razones formales para el mantenimiento en la inclusión sino tampoco las razones jurídicas para la inclusión inicial en ese fichero (fichero que pretende por una parte ser útil y de otra no afectar para nada la vida del interno lo que es dudosamente compatible, pues raro será que el control adecuado y el especial seguimiento no afecten cuando menos a la vida regimental y probablemente también a la vigilancia y al propio sistema de clasificación). En definitiva, la inclusión en ese fichero, y por tanto la consideración como integrante de un grupo de internos de las características antedichas, requiere una motivación que por ninguna parte aparece en el expediente".

Esta motivación debe ser más clara cuando algunos internos estaban incluidos en este fichero cuando estaba en vigor la circular de 2 de agosto de 1991 que ha sido derogada.

Tras la derogación de esa circular con arreglo a la cual fue incluido en el FIES en 1992, rige la Instrucción 21/96 de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios sin que consten las razones, tras esa instrucción, que aconsejan mantener en dicho fichero al interno incluido en él conforme a la circular derogada. Asimismo, se establece la exclusión de los presos preventivos (auto 323/97, A.P. 5ª Madrid).

3. Una tercera posibilidad se abre por la vía del artículo 6 de la LOPJ (JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA 3 de Madrid auto de 22.03.95). Esta norma posibilita la inaplicación de la circular FIES, toda vez que el mandato de la LOPJ es de inaplicación de reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa.

4. La exclusión total del ordenamiento jurídico en base el control de constitucionalidad y legalidad ordinaria que corresponde a los jueces y magistrados respecto de disposiciones normativas sin rango de ley, inaplicándolas cuando estén en contradicción con lo previsto en la Constitución y las leyes. Su fundamento se encuentra en el artículo 106.1 de la Constitución y debe hacer por la vía contencioso-administrativa.

5. Cualquier acto de la administración penitenciaria realizado en aplicación de la instrucción que suponga una mayor restricción de la libertad respecto de lo preceptuado en la ley y el reglamento penitenciario, puede ser impugnado ante la jurisdicción ordinaria por la vía sumaria y preferente de la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (Ley 62/78 de 26 de diciembre, artículos 6 y siguientes, garantía contencioso-administrativa) y una vez agotada la vía previa puede ser objeto de recurso de amparo ante el TC (artículo 43 LOTC). Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 47/1990, de 20 de marzo, resolviendo el Recurso de Amparo 1609/1987 admite el Recurso de Amparo contra actos en aplicación de instrucciones que violen derechos fundamentales, una vez agotada la vía previa que puede tramitarse por la vía sumaria y preferente de la Ley 62/78 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 39 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone: “1.Las disposiciones de carácter general que dictaren la Administración del Estado, así como las Entidades locales y Corporaciones e Instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, una vez aprobados definitivamente en vía administrativa 2.- También será admisible la impugnación de los actos que se produjeren en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho”. Hay que consignar igualmente que el artículo 62.2 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece: “También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

5. Resoluciones del Tribunal Constitucional:

El Auto del Tribunal Constitucional 241/94 de 15 de septiembre acordó la suspensión de las medidas derivadas de la inclusión en dicho fichero por entender que el tratamiento ordenado por la Circular que lo regula incide directamente en las

posibilidades de movimiento y de comunicación de individuos sometidos a penas privativas de libertad y, dado que aquella privación añadida sobre bienes tan esenciales es en sí misma irreversible, procede acordar la suspensión del tratamiento penitenciario del que son objeto los recurrentes.

2.- Sobre la regulación administrativa actual del FIES, consultar la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias nº 21/96 GP, de 16 de diciembre de 1996, que entró en vigor el 1 de enero de 1997.

6. Resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid:

6.1 Preso preventivo. Improcedencia de su inclusión.

"El recurso debe prosperar, con el efecto de excluir al interno del mencionado fichero, pues si como este Tribunal señaló en un auto de 20.3.97, la mera condena por delito de tráfico de drogas sin más especificaciones es insuficiente para afirmar que el penado debe ser incluido entre "determinados grupos de internos" a fin de poder ejercer "un control adecuado frente a fórmulas delictivas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario", con mayor motivo la situación de preso preventivo es fundamento insuficiente para incluir al interno en un fichero, del que cabe dudar que su utilidad respete la vida regimental y el propio sistema de clasificación." AUTO 571/97 de 28.5.97

6.2 Preso preventivo. Improcedencia de su inclusión.

"No consta en el expediente el motivo por el que el recurrente, está incluido en el fichero FIES. El Centro Penitenciario cuando informó al Juzgado de Vigilancia el 28 de octubre de 1998 sobre la queja presentada por dicho interno, omite toda motivación (no tienen tal condición la genérica referencia a su tipología delictiva y su potencial peligrosidad) y se limita a afirmar que la inclusión no afecta a los derechos del interno. Más tarde, cuando en Enero de 1997 vuelve a informar al Juzgador, lo hace - tal sentido tenía la petición del Juzgado - sobre el destino del interno en la panadería, sin que aparezca ninguna referencia a las causas de la inclusión.

A partir de lo expuesto, el recurso debe prosperar por no constar las causas que motivaron la inclusión del interno recurrente en el fichero FIES, no siendo indiferente esta omisión, pues una decisión que lleva consigo un mayor control y un especial seguimiento, con independencia de otros posibles efectos, debe estar debidamente fundamentada.

En la documentación de la diligencia de 16 de Octubre de 1996, donde se recoge la queja verbal presentada por el interno al Juez de Vigilancia Penitenciaria, aparece, en el apartado correspondiente a la pena esta anotación: preventivo.

Por otro lado, al margen de la fotocopia de una solicitud del interno para ser destinado al taller de imprenta - fotocopias presentada por él - se lee: " No procede. Narcotraficante".

Pues bien, si esta fotocopia y la solicitud correspondiente son auténticas (la solicitud tiene fecha del 20 de septiembre de 1996 y el Centro dice en Enero de 1997 que al

margen del destino en la panadería no consta “ en nuestros archivos más solicitudes de destino por parte de dicho interno”) sucedería:

* Que el estar privado preventivamente de libertad por existir indicios de haber cometido un delito de tráfico de drogas no es motivo suficiente para acordar la inclusión en el fichero FIES.

* Que esa inclusión, sí se ha proyectado sobre la vida penitenciaria, pues por tal causa - sin más especificaciones - se ha rechazado al interno su petición de destino en un taller de imprenta.” AUTO 224/98 26.2.98

6.4 Falta de motivación de la inclusión.

“El informe emitido por el centro penitenciario con fecha de 18.2.97 con motivo de la queja planteada por el interno, no establece las causas de inclusión de éste en el fichero de especial seguimiento FIES, sí recoge la pena que aquél está cumpliendo por la comisión de un delito contra la salud pública, la existencia de unas faltas muy graves que ya estaban canceladas en la fecha del indicado informe y que el penado ya se encontraba incluido en el referido fichero cuando fue trasladado al centro de Madrid IV. Sin embargo, ninguna de estas circunstancias justifica por sí misma el mantenimiento en aquél y no encuentra el Tribunal razones por las que se haya de continuar con ese especial seguimiento, toda vez que por el centro no se expone ninguna para ello, y por tal motivo se estima el recurso.” AUTO 326/98 25.3.98

6.5 Ilegalidad de la instrucción que regula los F.I.E.S.

“La instrucción 21/96 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias - que dejó sin efecto la instrucción 8/95 y anteriores - es a juicio de este Tribunal ilegal y carece de apoyatura en la ley o el reglamento penitenciario y lo es porque, aunque lo niegue expresamente en alguno de sus apartados incluye en otros notas o detalles de tratamiento generalizado y no individualizado de internos por la sola razón de su pertenencia, o incluso de la sospecha de la misma, a determinados grupos: FIES 1 internos especialmente peligrosos; FIES 2 narcotraficantes o sospechosos de serlo, FIES 3 personas vinculadas a bandas o grupos terroristas, etc.

Ello conlleva, entre otras cosas, no sólo el especial seguimiento en cuanto a su evolución - licenciamientos, ingresos y traslados, modificación de su situación penitenciaria, etc.- sino también, la puesta en conocimiento urgente de la Subdirección General Penitenciaria de datos tales como las comunicaciones con letrados, la participación en actividades programadas por los Centros, las solicitudes de permisos de salida antes de proceder a su estudio por el Equipo Técnico.

No es todo. Existen normas específicas respecto de las consultas médicas de estos internos, y en lo que respecta a los sospechosos de narcotráfico o condenados por ello conlleva el destino a módulos determinados especialmente seguros, el control de todas sus actividades, la denegación de destinos de confianza, o de aquellos que tengan acceso al exterior o a teléfonos, el periódico cambio de celda, y la potenciación de medidas como cacheos, recuentos y requisas.

A partir de la anterior consideración, este Tribunal sin embargo ha de establecer que, aunque juzgue la instrucción ilegal por contraria al principio de jerarquía normativa, no es competencia suya, sino si acaso, de los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso declarar tal ilegalidad, pero ello no impide el pronunciamiento de esta Sala sobre cada caso concreto. Y, en el presente, la Administración no da razón alguna fuera de la pertenencia al “grupo de narcotraficantes “ para mantener la inclusión del mismo en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento por lo que debe estimarse el recurso. En primer lugar, porque esa agrupación por clases de delitos es contraria al tratamiento individualizado; en segundo lugar porque afecta de hecho al régimen de vida del interno y, en fin, porque ni siquiera consta que esté condenado y según la Administración en informe de 10.4.97 meramente estaba acusado de ese delito cuando fue incluido en el Fichero.” AUTO 503/98 6.5.98

Insuficiencia de la condena por tráfico de droga para la inclusión en F.I.E.S. (NA).

"La mera condena por delito de tráfico de drogas sin más especificaciones es insuficiente para afirmar que el penado debe ser incluido entre "determinados grupos de internos" a fin de poder ejercer "un control adecuado frente a fórmulas delictivas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario." Es decir, ni se han agotado las razones para el cambio en la norma de apoyo suponga un mantenimiento de la situación del interno, ni se han expuesto no ya las razones formales para la inclusión sino tampoco las razones jurídicas para la inclusión inicial en ese fichero (fichero que pretende de una parte ser útil y de otra no afectar para nada la vida del interno lo que es dudosamente compatible, pues raro será que el control adecuado y el especial seguimiento no afecten cuando menos a la vida regimental y probablemente también a la vigilancia y al propio sistema de clasificación). En definitiva la inclusión en ese fichero y por tanto la consideración como integrante de un grupo de internos de las características antedichas, requiere una motivación que por ninguna parte aparece en el expediente, por lo que el recurso debe ser estimado. AUTO 323/97 de 20.3.97

INDEMNIZACIONES ECONÓMICAS:

1. Fundamento jurídico

El artículo 106.2 de la Constitución, en expresión trasladada luego al artículo 139-1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Según el artículo 25.2 de la Constitución los presos gozan de todos los derechos de los artículos 14 a 38 contenidos en la misma, con la sola excepción “de los que se vean limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”, refiriéndose expresamente al derecho “al desarrollo integral de la personalidad”.

En consecuencia, por aplicación del artículo 15 de la Constitución, los presos tienen derecho a la vida y a su integridad física y moral, quedando abolida la pena de muerte.

La Administración Penitenciaria tiene la obligación de velar por la vida, la salud y la integridad de los reclusos, según exige el artículo 3.4 de la Ley General Penitenciaria, así como el artículo 5.3 del Reglamento Penitenciario.

El artículo 8 de este último Reglamento añade, por otro lado, que la organización interior de los recintos penitenciarios debe asegurar una asistencia médica “en condiciones análogas a la vida en libertad”, debiendo contar en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos de enfermería (artículo 10).

La organización interna de los recintos penitenciarios, según el artículo 8 del Reglamento Penitenciario, debe disponer de “un sistema de vigilancia y seguridad que garantice la custodia de los internos”, así como “una ordenación de la convivencia [...] basada en el respeto de los derechos y la exigencia de los deberes de cada persona”.

En consecuencia, la Administración Penitenciaria es depositaria de la vida, la salud y la integridad de los penados, hasta el punto que el Tribunal Constitucional le obliga (sentencias de 27 de junio y 17 de julio de 1990) a la alimentación forzada cuando por sí mismos se niegan a ingerir alimentos a causa de protestas, reivindicaciones y huelgas de hambre en el interior de los recintos carcelarios. En virtud de la relación de especial sujeción, el Estado pone la vida del sujeto por encima del propio sujeto. No se trata, por tanto, de un mero deber de control externo o de vigilancia del entorno del preso, sino de un específico deber de preservar en todo momento la vida, la salud y la integridad del recluso.

El preso no dispone en el centro penitenciario de su propia persona: no puede moverse libremente dentro de él; no puede elegir con qué personas coincide; debe permanecer sometido a una disciplina exterior y con la posibilidad de contactos reglamentariamente establecidos; hay imposibilidad de acceso de los reclusos y de las visitas a determinadas dependencias; hay una distribución autoritaria del tiempo y del espacio que los reclusos no pueden alterar; hay una organización y reglamentación de todos los actos de la vida (dormir, comer, lavarse, jugar, etc.) que quedan fuera de la disposición autónoma del preso.

2. Supuestos de responsabilidad

*2.1 Lesiones en motín

El Tribunal Supremo reconoce como indemnizables las lesiones padecidas como consecuencia de la actuación de la fuerza pública en un motín ocurrido en la Prisión de Carabanchel (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de julio de 1984).

*2.2 Fallecimiento tras contraer una enfermedad en prisión

*2.3 Contagio de enfermedad en prisión

Esta causa, como la anterior, tiene especial relieve en los casos de Sida. El elemento causante del daño es la pasividad y negligencia administrativa en los ámbitos reglamentario y de gestión, al impedir la utilización en prisión de material clínico, y sin embargo no impedir la entrada de drogas y su administración por vía parenteral con (necesariamente) material clínico infectado.

El standard de gravedad del problema del trinomio SIDA/DROGA/ADVP es netamente superior entre la población reclusa que en la comunidad en general. En la sociedad española en general no hay una infección por VIH del 50 o 30 %. Sin embargo la prestación (o permisión de acceso al uso) de material higiénico, la programación de actividades sanitarias preventivas, el seguimiento y estudio del problema, muestra un standard de prestación de servicios inferior evidentemente al de los servicios sanitarios medios del ciudadano libre. Ya en 1987 la Organización Mundial de la Salud adoptó una serie de recomendaciones encaminadas a la reducción del contagio del SIDA en las prisiones, entre ellas que los principios generales de los Programas Nacionales sobre el SIDA deben aplicarse en las prisiones en la misma forma que en la comunidad en general.

El auto de la Audiencia Provincial de Pamplona de fecha 14.10.1996 2 “ordenando a la Dirección de la Prisión Provincial de Pamplona la puesta en práctica de un programa de prevención de la transmisión de VIH con intercambio de jeringuillas” se dispone dentro del marco reglamentario vigente, que es Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/96 de 9 de febrero. Las jeringuillas deben considerarse como elementos no autorizados prohibidos solamente por normas de régimen interior como “objetos punzantes”. Pero estas normas no tienen carácter de Reglamento general sino que son simplemente criterios dictados por las Juntas de Régimen y Administración de cada establecimiento y aprobados por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. De manera que el rango normativo cómo mucho, en ningún caso supera al nivel del Centro Directivo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y su modificación es factible por medio de Instrucción o Circular.

La prohibición en el ínfimo rango normativo del uso de jeringuillas, unida al conocimiento del problema SIDA/drogas en prisión, así como la ineficacia (esperable) en la tarea de evitar la entrada de drogas en prisión, constituyen desde luego el marco genérico de “causalidad adecuada”, acreditada por la condición de ADVP y el hecho de no ser seropositivo antes de entrar en prisión.

A estos efectos es importante tener en cuenta la Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 1 de junio de 1987 sobre medidas recomendadas por la O.M.S. sobre la temática del SIDA; la Instrucción nº 8 de fecha 19 de octubre de 1988 del mismo Centro Directivo, sobre educación sanitaria y problemática del VIH/SIDA; Circular de la Fiscalía General del Estado de 5 de noviembre de 1990; la Memoria de Actividades de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios correspondiente al año 1994; la Respuesta (29.08.97) del gobierno a pregunta parlamentaria 184/007143/0000 de 23/04/97 (diputado Rodríguez Sánchez, Francisco del Grupo Mixto).

*2.4 Muerte violenta causada por otro recluso

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1995 examinó el caso de un recluso muerto por otros y, tras considerar que las medidas de protección adoptadas por

la Administración penitenciaria no fueron eficaces, considera que “si bien fueron los autores de la muerte del interno, su conducta se vio propiciada como causa eficiente por la conducta insuficiente seguida por la Administración penitenciaria”.

Del mismo modo, el apuñalamiento por otros reclusos dentro de la prisión es un supuesto indemnizable, porque si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial exige que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público “en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto (sentencias de 15 de febrero de 1968, 14 de octubre de 1969, 28 de enero de 1972) la nota de “exclusividad” puede exigirse con rigor en supuestos dañosos acaecidos por funcionamiento normal, mientras que en los de funcionamiento anormal el hecho de la intervención de un tercero o una concurrencia de concausas imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación (asumiendo cada una la parte que le corresponde) o de atemperar la indemnización a las características o circunstancias concretas del caso examinado. En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias entre otras, de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986 y 22 de julio de 1988.

En estos casos hay un patente incumplimiento por la Administración de su ineludible deber de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad exigidas imperativamente por la Constitución Española en sus artículos 10,1 y 15 y por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (artículo 3), por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (artículos 2,3 y 5,1), y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 ratificado por nuestro País el 13 de abril de 1977; a cuya Declaración, Tratados y Acuerdos se remiten los artículos 10,2 y 96,1 de nuestra Norma Constitucional. Todos ellos garantizan el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, constituyendo la situación que hemos visto, tal como la describieron los máximos responsables del Centro Penitenciario, una evidente vulneración de aquellas normas básicas. La Ley Orgánica General Penitenciaria, en su artículo 4-3, desarrollado por su Reglamento, reconocen la obligación de la Administración Penitenciaria de “velar por la vida, integridad y salud de los internos - artículo 5-3-, así como la de velar también porque los Establecimientos Penitenciarios sean dotados de los medios materiales y personales necesarios que aseguren el mantenimiento, desarrollo y cumplimiento de sus fines (sentencia de 22 de julio de 1988).

*2.5 Indebida prolongación del internamiento

La indebida prolongación del internamiento en el establecimiento penitenciario es capaz por sí sólo de engendrar un resultado lesivo, merecedor de ser tomado en cuenta y de ser también reparado adecuadamente (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de julio de 1984).

*2.6 Absolución o sobreseimiento de preso preventivo

La responsabilidad patrimonial del Estado tiene su fundamento en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según cuyo tenor: “tendrán derecho a indemnización quienes después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del

hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

En estos casos la cuantía se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

En general, el Estado responde de cualquier perjuicio ocasionado por la Administración de Justicia, alcanza tres supuestos distintos:

- a) el error judicial (artículo 292.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)
- b) el funcionamiento anormal (artículo 292.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)
- c) el dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados (artículo 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El error judicial debe ser expresamente declarado con carácter previo por decisión judicial que expresamente lo reconozca y debe interponerse, tras agotar todos los recursos previos posibles, en el plazo de tres meses ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo por los trámites del recurso de revisión civil.

Tanto en el caso de error judicial como en el de funcionamiento anormal, la indemnización debe exigirse mediante escrito dirigido al Ministerio de Justicia, siguiéndose los mismos trámite que en cualquier otro supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

*3. Procedimiento administrativo

La solicitud de indemnización debe cursarse en el plazo máximo de un año. El derecho a reclamar prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo del hecho o acto que motive la indemnización.

El procedimiento y tramitación administrativa de dicha reclamación aparece en el artículo 142 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, más detalladamente, en el Reglamento aprobado por Decreto 429/93 de 26 de marzo.

*4. Requisitos:

Para que concurra la responsabilidad patrimonial del Estado se requieren, según el artículo 139 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) un hecho imputable a la Administración, bastando con acreditar que un daño antijurídico se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público. Son muy numerosas las sentencias que declaran la responsabilidad pública aún en casos de actuación administrativa lícita o normal. Culpa “in omittendo”, pasividad, despreocupación, descuido, son los términos que utiliza la jurisprudencia en múltiples casos concretos en los que asimismo se admite, en

ocasiones, un tono general de actividad administrativa lícita y aún irreprochable: 29 de mayo, 15 de julio, 13 y 26 de septiembre, 22 de noviembre de 1991, 25 de octubre de 1996. El Dictamen de 1 de octubre de 1987 del Consejo de Estado concluye: “Cuando una de las causas del evento sea el funcionamiento del servicio público, la Administración será siempre responsable, de forma directa e inexcusable, aunque concurren otras causas y otros posibles responsables”.

b) un daño antijurídico o detrimento patrimonial injustificado debiendo ser real, evaluable económicamente, efectivo e individualizado

c) inexistencia del deber jurídico de soportar el daño por parte del perjudicado, que se traslada así a la Administración

d) relación de causalidad directa y eficaz entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido. Al respecto existen numerosas posiciones doctrinales, desde las concepciones anglosajonas de la causalidad próxima (“proximate cause”) hasta las doctrinas o posiciones que tienen como base los estándares de funcionamiento de los servicios públicos, pasando por la teoría de la condición o equivalencia de las causas y la mucho más aceptada por la doctrina administrativa teoría de la causalidad adecuada o “verosimilitud del nexo”, perfilada en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1995, donde se precisa que el nexo causal muestra “resistencia a ser definido a priori [...] cualquier acontecimiento lesivo se presenta [...] más bien como el resultado de un complejo de hechos [...] dotados sin duda en su individualidad de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces que hechos o condiciones pueden ser consideradas como relevantes por sí mismas para producir el resultado final”. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 20 de octubre de 1989 estableció que en estos casos no se trata de la causalidad directa inherente a la autoría y determinante de responsabilidad penal, sino de comportamientos de especial significación e influencia en la vertebración causal de los hechos o acaeceres propiciadores de la realización de la infracción criminal, de los que puede derivarse la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por su parte, la sentencia de 6 de febrero de 1996, Sala de lo Contencioso- Administrativo, reconoce como factor causal “el único factor de riesgo conocido” la transmisión de hemofactor durante estancia en UVI, desconociéndose datos de otros elementos sospechosos y descartándose en consecuencia.

e) ausencia de fuerza mayor, como causa extraña al actuar administrativo, en el que no está incluido el caso fortuito, y entendiendo por tal el acontecimiento catastrófico extraordinario y desacostumbrado, mientras el caso fortuito alude a aquellos sucesos intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, correspondiendo la prueba de la fuerza mayor a la Administración (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de febrero de 1996).

*5. Naturaleza objetiva de la responsabilidad

La jurisprudencia tiene establecida la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial, hasta el punto de afirmar que ha lugar a declararla aún cuando el funcionamiento administrativo hubiera sido normal, lo que hace irrelevante examinar si existe relación causal entre el funcionamiento administrativo y el resultado lesivo “ya

que ese deber de responder, en definitiva, no consiente más excepciones que las que obedecen a una causa de fuerza mayor o a la conducta del propio perjudicado” (sentencia de 15 de julio de 1991, Sala Tercera). En idéntico sentido de declarar el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se pronuncia la sentencia de 4 de enero de 1991 (Sala Tercera), de modo que únicamente exige la relación de causalidad entre el acto y el daño.

También la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha subrayado el “criterio progresivamente objetivador” de la responsabilidad patrimonial de la Administración (sentencia de 14 de enero de 1994).

La responsabilidad objetiva es en sí una gran conquista jurídica, y bien antigua: como se enuncia por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1963 es una “aspiración en la evolución del derecho moderno que el hombre responda de todo daño, incluso del no culpable que sobrevenga a consecuencia de su actuar, o de las cosas que le pertenecen o están bajo su guarda, aunque haya procedido con la necesaria prevención y prudencia”.

Por tanto, la responsabilidad del Estado funciona, frente al administrado, al margen de todo elemento de negligencia o culpa, en cuanto que la razón justificadora de la atribución al Estado de su obligación de indemnizar se encuentra en el nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, de tal manera que basta, para la exigencia de tal responsabilidad, que dicho daño tenga su origen en esa actividad -normal o anormal- de la Administración, aún los causados involuntariamente de una forma accidental, sin que el que los sufre tenga por su parte obligación a asumir dichos riesgos, con la única excepción expresa de los causados por fuerza mayor (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 de julio de 1988).

*6. Titular del derecho:

Es conocida la doctrina de todas las Salas de este Tribunal que da prioridad a los realmente perjudicados, incluso frente a los herederos (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de julio de 1988).

Es también indemnizable como “pretium doloris” el daño moral producido a los padres de la víctima por los padecimientos derivados de las penosas enfermedades contraídas por el fallecido (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1989 y 7 de octubre de 1989).

*7. Conceptos indemnizables. El daño moral

El daño moral comenzó a incluirse entre las indemnizaciones económicas a partir de las sentencias de 12 de marzo de 1975, 2 y 4 de diciembre de 1980, 30 de marzo de 1982 y 13 de julio de 1983, doctrina permisiva deducible de la literalidad del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado alusiva, en general, a bienes y derechos, y que para la sentencia de 4 de diciembre de 1980 tiene su fundamento en que su exclusión del ámbito procedimental y procesal del derecho administrativo, cuando su

resarcimiento se reclama, tanto desnaturalizaría la general referencia que se hace por el artículo 133 del Reglamento de Expropiación Forzosa a bienes y derechos, como contradiría la manifiesta finalidad de responsabilizar al patrimonio de la Administración Pública de las consecuencias dañosas de su actividad (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de julio de 1984).

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1993 (Sala Segunda) expuso que “la muerte de una persona, respecto de sus familiares más directos (el cónyuge o persona que con la víctima vida de manera estable, los hijos y los padres, estos últimos con carácter subsidiario o no, según las circunstancias), es innegable que produce un año moral. Es decir, la llamada 'pecunia doloris' en estos casos es tan patente que no necesita de argumentación alguna para justificar su existencia”.

Y a tenor de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1990, “ha de entenderse, en la pecunia doloris, sobre todo, al vacío que deja la víctima en el reclamante, en sus sentimientos de afecto, en su grado de parentesco, permanente convivencia familiar con el perjudicado del que había de ser no sólo apoyo económico sino, sobre todo, afectivo”.

*8. Cuantía de la indemnización:

La sentencia de 15 de julio de 1991 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo también expuso que “el simple hecho de la muerte de una persona -como este Tribunal reiteradamente tiene declarado produce en los familiares de aquella, un daño o perjuicio en una y otra modalidad, sobre todo cuando en el acontecimiento concurren circunstancias no naturales”.

El conjunto de factores que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene considerando ponderables (sentencias de 19 de mayo de 1969, 4 y 31 de octubre de, 2 y 18 de febrero de 1980, 3 de diciembre de 1982 y 13 de julio de 1983) ante la imposibilidad de evaluar cuantitativamente y con exactitud el daño material y el moral, toma en consideración los módulos valorativos convencionales utilizado por las jurisdicciones civil, penal y laboral (sentencias de 26 de septiembre de 1977 y 18 de febrero de 1980), determinación más que suficiente porque se deduce de parámetros o bases generales, en cuanto de ellos pueda resultar acreditado el “quantum”, sin que, en consecuencia, haya de reputarse necesario que la cantidad globalmente fijada represente la suma de las parciales con las que se cuantifique cada uno de los factores o conceptos tomados en consideración (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de julio de 1984).

A los efectos de justificar el “quantum”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puede aducirse que en los supuestos de fallecimiento como consecuencia de accidentes de circulación vial, el anexo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre del seguro privado fija una indemnización de doce millones de pesetas para el cónyuge viudo más otros cinco millones por cada uno de los hijos menores de edad, es decir, un total de diecisiete millones de pesetas.

En los casos de muerte como consecuencia de actos terroristas, el artículo 5 del Real Decreto 673/92 de 19 de junio, establece un resarcimiento de ciento veinte mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha en que se produzca el fallecimiento. Este criterio desarrolla lo dispuesto en la derogada Ley Orgánica 9/84 de 26 de diciembre, posteriormente recogido en el artículo 64.1 de la Ley 33/87 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1988, a su vez desarrollado por el Real Decreto 1311/88, de 28 de octubre. Dado que se hacía necesario establecer para la situación indicada una regla de cuantificación uniforme, se proveyó a ello mediante la disposición adicional decimosexta de la Ley 4/90 de 29 de julio de Presupuestos Generales del Estado para 1990, que dio nueva redacción al artículo 64 de la Ley 33/87, así como por la disposición adicional decimonovena de la Ley 31/91. Según toda esta normativa, a las cantidades que resulten de aplicar dicha regla, se añadirá una cantidad fija de veinte mensualidades del salario mínimo interprofesional que corresponda en razón de cada uno de los hijos que dependiesen económicamente de la víctima. Las cantidades que resulten de aplicar estas reglas podrán incrementarse hasta en un 30 por 100 teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares, económicas y profesionales de la víctima.

Como baremo indicativo puede utilizarse también la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 11 de marzo de 1991 aplicables a la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tráfico.

*9. Concurrencia de culpas

La conducta del afectado puede constituir una causa concurrente en la producción del resultado lesivo, pero nunca exime de responsabilidad a la Administración. La responsabilidad administrativa persiste aún mediando un acto libre del afectado, incluso en el caso de que dicho acto sea ilícito. La concurrencia de culpas no afecta a la responsabilidad patrimonial de la Administración sino sólo a sus consecuencias indemnizatorias, a la cuantía de la indemnización. Así, la sentencia de 2 de marzo de 1996 del Tribunal Supremo indica que la culpa de la víctima puede ser relevante para atemperar equitativamente la responsabilidad administrativa pero no para eliminarla.

Aún en casos de actos del afectado ilícitos en términos absolutos, puede considerarse consolidada la jurisprudencia que, probada tal ilicitud, aprecia igualmente la existencia de responsabilidad administrativa. Así la sentencia de 29 de mayo de 1991 (muerte en huida de contrabandistas), en la que pese a la doble ilicitud en los actos del afectado: previa actividad claramente ilícita de contrabando y no obedecer las instrucciones de "alto", estima la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así también la sentencia de 22 de enero de 1993 determina que en el caso de existir "licencia insuficiente o clandestinidad" ello no es óbice para el resarcimiento del daño causado. Más claramente examina el problema la de 7 de noviembre de 1994, que expone terminantemente: "Se arrumbaría el instituto de la responsabilidad patrimonial si el incumplimiento de cualquier norma reguladora de la convivencia situase al ciudadano ante el deber jurídico de soportar las consecuencias del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos [...] La infracción de una norma que impone determinadas obligaciones a los ciudadanos o administrados conllevará el reproche o sanción que legalmente venga establecida al respecto pero no exonera a la

Administración". En el mismo sentido las sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio y 7 de octubre de 1995, y 6 de febrero de 1996.

La sentencia de 31 de enero de 1996 declara que aunque los perjuicios fueran producidos por terroristas "hubo una cierta relación de causalidad entre la constatada conducta omisiva por no adoptarse las debidas precauciones (que pudieran en su caso aminorar los efectos nocivos) y el dramático desenlace, que justifica la imputación de los daños producidos a la Administración".

En los casos de contagio de enfermedad la Administración podría alegare que la causa del contagio radica exclusivamente en un acto voluntario del afectado; o en todo caso que esta actuación rompería el nexo causal. Sin embargo, admitida en estos casos la existencia de la condición adictiva, inmediatamente se comprende que el consentimiento libre, la nota de voluntariedad, desaparece o viene aminorada sensiblemente. Así lo ha estimado la jurisprudencia penal desde la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1988 por la que se reconoce la disminución de la libertad volitiva como también la sentencia de 14 de septiembre de 1990. Consecuentemente el nuevo Código Penal (art. 20.2º) considera como exención de responsabilidad criminal la actuación "bajo la influencia del síndrome de abstinencia", además de la atenuante de "actuar el culpable a causa de su grave adicción". Desde luego, el consentimiento viciado siempre se limitará a la administración de la droga, nunca a consentir el contagio.

El consumo de drogas prohibidas no es un acto prohibido por el ordenamiento jurídico en general (salvo en lugares públicos) a diferencia de su tráfico, sino solamente en el ámbito penitenciario. (Ley Orgánica 1/92 de 21 de febrero sobre protección de la seguridad ciudadana).

INGRESO EN PRISIÓN:

1. Anotar en el libro médico las enfermedades, lesiones u otros datos

De acuerdo con el art. 214 de Reglamento Penitenciario al ingreso en prisión se debe realizar un examen médico que debe constar en el libro de ingresos, ya que en caso contrario se ocultaría información esencial sobre la salud que puede repercutir en el tratamiento posterior.

2. Entrega de las normas de régimen interior

El art. 49 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que "los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre el régimen del establecimiento, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias. En el mismo sentido el artículo 59 del Reglamento Penitenciario. Con este fin se les entregará una cartilla o folleto informativo general y las normas de régimen interior. Hay que pedir al Juez que ordene a la cárcel que facilite esos folletos.

3. Llamada de teléfono

El art. 43.1 del Reglamento Penitenciario establece que todo preso tiene derecho a comunicar inmediatamente a su familia y abogado su ingreso en un Centro penitenciario, así como su traslado a otro establecimiento en el momento del ingreso. A

su vez, el art. 47.4 del Reglamento Penitenciario señala que “el importe de la llamada será satisfecho por el interno salvo cuando se trate de la comunicación prevista en el art. 43 del Reglamento Penitenciario.

4. Ropa y calzado adecuado

El artículo 18.2 del Reglamento Penitenciario establece que en el momento del ingreso se entregarán al recluso “las prendas de vestir adecuadas que precise” además de adoptarse las medidas de higiene personal necesarias, que sean de la talla del recluso.

JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA:

1. Funciones:

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1995, las funciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria son las de “velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados, en los términos previstos en los artículos 25.2, 24 y 9.3 de la Constitución al constituir un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, remitiéndose expresamente a la sentencia del Tribunal Constitucional 73/83. Se trata, pues, de un control que se lleva a cabo por órganos judiciales especializados y que constituye una pieza clave del sistema penitenciario para garantizar el respeto de los derechos de los presos (sentencia del Tribunal Constitucional 2/87).

En parecidos términos, las sentencias del Tribunal Constitucional 195/1995 de 19 de diciembre, 128/96 y 39/97, insisten “en el relevante papel que en nuestro sistema penitenciario tiene encomendado el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a quien corresponde no sólo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias (artículo 76.2 de Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino en general salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueden producirse (artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria)”.

2. Competencia

2.1 No le corresponde realizar la liquidación de condena:

Según el auto de la Audiencia Provincial de Madrid 904/98 de fecha 16 de julio de 1998, “es competencia del Tribunal sentenciador la liquidación de la condena y es a éste a quien deberá dirigirse el recluso para obtener la correspondiente a la pena que cumple u obtener aclaración en cualquier cuestión concerniente a ella, sin que por ello pueda pronunciarse este Tribunal sobre el recurso que, en consecuencia, ha de ser desestimado”.

2.2 Le corresponde el plan de ejecución de arrestos fin de semana:

Según los autos de la Audiencia Provincial de Madrid 944/97 de fecha 23 de julio de 1998 y 1/98 de fecha 8 de enero de 1998, “ciertamente el Código Penal no es un

prodigio de claridad en orden a determinar las competencias o funciones del Tribunal sentenciador y el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Por ejemplo, el artículo 37 menciona a ambos y concede al primero la facultad de acordar que el arresto de fin de semana se cumpla en días distintos del viernes al domingo. Pero una cosa es fijar los días y otra establecer, una vez fijados éstos, el plan de cumplimiento, lo que corresponde en principio a la Administración, si bien el Real Decreto 690/96 atribuye la aprobación de dicho plan al Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 13.4). Por ello, y a partir de esa distinción cabe interpretar lo que en principio debe presumirse y que es que el Real Decreto respeta el principio de jerarquía normativa y se apoya en el artículo 37.4 del Código Penal y en el artículo 76.2.g) de la Ley General Penitenciaria y desde esa idea no cabe entender nulo por 'contra legem' el artículo citado del Real Decreto. En consecuencia, debe resolverse la cuestión de competencia planteada en el sentido de declarar que la misma corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2".

LIBERTAD CONDICIONAL:

1. Legalidad del artículo 60 del antiguo Reglamento Penitenciario.

Sentencia del Tribunal Constitucional 325/94 de 12 de diciembre:

“Una de las razones en que se intenta basar el error judicial que se dice cometido por el Juez de Vigilancia Penitenciaria es el mero hecho de haber aplicado la norma reglamentaria pertinente al caso, que se tacha de ilegalidad. El enjuiciamiento directo e indirecto de las disposiciones generales con rango inferior a la Ley se atribuye exclusivamente por la Orgánica del Poder Judicial, con base en la Constitución [artículo 106 y 153 c)], a lo contencioso-administrativo, que en ningún momento se ha pronunciado hasta ahora sobre tal cuestión, lo que desde tal perspectiva hace presumir en principio la legalidad del Reglamento entero. Ahora bien, es cierto también que la circunstancia de no haber sido impugnado directamente en esa vía, no impide a todos los Jueces y Tribunales dejar de aplicar los reglamentos o disposiciones contrarias a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa, como dice la actual Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 6), de cuya norma fue precursora el artículo 7 de la que con carácter provisional se promulgó en 1870 y rigió durante ciento quince años. Es evidente que el Juez, primero y luego el Tribunal Supremo no han tenido la menor duda sobre la legalidad del artículo 60 del Reglamento Penitenciario.”

“Una vez llegados a esta conclusión, que a su vez es punto de partida para el resto del razonamiento jurídico, la cuestión se polariza en la interpretación de tal precepto reglamentario. No nos toca terciar en la relación que, en el plano de la legalidad, puedan mantener el Código Penal (artículo 98) y el Reglamento Penitenciario (artículo 60) a la hora de conceder la libertad condicional en virtud de cuatro circunstancias, a una de las cuales se da prevalencia absoluta respecto de las restantes, por tratarse de un enfermo muy grave con un padecimiento incurable, en la expresión genérica de la norma aplicada, que en el caso concreto era la situación terminal del interno por causa del Sida. Tal conclusión no le parece al Tribunal Supremo absurda, ilógica o carente manifiestamente de la fundamentación adecuada, tachas que en virtud de su doctrina legal configuran el concepto de error judicial. La Sala Segunda da por buena esa interpretación del Juez, sin asumirla, por ser una entre otras posibles, precedida por otra parte de la propuesta al respecto de la Administración Penitenciaria, el diagnóstico médico al respecto y el dictamen favorable del Fiscal. Por otra parte, la Sentencia de la Sala Segunda no hace sino aplicar a este caso la doctrina jurisprudencial, ya abundante,

que configura el concepto de error judicial en función de su naturaleza intrínseca y delimita sus efectos, sin separarse un punto de los criterios utilizados en otros casos”.

2. Por enfermedad grave e incurable

2.1 Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996, de 26 de marzo

“El equilibrio entre el derecho a la vida, unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en sí todos los demás y el de la gente a su seguridad, mediante la segregación temporal en cumplimiento de las penas privativas de libertad, con su doble función retributiva y profiláctica o preventiva, es la finalidad que pretende conseguir la norma reglamentaria en cuestión, incorporada hoy al Código Penal. La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva, no pietatis causa sino por criterios enraizados en la justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble con otra guisa.”

“La Audiencia que denegó la liberación anticipada porque “la estancia en prisión” no constituye “un peligro seguro para la vida”, hace decir a la norma interpretada lo que no dice, creando un requisito obstativo, un impedimento más, donde no existe. Está claro que la excarcelación no puede garantizar la sanidad de un mal incurable según diagnóstico pero permite una mejoría relativa y una evolución más lenta, con menos ocasiones de episodios agudos, no sólo por el tratamiento Médico, que también podría recibir en la cárcel, sino por el cambio de ambiente que coadyuva positivamente por la unidad psicosomática del ser humano, mientras que la permanencia en el establecimiento penitenciario ha de incidir negativamente en la misma medida. Lo dicho pone de manifiesto que la lectura restrictiva del precepto reglamentario hecha por la Audiencia Provincial más allá de su texto introduce un factor de riesgo para la integridad física y aun para la vida del ya enfermo”.

“El mismo juicio, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, merece el otro razonamiento utilizado como soporte para denegar la libertad condicional. “En la mano del interno- añade a su final el Auto- esta aliviar su enfermedad, optando por someterse a una intervención quirúrgica, la cual podrá ser realizada por un médico de la confianza del propio interno o de sus familiares, con la adopción de las correspondientes medidas cautelares personales”. Paradójicamente, donde se hubiera necesitado un argumento jurídico, se cuela de rondón una opinión profana sobre un tema médico, ni siquiera compartida por todos los peritos en el arte. El derecho a la integridad física y moral no consiste en que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualquiera que fueren los motivos de esa negativa (sentencia del Tribunal Constitucional 120/90), que, por otra parte, es razonable en este caso si se toman en cuenta las discrepancias entre los especialistas sobre la conveniencia de la operación, cuya eficacia ponen en duda varios de ellos. La decisión de permitir una agresión de esa envergadura aunque con finalidad curativa es personalísima y libérrima, formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida.”.

2.2 Régimen legal:

Los requisitos para acceder a la libertad condicional por aplicación de los artículos 92 del Código Penal y 196.2 del Reglamento Penitenciario son:

a) Enfermedad grave con padecimientos incurables.

No se puede interpretar enfermo grave e incurable con estado preagónico. El artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario está pensado esencialmente para los enfermos terminales. Sin embargo, el concepto de enfermo terminal no debe ser interpretado tan restrictivamente que pueda llegar a confundirse con enfermo agónico o cercano a la muerte. Ni la letra, ni el espíritu, ni la finalidad, ni la sistemática de los artículos 196.2 del Reglamento Penitenciario y 92 del Código Penal autorizan esa interpretación. Este requisito no se puede equiparar a que esté a punto de morir en situación agonizante (autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao de 24 de enero de 1997 y 26 de mayo de 1997). Se puede equiparar, como señala el auto de Audiencia Provincial, Sección 5ª, de Madrid de 16 de diciembre de 1997 a “vivir en libertad esa última etapa de la vida que puede incluso tener larga duración; un vivir que es también convivir -el hombre como ser social desde los filósofos griegos- en definitiva sentir la vida como convivencia y dependencia absoluta de otros. Pero además, la concesión de este beneficio enlaza directamente con bienes y derechos constitucionalmente consagrados, lo que permite no dilatarlos hasta las fases terminales de la enfermedad; así, el derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 de la Constitución). Como es sabido, el SIDA no es tanto mortal en sí mismo, cuanto por facilitar infecciones o enfermedades oportunistas que en principio son de más fácil contagio en lugares de obligada convivencia colectiva, y más si el estado sanitario medio de los internos -muy frecuentemente de los más débiles socialmente, marginados, toxicómanos- es inferior al de las personas libres”.

Podemos poner en relación este requisito con la asimilación de la concesión para septuagenarios y enfermos graves. Como afirma el auto del Tribunal Supremo de 19 de agosto de 1988, el citado precepto contempla los supuestos en que los reclusos “bien causa de su edad avanzada, bien a causa de un padecimiento grave de pronóstico fatal, se encuentra ya en periodo terminal de su vida”. De manera que el Tribunal Supremo interpreta ambas situaciones como similares. Es evidente que una persona septuagenaria no se encuentra en peligro inminente de muerte, por lo que no hay que exigirle esa condición al enfermo muy grave con padecimientos incurables, pues su fundamentación es la misma: que la privación de libertad no aumente sus efectos aflictivos en el periodo más o menos largo -pero incontestablemente terminal- de su vida.

En este sentido la sentencia de 12 de septiembre de 1992 la Sala Segunda del Tribunal Supremo declaró: “En todo caso, la postura que adoptó el Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria aparece conforme con el tenor literal del precepto (el SIDA ya desarrollado con pronóstico de fallecimiento a corto plazo cumple, sin duda, los dos requisitos exigidos, pues se trata de una enfermedad que es, al tiempo muy grave e incurable) y también parece acorde con la finalidad humanitaria de tal forma que permitiría adelantar la excarcelación a algún momento anterior al de la muerte inminente, pues quizás debiera entenderse que no es el propósito de este artículo del Reglamento al que puedan sacarse de la prisión a los enfermos sólo para que mueran fuera de la cárcel, pareciendo, por el contrario, lo más adecuado al espíritu de esta disposición el que pudieran permanecer en libertad alguna temporada anterior al

momento del fallecimiento”. Y como también expone el auto de la Audiencia Provincial Sección 5ª de 26 de febrero de 1998, “la ley no busca la libertad de los agonizantes, pues a ellos les está vedado por esencia el hacer vida en libertad. Sobrevivir agónicamente no es vivir, no es vivir en convivencia, no permite una suficiente capacidad de autodeterminación en muchos casos como para hablar de libertad”.

b) Clasificación en tercer grado

En este sentido no es un impedimento para acceder a la libertad condicional que no esté clasificado en tercer grado, ya que la constatación de la existencia de una enfermedad grave con padecimientos incurables, en el sentido ya indicado, vacía de contenido las previsiones legales referentes a aspectos, tales como el historial delictivo del interno, o la duración de la pena impuesta. El fundamento del adelantamiento de la libertad condicional para los enfermos incurables, ciertamente, debe prescindir de estos elementos valorativos no sólo por no guardar relación alguna con la finalidad perseguida por el beneficio, sino también porque puede introducir elementos encubiertos de discriminación intolerables.

De la misma manera que es posible el otorgamiento de la libertad condicional por el Juez de Vigilancia sin la existencia de previo expediente administrativo, la necesidad de la previa clasificación en tercer grado puede ser provocada con los mismos efectos por la autoridad judicial. Hasta tal punto esto es así que, la VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, aprobaron el criterio de que en “los supuestos de aplicación urgente de la libertad condicional por razón de enfermedad grave e incurable, no hallándose el interno clasificado en tercer grado, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar dicha progresión de grado sin propuesta previa del establecimiento, en el mismo auto en que se conceda a aquel el beneficio de la libertad condicional”.

c) Buena conducta

d) Pronóstico de reinserción social

El nuevo Código Penal establece la necesidad de que conste un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes. Para el presente supuesto, resulta superfluo el pronóstico favorable de reinserción, teniendo en cuenta que nos hayamos ante un enfermo grave. Por el contrario será necesario que quede suficientemente cubiertas las necesidades sanitarias y asistenciales del enfermo. En cuanto a la necesidad de garantizar que la libertad condicional no suponga un riesgo intolerable contra la seguridad ciudadana, cabe la concesión del beneficio condicionado al cumplimiento de determinadas conductas, tal y como las prevé el artículo 105 del nuevo Código Penal. En concreto, la medida 105.e, establece la custodia familiar: "El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia , quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia".

El artículo 25.2 de la Constitución otorga a los condenados a prisión la protección general de todos sus derechos que no estén limitados por el fallo condenatorio. El art. 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria con exquisito respeto al mandato constitucional establece que la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y la salud de los internos.

El principio de humanidad y el respeto a la dignidad de la persona son criterios de interpretación de la norma. Nadie ha puesto en duda el fundamento humanitario de los beneficios que comprende el artículo 92 del Código Penal. No obstante, a pesar de su reconocimiento como principio jurídico-ético de nuestro sistema penal, no siempre ha sido bien entendido como criterio de interpretación teleológico-objetivo de resultados extensivos favorecedores de la supresión de contradicciones internas del ordenamiento. Al declarar la Constitución en su artículo 10.1 que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad constituyen uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, se está reconociendo el principio liberal, presupuesto de la negación de las penas inhumanas (artículo 15 de la de la Constitución) por el cual cada hombre y consiguientemente también el condenado, no debe ser tratado nunca como medio o cosa, sino siempre como fin o persona, lo que implica una limitación fundamental a la calidad y cantidad de la pena.

El principio de personalidad de la pena, reconocido, al menos, implícitamente en el artículo 25 de la Constitución, resulta en su integridad siempre de muy difícil cumplimiento en cuanto que también terceros inocentes se ven afectados por la prisión del condenado. Pero como expone el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, de fecha 16 de diciembre de 1997, “esa afectación es singularmente dura cuando, como en el caso de la madre del interno, la privación de su presencia actual se presenta como prólogo de su definitiva ausencia”.

Entonces la pena ya no cumple la finalidad de resocialización del penado. El Tribunal Constitucional en su sentencia 325/1994 de 12 de diciembre, considera que “a la hora de conceder la libertad condicional en virtud de cuatro circunstancias, a una de las cuales se le da prevalencia absoluta respecto de las restantes, por tratarse de enfermo muy grave con padecimiento incurable, en la extensión que se considere adecuada”. En este mismo sentido la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado de 1991, señaló que “las penas privativas de libertad ya no pueden cumplir su fin primordial de procurar la reinserción social del penado”. El periodo terminal de la vida, es un concepto indeterminado en cuanto a su duración que puede ser más o menos largo. Mas desde una perspectiva jurídica, una vez que se dé la situación de gravedad e irreversibilidad del padecimiento, habrá que atender, además, a otros referentes, entre las que destacan no sólo las referentes a las estimaciones del tiempo de supervivencia, sino también, cualquiera que sea éste, las condiciones de su existencia, en cuanto a una mayor o menor autonomía física y psíquica que acrediten una situación de notoria deficiencia e insoportable inferioridad respecto del resto de reclusos de tal manera que carezca de sentido, con carácter definitivo, la programación de un tratamiento rehabilitador o resocializador, respondiendo su permanencia en prisión a consideraciones exclusivamente aflictivas y retributivas”.

Por ello, parece absurdo orientar la ejecución de la pena a la reinserción y la rehabilitación, es decir, a la convivencia responsable en libertad, si esa libertad ha de durar las pocas horas o días que mediaran entre la excarcelación y la muerte, como manifiesta el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, de 16 de diciembre de 1997).

2.3 Por enfermedad grave (Resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid):

2.3.1 Necesidad de que se trate de enfermedad muy grave con padecimientos incurables: “La enfermedad no reúne los requisitos de muy grave e incurable sino que siendo grave no presenta en la actualidad caracteres que hagan pensar, a corto o medio plazo, en un fatal desenlace o incapacidad del penado para llevar una vida normal en prisión” (auto 865/96 de fecha 29 de noviembre de 1996)

2.3.2 Procede pese a la mala conducta, por tratarse de enfermedad grave con padecimientos incurables:

“Los informes médicos referentes al interno recurrente que se han ido emitiendo desde octubre de 1996 ponen de manifiesto un deterioro psicofísico importante y un pronóstico malo a corto plazo. Así se indica en el primero que consta en el expediente, que procede del servicio médico del centro penitenciario, y en los sucesivos emitidos por el médico forense en fechas 17.12.97, 7.1.97 y 21.2.97, todos ellos coincidentes en la gravedad de la enfermedad y en el mal pronóstico a corto plazo, siendo este dato determinante para que el Ministerio Fiscal informara el 20.12.96 en el sentido de no oponerse a la libertad condicional del interno, aún constando la mala conducta observada por el mismo que refiere el informe de la Junta de Tratamiento, si bien en contradicción con la propuesta del mismo centro en la que se indica, aunque ciertamente en lo que parece un impreso-tipo, que la conducta del interno es buena. Pero es que a pesar de tal dato negativo, lo verdaderamente determinante para acceder a la libertad condicional es el estado de salud del penado, grave e irreversible, con una evolución progresiva desfavorable constatada por los mencionados informes, y que ha motivado que haya sido ingresado recientemente en un centro hospitalario y después de esto excarcelado. Por tanto, existían motivos suficientes para haber concedido la libertad condicional cuando se propuso, pues a pesar de que en los informes médicos se mantiene la posibilidad para delinquir por la capacidad ambulatoria del enfermo, lo cierto es que la gravedad de la enfermedad padecida y la probable evolución de la misma eran suficiente para aconsejar entonces tal medida y no dilatarla hasta que la muerte fuera inminente, permitiendo de aquella forma que tanto el interno como las personas de su entorno más cercano pudieran disfrutar de un periodo de tiempo de convivencia antes de que el deterioro fuera total” (auto 156/98 de fecha 13 de febrero de 1998).

2.3.3 Por enfermedad grave con padecimientos incurables:

“La progresión a tercer grado y la aplicación de la libertad condicional se solicitan en base a la misma causa: la existencia de una enfermedad grave con padecimientos incurables. En el presente caso el interno sufre las siguientes enfermedades : HIV positivo conocido desde 1990, trombopenia asociada al mismo, candidiasis orofaríngea, trombosis pulmonar diagnosticada por cultivo en septiembre de 1994, hepatopatía por virus B y C con aumento mantenido de las transaminasas, de suerte que los servicios médicos consideran que se trata de un enfermo de SIDA con muy mal pronóstico a corto, medio plazo lo que le será susceptible de aplicación del artículo 104 del Reglamento en informe emitido en 23-4-97. El informe del director de la prisión recogiendo los datos médicos incluye que el preso padece VIH estadio IV y que su pronóstico es grave a un mes y muy grave a cuatro meses vista contados desde abril. El informe de la trabajadora social de 8 de mayo de 1997 hace referencia al buen apoyo y a la buena acogida familiar, a la pertenencia de la madre a una asociación de lucha contra la droga, así como a que el interno es toxicómano pero en la actualidad no muestra síntomas de consumo. En fin, los datos relativos a las penas que cumple son los siguientes : penas impuestas :8 años, 11 meses y 28 días. Inicia el cumplimiento el

10.12.93, cumple tres cuartas partes en Julio de 1998 y la totalidad de la pena en enero del 2000 (lo que es revelador de la obtención de importantes redenciones.)

Por otra parte, se considera en su contra el fracaso en su tratamiento de desintoxicación y la ausencia de disfrute de permisos de salida, así como una alegada multireincidencia que no resulta del expediente y que más parece referirse a una plural actividad delictiva, si bien el número de ingresos en prisión es elevado -ocho- su conducta en la misma no es mala pues ni tiene sanciones, ni recompensas y ha participado en las actividades de la escuela y del taller de mecánica. Son estos datos que, si se prescinde de las enfermedades que padece, serían insuficientes para acordar la progresión a tercer grado pues no se revelan especiales avances en la reinserción ni es conveniente el régimen de semilibertad inherente al mismo sin una cierta preparación a través de los permisos.

“Pero lo esencial es que el expediente contiene los suficientes datos como para pronunciarse sobre la progresión a tercer grado y la libertad condicional y que la resolución en un sentido u otro dependerá del concepto mismo de si estamos en presencia de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Al respecto ha de decirse que existe también un informe médico-forense de 10 de junio de 1997 que concluye afirmando que en opinión del facultativo “el informado no presenta enfermedad que se prevea con un desarrollo fatal a corto medio plazo, salvo complicaciones”. No consta que el médico forense hiciera otras exploraciones o análisis complementarios aunque se deduce de su informe que tuvo a la vista los dictámenes de los servicios médicos de la prisión y que se reunió con el interno cuyo aspecto externo describe como consciente, orientado, asintomático y con aparente buen estado general.

“Debe pues analizarse si estamos en presencia de un enfermedad muy grave y con padecimientos incurables, esto es la suficiencia del cumplimiento de este requisito para acordar la progresión al tercer grado y la libertad condicional . Al respecto ha de decirse que esa progresión y esa libertad podrían darse sin más especiales requisitos en el plazo de unos pocos meses (menos de siete), simplemente con una conducta positiva y un buen uso de algún permiso penitenciario previo. Es decir que su eventual anticipación, por su limitada extensión temporal, no supone un beneficio singularísimo o especialmente extraordinario.

“Pues bien la concesión de esas ventajas o beneficios en razón de la presencia de las enfermedades descritas dependerá en buena parte del concepto y contenido que se atribuya a esa circunstancia o causa de concesión.

“El contenido mínimo que debe darse a esa causa de enfermedad muy grave y con padecimientos incurables a la hora de decidir sobre la progresión de grado y la libertad condicional incluiría el derecho a morir y a agonizar o premorir fuera de prisión. Pero si se coteja con otras causas de concesión y particularmente con la de edad avanzada - mayores de 70 años - se observará que ese contenido mínimo no se corresponde con el propósito de la norma (artículo 104 y 196 del Reglamento Penitenciario, en lo que ahora se resuelve, refrendada por el artículo 92 del Código Penal), sino también se extiende a vivir en libertad esa última etapa de la vida que puede incluso tener una larga duración, un vivir en libertad que es también convivir - el hombre como ser social desde los filósofos griegos- en definitiva sentir la vida como convivencia o interdependencia y no como supervivencia y dependencia absoluta de otros.

“Pero es que además la concesión de estos beneficios enlaza directamente con bienes y derechos constitucionalmente consagrados lo que permite no dilatarlos hasta las fases terminales de la enfermedad .

“En positivo, con el derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 de la Constitución) pues, como es sabido, el SIDA no esta tanto mortal en si cuanto por facilitar infecciones o enfermedades oportunistas que en principio son de más fácil contagio en lugares de obligada convivencia colectiva y más si el estado sanitario medio de los internos -muy frecuente los más débiles socialmente, marginados, toxicómanos - es inferior al de las personas libres.

“Igualmente enlaza con la proscripción constitucional de penas inhumanas y no se trata aquí de filosofar sobre la dureza de las penas privativas de libertad, sino de constatar que una pena en principio no reputada inhumana pueda tornarse tal si se añade pena a la pena, esto es, lo que la norma busca es una suerte de efecto sustitutivo de la prisión por la enfermedad pues el efecto acumulativo de ambos sufrimientos -la privación de libertad y la enfermedad grave e incurable- tornaría inhumana, por cruel, la ejecución de la pena.

“También, negativamente, es absurdo orientar la ejecución de la pena a la reinserción y la rehabilitación, es decir a la convivencia responsable en libertad (artículo 25 de la Constitución) se esa libertad ha de durar las pocas horas o días que mediaran entre la excarcelación y la muerte.

“En fin, el principio de personalidad de la pena, reconocido, al menos, implícitamente en el artículo 25 de la Constitución, resulta en su integridad siempre de muy difícil cumplimiento en cuanto que también terceros inocentes se ven afectados por la prisión del condenado; pero esa afectación es singularmente dura cuando, como en el caso de la madre del interno, la privación de su presencia actual se presenta como prólogo de su definitiva ausencia.

“Por todo ello, acreditada la presencia de al menos una enfermedad muy grave y con padecimientos incurables y, aunque el pronóstico no sea fatal a corto o medio plazo, se cumple los requisitos para acordar la progresión a tercer grado y la concesión de la libertad condicional” (auto 1288/97 de fecha 16 de diciembre de 1997).

2.3.4 Por enfermedad grave con padecimientos incurables:

“El interno ha solicitado, además de la progresión de grado, la libertad condicional. La cita del artículo 104 del Reglamento Penitenciario en su recurso supone que el recurrente lo que pide es salir de la prisión. Esa petición se incorpora al recurso contra la denegación de progresión, siendo petición que se reitera en el recurso de reforma y subsidiario de apelación. Debe, en el presente auto, resolverse sobre dicha pretensión.

“La progresión a tercer grado y la aplicación de la libertad condicional se solicitan en base a la misma causa: la existencia de una enfermedad grave con padecimientos incurable. El interno sufre las siguientes enfermedades : VIH positivo, conocido desde 1989, hepatopatía por virus B y C, tuberculosis pulmonar en 1991, (correctamente tratado durante un año). En la última analítica destacan 206 CD4 (octubre de 1996 presentando un índice Karnofsky de 90. Se encuentra en tratamiento actual con DDI.

Con los datos anteriores, y según el informe médico de 21 de noviembre de 1996 (folio 7), se llega a la conclusión de que se trata de una infección por VIH estadio C2 con importantes inmunodepresión lo que hace pensar en un pronóstico malo a corto plazo. El pronóstico a seis meses vista, a contar desde el 21 de noviembre de 1996 en que se estableció el diagnóstico, es grave.

“El informe de la trabajadora social, de 5 de Diciembre de 1996, señala la inexistencia de antecedentes penales y toxicófilos en los miembros de la familia de origen del interno. En cuanto a la familia adquirida, su esposa tiene trabajo en Telemarketing donde también trabaja su hija mayor. Sus otros dos hijos se encuentran escolarizados. La vinculación familiar es muy positiva con todos los miembros de su familia, en especial con la esposa e hijos. En dicho informe se hace también referencia al buen apoyo y acogida familiar ante un eventual permiso o libertad condicional anticipada. También se hace referencia a la condición de toxicómano del interno si bien expone no consumir en la actualidad. Los datos relativos a las penas que cumple son los siguientes : condena total de 55-12-6. Tiene previsto el cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes para el año 2015.

“Consta en su contra, condenas de evasión en ingreso anterior (año 85 no reincorporación de permiso al Centro Penitenciario de Segovia), otro más reciente que tuvo lugar en el presente ingreso. El 21.12.93 se evadió del CIS Victoria Kent, estando en tercer grado (fue progresado en Julio de 1992). Reingresó el 18.1.95, habiendo cometido hechos delictivos en Mayo del 94 por los que ha sido recientemente condenado. Fue regresado a segundo grado en Abril de 1995 y no ha vuelto a disfrutar permisos.

“Consta aprobada baja en redención con efectos de 21.12.93

“Ya en el mes de Mayo de 1996, los servicios médicos del Centro aportaron informes a los efectos de posible aplicación de lo previsto en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario a la Junta de Tratamiento, no pudiendo ser valorado al tener el interno decretado prisión preventiva en causa ya penada. Al final del proceso aludido, recuperó el interno la clasificación en segundo grado con efectos de 25.10.96

“Son estos datos de por sí negativos para acordar una progresión a tercer grado no resultando conveniente un régimen de semilibertad (inherente a su concesión) para quien no se ha preparado al mismo a través de los permisos.

“Sin embargo la petición de progresión a tercer grado y de libertad condicional tienen su fundamento en la presencia de una enfermedad grave y con padecimiento incurables. Por lo tanto habrá de establecerse si estamos en presencia de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Existe un informe médico forense de 18.2.1997 en el que consta: “en el momento actual, el informado está consciente, orientado, con buen estado de nutrición, buen estado general [...] Dados los antecedentes penales del informado [...] en mi opinión el pronóstico a corto-medio plazo es bueno salvo complicaciones”

“En el presente caso, la progresión al tercer grado y la libertad condicional suponen un beneficio singularísimo y extraordinario puesto que esa progresión y libertad, sin especiales requisitos, tardarían aún mucho en llegar.

“Por lo tanto para atender a la solicitud del apelante habrá de valorarse la presencia de las enfermedades que padece, al ser éstas el fundamento único de una eventual admisión

de lo solicitado. Para ello habrá de determinarse el concepto y contenido que se atribuya a esa circunstancia o causa de concesión.

“El contenido mínimo que debe darse a esa causa de “enfermedad muy grave y con padecimientos incurables” incluiría el derecho a morir y a agonizar o premorir fuera de la prisión. De todos modos y si se coteja con otras causas de concesión y particularmente con la edad avanzada (mayores de 70 años) se observará que ese contenido mínimo no se corresponde con el propósito de la norma (artículos 104 y 196 del Reglamento Penitenciario, refrendada por el 92 del Código Penal) sino que también se extiende a vivir en libertad esa última etapa de la vida que puede incluso tener una larga duración. Por otro lado es de destacar que, en el presente caso, los Servicios Médicos del Centro Penitenciario Madrid IV, en mayo de 1996, aportaron un informe a los efectos de posible aplicación de lo previsto en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario a la Junta de Tratamiento.

“Por otra parte la concesión de estos beneficios enlaza directamente con bienes y derechos constitucionalmente consagrados lo que permite no dilatarlos hasta las fases terminales de el enfermedad.

“El interno goza de apoyo familiar en todos los sentidos lo que redundará en un mejor estado sanitario del mismo. Por otra parte, es un hecho que la privación de libertad supone que, no sólo el penado sino, terceros inocentes se vean afectados por ella, en este caso la familia y sobre todos sus hijos, cuya privación de su presencia actual presenta como prólogo de su definitiva ausencia.

“Por todo ello, acreditada la presencia al menos de un enfermedad grave y con padecimientos incurables y, aunque el pronóstico no sea fatal a corto o medio plazo, se cumplen los requisitos para acordar la progresión a tercer grado y la concesión de la libertad condicional” (auto 68/98 de fecha 16 de enero de 1998).

2.3.5 Por enfermedad grave con padecimientos incurables:

“Si bien la resolución administrativa inicial y los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que se impugnan, hacen referencia a la denegación de la progresión al tercer grado, es lo cierto que la pretensión del interno era doble: progresión a dicho grado y concesión de la libertad condicional. Por tanto, en congruencia, la resolución ha de resolver sobre ambas pretensiones. El interno tiene 38 años de edad con nueve ingresos en prisión desde 1981. Actualmente, tras haber quebrantado en una ocasión la libertad condicional cumple causa por cuatro delitos de robo con intimidación o robo con fuerza. La totalidad de las penas a cumplir es de 10 años, 7 meses y 15 días. En prisión ininterrumpida desde el 8.10.94, tiene previsto el cumplimiento de las tres cuartas partes con redención de condenas para noviembre de 1999. Es un interno con antecedentes toxicofílicos sin que conste la superación de su problema con las drogas. Actualmente no observa mala conducta y cuenta con apoyo familiar caso de ser excarcelado en libertad condicional .

“Asimismo sus antecedentes familiares son: padre fallecido en 1982 por suicidio. La madre trabaja desde hace 16 años en labores por limpieza. Tiene dos hermanos, el varón fallecido en 1996 por VIH, tras estar internado en el propio Centro Madrid IV. Con la hermana y la madre mantiene comunicaciones normales. La madre está dispuesta a

acogerlo en el domicilio y darle el apoyo necesario. Carece de experiencia profesional y ha trabajado en períodos cortos con carácter temporal. Es consumidor de droga desde los 18 años y es politoxicómano. La vivienda de la madre lo es en propiedad y aparentemente reúne condiciones de habitabilidad.

“El preso solicita la progresión de grado y la libertad condicional, ofreciendo hacer vida honrada en libertad, ya que está gravemente enfermo. Los informes recibidos de la prisión refieren las siguientes enfermedades e incidencias médicas : Infección por VIH estadio B-3, con pronóstico muy grave a seis meses vista verificado hace más de 14 meses (26.11.96), candidiasis oral de repetición, tuberculosis no bacilifera, Hepatitis C y hepatopatía crónica, herida por arma blanca en hemitórax izquierdo. Según el informe médico al interno son susceptibles de aplicación los artículos 104.4. y 196 del Reglamento Penitenciario. Con este informe coinciden el médico forense en su informe de 11 de marzo de 1997, si bien en uno posterior de 8 de abril de 1997 se afirma que la enfermedad no impide al preso capacidad para relacionarse con el mundo exterior fuera de su ambiente familiar y por tanto, aunque limitada, existe capacidad para delinquir.

“El interno, aparentemente, ha dejado en algún momento de tomar la medicación adecuada a su enfermedad, si bien desde abril de 1997 sigue el tratamiento y coopera con los servicios médicos del centro para que otros internos lo sigan (informe 25.4.1997)

“A la vista de estos informes el Fiscal ha informado favorablemente la libertad condicional (dictamen 13.3.1996) si bien posteriormente lo hizo desfavorablemente aunque solicitando un seguimiento en la información mediante reconocimientos periódicos por si era preciso cambiar de criterio.

“Los artículos 104.4 y 196 del Reglamento Penitenciario establecen la posibilidad de progresión al tercer grado y concesión de la libertad condicional cuando un interno padezca una enfermedad muy grave con sufrimientos incurables. Las razones de estas normas pueden en síntesis encontrarse en el respeto a la vida y a la integridad física y moral como derechos fundamentales más fácilmente vulnerables en prisión que fuera de ella, en la prohibición constitucional de penas inhumanas que, aunque no sean en abstracto reputadas como tales en nuestra cultura, pueden en concreto y en ejecución, devenir tales si el sufrimiento inherente a la enfermedad supone un añadido o carga adicional al que supone la pena tal que el cumplimiento de ésta lleve al preso (y a terceros, muchas veces) a simas de dolor. Ciertamente la ley, tanto el Código Penal derogado como el vigente exigen además de la presencia de la enfermedad unas ciertas garantías de hacer vida honrada en libertad (texto refundido de 1973) que se concretan en un pronóstico individualizado y favorable a dicha vida honrada (Código de 1995). Pero este requisito debe analizarse, si bien siempre con prudencia, también con elasticidad. Pues en un tierra como la nuestra más proclive a buscar culpables que a buscar soluciones, el miedo al error siempre posible en ese pronóstico podría tener tales efectos paralizantes que jamás nadie arriesgara el vaticinio salvo en los supuestos de enfermedades en fases tan avanzadas y tan terriblemente incapacitantes en que pudieran afirmarse la imposibilidad física de delinquir. Y ello sería tanto como reducir el beneficio de libertad condicional al derecho a sobrevivir (si acaso) y a agonizar y morir, como si la vida en libertad, por condicional que sea ésta, fuera un concepto compatible con tan pobres extremos y no se extendiera a la capacidad de convivencia, de dar, además de recibir y de integrarse lo más plenamente posible en la sociedad a la que siempre se afirma que el preso no ha dejado de pertenecer.

“Así pues, si en el presente momento la presencia de enfermedades gravísimas y con sufrimientos incurables es patente, el preso ha cumplido 38 años - hecho cronológico que como es sabido debilita por sí sólo la tendencia a delinquir - su capacidad criminal aunque persista (cabría preguntarse en quien no) está atenuada, el pronóstico de vida no es muy largo y el ambiente familiar es de acogida y responsabilización, el riesgo de acordar la libertad condicional es asumible y sobre todo es preferible al riesgo, sino es ya lesión, de estar sometiendo a un preso a una pena que por sus circunstancias es inhumano que cumpla. Pues sólo la función retributiva de la pena puede explicar la presencia en prisión hasta la preagonía y esa retribución sumada a la enfermedad sería cruel, y carece de sentido orientar a la reinserción a quien sólo hubiera de salir de prisión para agonizar y morir. Puede, sin embargo, añadirse a la condición general de no delinquir durante la libertad, la cautela de acordar que quede bajo custodia familiar ofrecida por el interno y por su madre, pero debe estimarse el recurso.” AUTO 71/98 16.1.98

2.3.6 Por enfermedad grave con padecimientos incurables:

“Pese al tenor de las resoluciones judiciales y la previa administrativa, relativas exclusivamente a la denegación de progresión a tercer grado del preso ahora apelante es lo cierto que éste también solicita la libertad condicional con cita expresa de los artículo 92 del Código Penal y 196 del Reglamento Penitenciario. Deba pues resolverse también sobre esta pretensión.

“El interno tiene 42 años de edad. Cumple condena por delitos violentos contra la propiedad con una extensión de 16 años 10 meses y dos días y, en virtud de las redenciones ganadas, tras iniciar el cumplimiento el 14-2-92, habrá cumplido las tres cuartas partes en marzo de 1998. Cuenta con apoyo familiar, no ha disfrutado de permisos de salida y se dice que sufre una drogodependencia no superada. Su situación clínica es la siguientes : HIV positivo desde 1992, último análisis conocido arrojaba un total de 54 CD4 (lo normal son ochocientas), padece trombopenia asociada a VIH, Hepatopatía crónica por virus b, Delta y c y candidiasis orofaríngea de repetición. El índice de Kanofsky es de 80 (actividad normal con esfuerzo) y su pronóstico a un mes vista y a seis meses vista era muy grave en marzo de 1997.

“La drogodependencia no superada es un juicio de valor de la Administración previsiblemente fundado en la observación directa pues no constan sanciones por tenencia o consumo de estupefacientes. En todo caso en un régimen de sujeción especial del administrado a la Administración, no puede atribuirse exclusivamente al interno la responsabilidad de una eventual permanencia en el consumo. Pero lo esencial es valorar no tanto el origen o la posible causa de agravación de sus enfermedades sino la trascendencia de éstas en orden a la eventual aplicación de los artículos 104-4 y 196 del vigente Reglamento Penitenciario.

“Como es sabido la enfermedad conocida como SIDA no es tanto mortal en si cuanto, principalmente, por debilitar de tal suerte la capacidad de defensa del organismo que multiplica el riesgo de infecciones comunes que un organismo sano está en condiciones de rechazar y otro debilitado por VIH o rechaza con mayor dificultad o no es capaz de superar. En ese sentido la presencia en un centro carcelario, de gran concentración humana, con un porcentaje importante de también afectados por el retrovirus y en el que, según informes oficiales, es posible seguir consumiendo drogas al margen cautelas

higiénicas elementales, no es en principio la fórmula más indicada para preservar la salud del enfermo.

“Este argumento es positivo a conceder la libertad condicional por causa de enfermedad grave en cuanto que enlaza directamente con el derecho a la integridad física (a la salud) consagrado como fundamental por el artículo 15 de la Constitución, e incluso con el derecho a la vida que es esencialmente el derecho a conservarla durante el tiempo posible, a no perderla cuando aún no es hora, y que proclama igual norma constitucional.

“De otra parte el repetido artículo 15 de la Constitución prohíbe las penas inhumanas. Mandato que se dirige a todos los poderes públicos: al legislador que no puede establecerlas en la ley y a la Administración y a los jueces que han de velar porque una pena, aún considerada en nuestro estadio cultural como humana en abstracto, se torna inhumana en su ejecución. Y esto puede ocurrir si al sufrimiento inherente a la privación de libertad se suman otros que pueden llevar al ser humano al límite de su capacidad de resistencia cuando no traspasarlo. En el presente caso la privación de libertad ha sido lo suficientemente prolongada y la conducta y capacidad de redención lo bastante buenas como para que las tres cuartas partes de la condena se cumplan en pocos días, aparecen presentes varias enfermedades muy graves que hoy por hoy no tienen cura. Se cumplen pues lo requisitos de los artículos 104 y 196 del Reglamento Penitenciario. Ciertamente cabe, como hipótesis, que la salud del enfermo haya mejorado con alguno de los modernos tratamientos, pero el Tribunal ha de atenerse no a un juicio hipotético o de posibilidad, sino a los datos que como ciertos obran en el expediente.

“El Código Penal derogado, conforme al cual fue condenado el hoy apelante, exigía además unas ciertas garantías de que el preso hiciera vida honrada en libertad, requisito que la nueva ley ha endurecido exigiendo un pronóstico individualizado y favorable de hacer vida honrada en libertad, pronóstico del que cabe igualmente pronosticar que su obtención no será fácil si sólo se valoran los riesgos siempre existentes de volver a delinquir, más si persiste y se acentúa la tendencia a desplazar o al menos, a hacer compartir la responsabilidad por hechos de terceros al autor de dicho pronóstico cuya tendencia natural siempre será la de evitar ese juicio de reproche, quizá con la excepción de los supuestos extremos en que pueda afirmarse que la enfermedad ha traído como consecuencia la incapacidad física para delinquir. Pero evidentemente la ley no busca la libertad de los agonizantes, pues a ellos les está casi vedado por esencia el hacer vida en libertad. Sobrevivir agónicamente no es vivir, no es vivir en convivencia, no permite una suficiente capacidad de autodeterminación en muchos casos como para hablar de libertad. En el presente caso, si el preso ha de cumplir en pocos días tres cuartas partes de la pena, sus enfermedades son tan graves como requerir un tratamiento severo hasta donde sea tolerable por el penado, éste cuenta con apoyo familiar y tiene más de cuarenta años las posibilidades razonables de que haga vida honrada son elevadas. Debe pues estimarse el recurso y concederse la progresión a tercer grado de tratamiento y la libertad condicional” (auto 222/98 de fecha 26 de febrero de 1998).

3. Denegación por no dar garantías de hacer vida honrada.

Sentencia del Tribunal Constitucional 79/1998, de 1 de abril:

El objeto del recurso de amparo es la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria 4 de Barcelona, ratificada por la Audiencia Provincial, de denegar el beneficio de libertad condicional (por edad, con base en el artículo 60 del antiguo Reglamento Penitenciario) por no estar acreditado que el interno ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad.

La Audiencia Provincial razonaba que si bien había elementos que, desde un plano objetivo, abonaban la tesis de un vida honrada (apoyo familiar, edad, recursos económicos) sin embargo, desde el plano subjetivo, no se percibía en el interno, porque nada decía el informe del Centro, que existiera una motivación a un cambio de conducta, lo que se consideraba exigible atendiendo a su dilatada trayectoria delictiva (estafas, falsificaciones, apropiaciones indebidas).

El Ministerio Fiscal, ante el Tribunal Constitucional, solicitó la estimación del recurso por estimar insuficiente la motivación de las resoluciones judiciales, al no establecerse “una relación de causalidad bastante y suficiente entre los antecedentes y la previsión de futuro de llevar una vida honrada en libertad, entendida como previsión racional de no reincidir en delitos”.

El Tribunal deniega el amparo con base en la siguiente fundamentación:

“En modo alguno puede entenderse como arbitraria o infundada la decisión de los órganos judiciales de denegar la concesión de la libertad condicional en el presente caso, por estimar que la Administración Penitenciaria no había ofrecido datos suficientes en su propuesta, en orden a acreditar debidamente la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos para la concesión del beneficio de la libertad condicional, y muy especialmente el de las garantías de hacer vida honrada en libertad, máxime tratándose de un supuesto de libertad anticipada por razón de edad, y habida cuenta de la finalidad resocializadora de la institución”.

Y la pregunta que surge tras leer la sentencia es: ¿Qué culpa tiene el recurrente de que el Centro no recogiera datos en su informe/propuesta del Centro acerca de las garantías de hacer vida honrada en libertad?

Realizando el Centro una propuesta que no es vinculante, si el Juez de Vigilancia Penitenciaria considera que hay aspectos que no quedan cubiertos en el informe penitenciario puede y debe solicitar que se le ilustre sobre los mismos, en lugar de ampararse en la falta de información, de la que no es responsable el interno, para denegar la libertad condicional.

4. Adelantamiento a las dos terceras partes a presos condenados por el antiguo Código Penal

4.1 Posibilidad legal

Cuando la sentencia se hace firme, comienza la fase de ejecución. En esta fase las normas a aplicar no son las sustantivas respecto de supuestos de hecho -tipos delictivos- y consecuencias jurídicas -penas- sino relativas exclusivamente a la ejecución de las condenas ya impuestas en virtud de uno u otro Código (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castilla-León núm.1 de fecha 9 de octubre de 1996). La Disposición Transitoria 2 del Código Penal de 1995 se centra exclusivamente a determinar cual es la ley más favorable teniendo en cuenta "las penas que correspondería al hecho enjuiciado

con las normas completas de uno u otro código", es decir, normas que tienden a la determinación correspondiente de un delito con la nueva regulación, pero que no incluyen las normas relativas a la ejecución de penas y las normas relativas a la libertad condicional pueden considerarse como normas penitenciarias aunque aparezcan en el Código Penal. Es decir, que al quedar regulada la libertad condicional en el Código Penal, lo único que ha hecho es trasladarle las normas existentes en el Reglamento Penitenciario, a fin de salvaguardar el principio de jerarquía que había sido vulnerado continuamente en aras de la prevalencia del principio de humanidad de las penas (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao de 26.05.1997). De aquí que los tres primeros preceptos mencionados (artículos 90 a 93 del Código Penal) supondrían la progresión al 4º grado de tratamiento (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao de 26 de mayo de 1997), a salvo, claro está de lo referente a la redención de penas que expresamente se excluye a quienes se les aplique el nuevo texto punitivo, expresión que muestra claramente la voluntad del legislador, y que no se contiene, en cambio, respecto de la libertad condicional (Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao de fechas 11.10.1996 y 26 de mayo de 1997).

Por ello, cuando una persona haya sido condenada por el Código Penal derogado, razón por la que habrá disfrutado del beneficio de la redención de penas por el trabajo, y éstas hayan sido aprobadas por el Juez de Vigilancia, habrá consolidado una nueva situación penitenciaria que es perfectamente compatible con la nueva aplicación del art. 91 del nuevo Código Penal (adelantamiento de la libertad condicional a las 2/3 partes de la condena).

No se trata de examinar qué ley es la más favorable para determinar la ley aplicable a los hechos probados, pues la condena ya ha sido impuesta, y se encuentra en fase de ejecución. Llegados a esta fase, en muchos casos, una vez examinada la posibilidad de acomodación al nuevo Código Penal, se mantuvo el cumplimiento por las normas del Código Penal derogado porque resultaban más beneficiosas. De manera que, con independencia de la naturaleza jurídica que quiera darse a la redención de penas por el trabajo, su aprobación por el Juez de Vigilancia una vez cumplidos los requisitos legales, genera una nueva situación penitenciaria -calificada como irreversible por la sentencia del Tribunal Constitucional 174/89 que incide sobre el cumplimiento penal como si se tratara de una pena distinta, en cuanto a su duración, a la que inicialmente fue impuesta. Y esta nueva situación penitenciaria, una vez que ha sido plenamente consolidada, es compatible, según afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de julio de 1996, con la aplicación del nuevo Código Penal, pues la prohibición sobre redenciones de penas ha de entenderse únicamente referida al momento posterior a la entrada en vigor del nuevo Código Penal.

Si el legislador entiende que a partir del año 1995 los penados que por motivos de buen comportamiento, participación en actividades, siempre que cumplan los requisitos legales pueden adelantar su libertad condicional, no parece acorde con los principios que informan la aplicación de las leyes penales en el tiempo -retroactividad de las leyes favorables- ni, por tanto, con los motivos política-criminal que han informado la decisión del legislador, que las personas cuya condena no se haya acomodado a la normativa del Código Penal de 1995, no puedan gozar de dichos beneficios. No acceder a esta interpretación sería pervertir el mecanismo de la retroactividad de lo favorable que es el principio rector en la materia penal de derecho transitorio (Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, rollo apelación 12/96, Auto de la Audiencia

Provincial de San Sebastián rollo apelación 6015/96). No cabe duda que el adelantamiento de la libertad condicional a las 2/3 partes de cumplimiento es una norma más favorable al penado que la concesión de las 3/4 partes de la condena.

A tenor de la Disposición Transitoria 1ª del Código Penal de 1995 “los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este código se juzgarán conforme al cuerpo legal y demás leyes especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente código penal, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas). Por ello, la norma exige la aplicación de la más favorable; ello significa que no se trata de comparar en bloque una y otra norma a efectos de aplicación de uno u otro texto legal, sino que, en sede de ejecución se aplique la norma que más favorable. En este caso es la del adelantamiento de la libertad condicional a las 2/3 partes.

No existe ya posibilidad de incompatibilidad entre el adelantamiento de la libertad condicional con el adelantamiento previsto en los arts. 256, 257 y Disposición Transitoria 2ª del Reglamento Penitenciario de 1981, porque estos han quedado expresamente derogados por el Reglamento Penitenciario de 1996.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria es el competente para la concesión de este beneficio de adelantamiento de la libertad condicional a pesar de que la cárcel señale que solamente se puede conceder a propuesta del Equipo de Tratamiento.

El artículo 91 del Código Penal establece que “excepcionalmente cumplidas las circunstancias 1 y 3 del apartado 1 del artículo anterior, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales y ocupacionales”. Por ello, el órgano competente para la concesión de este beneficio es el Juzgado de Vigilancia, sin perjuicio de los informes que pida a la cárcel; el único requisito es que lo “merezca” por el desarrollo continuo de actividades.

El Reglamento Penitenciario se limita a ejecutar una Ley Orgánica, pero no puede imponer más requisitos que los que aquella determine, en la medida en que los añadidos limiten o impidan el derecho del recluso. De seguir la tesis que mantienen algunas Juntas de Tratamiento respecto de la obligación inexcusable de que sea este órgano administrativo quien proponga el adelantamiento, el Juzgado de Vigilancia quedaría excluido de una decisión que el Código Penal le atribuye. Ello supondría una clara infracción del art. 91 del Código Penal, del 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y lo que es más importante, de los arts. 24.1 y 117.2 de la Constitución, como afirma el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Madrid de fecha 23.06.1997).

4.2 Competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria:

El artículo 91 del Código Penal establece que “excepcionalmente cumplidas las circunstancias 1 y 3 del apartado 1 del artículo anterior, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales y ocupacionales”. Por ello, el órgano competente para

la concesión de este beneficio es el Juzgado de Vigilancia, sin perjuicio de los informes que pida a la cárcel; el único requisito es que lo “merezca” por el desarrollo continuo de actividades. El Juez de Vigilancia Penitenciaria es el competente para la concesión del beneficio de adelantamiento de la libertad condicional a pesar de que la Administración Penitenciaria interprete que solamente se puede conceder a propuesta del Equipo de Tratamiento.

El Reglamento Penitenciario se limita a ejecutar una Ley Orgánica, pero no puede imponer más requisitos que los que aquella determine, en la medida en que los añadidos limiten o impidan el derecho del interno. De seguir la tesis que mantienen algunas Juntas de Tratamiento respecto de la obligación inexcusable de que sea este órgano administrativo quien proponga el adelantamiento, el Juzgado de Vigilancia quedaría excluido de una decisión que el Código Penal le atribuye. Ello supondría una clara infracción del art. 91 del Código Penal, del 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y lo que es más importante, de los arts. 24.1 y 117.2 de la Constitución (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Madrid de 23 de junio de 1997).

5. Aprobación por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sin el expediente administrativo:

Esta petición tiene fundamento en los criterios asumidos por los Jueces de Vigilancia en 1994. En este sentido el criterio número 57 establece que cuando en el expediente personal del interno que obre en el Juzgado de Vigilancia figuran los datos necesarios suficientes para comprobar la concurrencia de los requisitos legales, el Juez puede autorizar directamente la libertad condicional, sin necesidad del expediente administrativo.

MEDIOS COERCITIVOS:

El artículo 45.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que “solo podrán utilizarse, con autorización del director, aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente en los casos siguientes:

- a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos.
- b) Para evitar daños de los internos a si mismos, a otras personas o cosas.
- c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo”.

Cuando, ante la urgencia de la situación, se tuviere que hacer uso de tales medios se comunicará inmediatamente al director, el cual lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia.

El uso de las medidas coercitivas solo subsistirá el tiempo estrictamente necesario

ORGANIZACIÓN DEL CENTRO:

*1. El Consejo de Dirección:

1.1 Composición:

El Consejo de Dirección de cada Establecimiento penitenciario está presidido por el Director del Centro penitenciario y compuesto por el Subdirector de Régimen, el Subdirector de Seguridad, el Subdirector de Tratamiento, el Subdirector Médico o Jefe de los Servicios Médicos, el Subdirector de Personal, si lo hubiere y el Administrador.

1.2 Funciones:

Le corresponden todas las facultades que no estén específicamente atribuidas al Centro Directivo y al Director de la cárcel. En particular, el Reglamento indica las siguientes:

- a) impulsar y supervisar las actuaciones de los restantes órganos de la prisión
- b) elaborar las normas de régimen interior de la prisión para su aprobación por el Centro Directivo
- c) adoptar cuantas medidas generales resulten necesarias en los casos de alteración del orden de la cárcel, dando cuenta inmediata al Centro Directivo
- d) fijar el número de Equipos Técnicos de la prisión y determinar su organización, funcionamiento y composición
- e) determinar los puestos auxiliares que requieran las necesidades de la prisión
- f) fijar los días en que puedan comunicar los internos y establecer los horarios de las comunicaciones especiales y de recepción y recogida de paquetes y encargos, así como de los recuentos ordinarios
- g) determinar las áreas regimentales de participación de los presos en las actividades de la prisión y ejercer las competencias que le atribuye el Reglamento en el proceso de elección de representantes de los presos, así como suspender o dejar sin efecto su participación en los supuestos de alteraciones regimentales

1.3 Sesiones:

Se reúne en sesión ordinaria una vez al mes y en sesión extraordinaria cuantas veces lo considere necesario su Presidente o el Centro Directivo.

Como en todos los demás órganos colegiados de la cárcel, la asistencia a las sesiones de los miembros tiene carácter obligatorio.

La eficacia de los acuerdos queda pendiente de la aprobación por el Director de la cárcel. En el caso de que su valoración fuera negativa por estimar que los acuerdos adoptados perjudican gravemente el régimen del Centro o conculcan la legislación, el Reglamento Penitenciario o las circulares, instrucciones u órdenes de servicio dictadas por los órganos directivos de la Administración Penitenciaria correspondiente,

continuarán sin producir efectos hasta la aprobación superior, en su caso, del Centro Directivo.

2. El Director:
3. Los Subdirectores
4. El Administrador
5. El Jefe de Servicios

*6. La Junta de Tratamiento y los Equipos Técnicos:

6.1 Composición:

La Junta de Tratamiento esta presidida por el Director de la cárcel y la componen los siguientes funcionarios: el Subdirector de Tratamiento, el Subdirector Médico o Jefe de los Servicios Médicos, los Técnicos de Instituciones Penitenciarias que hayan intervenido, en su caso, en las propuestas sobre las que delibere, el Director de la Unidad Docente o, en su caso, el Pedagogo, el Coordinador de los servicios sociales penitenciarios del Centro, un Educador, que haya intervenido en las propuestas, un Jefe de Servicios, preferentemente el que haya intervenido en las propuestas.

6.2 Funciones:

Establecer los programas de tratamiento o los modelos individualizados de ejecución penitenciarios para cada preso, definiendo las actividades a realizar en función de las peculiaridades de su personalidad y del tiempo aproximado de duración de su condena o condenas.

Supervisar la ejecución de las actividades programadas por el Equipo Técnico, distribuyéndolas, según su naturaleza, entre los miembros del Equipo, que las ejecutarán de acuerdo con las técnicas propias de su especialidad y bajo el control inmediato del Jefe del Equipo.

Proponer al Centro Directivo la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria a los penados y preventivos en quienes concurren las circunstancias previstas en este Reglamento, previos informes preceptivos del Jefe de Servicios y del Equipo Técnico.

Formular, en función del estudio científico de la personalidad de los penados y de los datos e informaciones de que se dispongan, las propuestas razonadas de grado inicial de clasificación y de destino al Establecimiento que corresponda, que se cursarán al Centro Directivo en el plazo de diez días.

Proponer al Centro Directivo, en informe razonado, la progresión o regresión de grado y, con carácter excepcional, el traslado a otro Centro penitenciario.

También se podrá proponer razonadamente el traslado cuando existan razones de tratamiento que así lo aconsejen.

Adoptar los acuerdos que estime pertinentes sobre las peticiones y quejas que formulen los internos a los Equipos Técnicos sobre su clasificación, tratamiento o programa de intervención.

Conceder los permisos penitenciarios de salida, previo informe del Equipo Técnico, solicitando la autorización del Juez de Vigilancia o del Centro Directivo, según corresponda.

Elevar las propuestas que, con respecto a los beneficios penitenciarios y a la libertad condicional, les estén atribuidas.

Organizar la ejecución de las prestaciones de carácter asistencial que precisen los presos o sus familiares, fomentar las actividades laborales de los internos, cuidando que las mismas se desarrollen con arreglo a las normas vigentes, así como organizar, por unidades de separación interior, los procedimientos de designación de aquellos presos que hayan de participar en actividades o responsabilidades de orden educativo, formativo, laboral, sociocultural, recreativo, deportivo o religioso.

Facilitar a la Unidad Docente las valoraciones de las aptitudes de los presos que realicen cursos de formación, así como aquellas otras informaciones contenidas en el protocolo que puedan serle útiles en la programación y ejecución de las tareas formativas o educativas.

Designar los presos que hayan de desempeñar las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes de la cárcel.

Sugerir a la Comisión Disciplinaria la reducción, aplazamiento de la ejecución o suspensión de la efectividad de las sanciones disciplinarias, que puedan perturbar el tratamiento o el estudio de la personalidad del sancionado, así como la reducción de los plazos de cancelación cuando existan fundados motivos para esperar que esta medida pueda influir favorablemente en el tratamiento.

Remitir los informes a que hace referencia el artículo 39 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Formar y custodiar el protocolo correspondiente a cada interno, incorporando al mismo las informaciones y documentos a que se refieren los diferentes apartados de este artículo.

Las demás competencias que le atribuye el Reglamento o sus normas de desarrollo y, en general, las relativas a la observación, clasificación y tratamiento de los internos que no estén atribuidas a otros órganos.

6.3 Sesiones:

La Junta de Tratamiento se reúne en sesión ordinaria una vez todas las semanas del año y en sesión extraordinaria cuantas veces lo considere necesario su Presidente. La asistencia a sus sesiones tiene carácter obligatorio.

El Reglamento exige que los acuerdos de la Junta de Tratamiento se adopten sobre las propuestas elevadas por los Equipos Técnicos para la adopción de las medidas necesarias para ejecutar los programas de tratamiento o los programas individualizados de ejecución. Pero son los Equipos Técnicos los que deben ejecutarlos, bajo el control inmediato y directo de los Jefes de dichos Equipos.

Las deliberaciones de la Junta de Tratamiento tendrán carácter reservado, debiendo sus componentes guardar secreto sobre las mismas.

La eficacia de los acuerdos queda pendiente de la aprobación por el Director de la cárcel. En el caso de que su valoración fuera negativa por estimar que los acuerdos adoptados perjudican gravemente el régimen del Centro o conculcan la legislación, el Reglamento Penitenciario o las circulares, instrucciones u órdenes de servicio dictadas por los órganos directivos de la Administración Penitenciaria correspondiente, continuarán sin producir efectos hasta la aprobación superior, en su caso, del Centro Directivo.

Dentro de los cinco primeros días de cada mes se remitirá al Centro Directivo una copia de las actas de las sesiones celebradas en el mes anterior por la Junta de Tratamiento.

*7. Los Equipos Técnicos

7.1 Composición:

En función de las características de la cárcel, del número de internos y de los empleados públicos penitenciarios existentes, el Consejo de Dirección del centro fijará el número de Equipos Técnicos y determinará su organización, funcionamiento y composición.

Podrán formar parte del Equipo Técnico: un jurista, un psicólogo, un pedagogo, un sociólogo, un médico, un ayudante técnico sanitario diplomado universitario en enfermería, un profesor de la unidad docente, un maestro o encargado de taller, un educador, un trabajador social, un monitor sociocultural o deportivo y un encargado de departamento.

Los Equipos Técnicos adoptarán diferentes composiciones en función de los asuntos a tratar, debiendo observar que, en las reuniones informales que celebren, estén siempre presentes los profesionales penitenciarios que, formando parte del Equipo, trabajen en contacto directo con los internos afectados.

7.2 Funciones:

Los Equipos Técnicos deben actuar bajo la dirección inmediata del Subdirector de Tratamiento y ejercen las funciones siguientes:

a) Ejecutar los programas de tratamiento o los modelos individualizados de intervención penitenciarios que se establezcan para cada interno por la Junta de Tratamiento.

b) El conocimiento directo de los problemas y de las demandas que formulen los internos.

c) Proponer a la Junta de Tratamiento la adopción de las medidas necesarias para superar las carencias que presenten los internos.

d) Atender las peticiones y quejas que le formulen los presos respecto su clasificación, tratamiento o programa de intervención.

e) Evaluar los objetivos alcanzados en la ejecución de los programas de tratamiento o de los modelos de intervención penitenciarios e informar de los resultados de la evaluación a la Junta de Tratamiento.

f) Ejecutar cuantas acciones concretas le encomiende la Junta de Tratamiento o el Director del Centro.

g) Cuando existan en el centro penitenciario talleres o escuelas de formación profesional, realizar las tareas de orientación y selección profesional, el asesoramiento pedagógico o psicológico de la formación profesional, así como procurar, mediante las técnicas adecuadas, la integración personal y colectiva de los internos en el trabajo y en la orientación laboral.

7.3 Obligación de entrevistarse con el preso:

“El artículo 274 del Reglamento Penitenciario establece, entre otras funciones del Equipo Técnico: “b) el conocimiento directo de los problemas y demandas que formulen los internos, d) Atender a peticiones y quejas que le formulen los internos respecto a su clasificación, tratamiento o programa de intervención g) realizar las tareas de orientación y selección profesional, el asesoramiento pedagógico o psicológico de la formación profesional, así como procurar, mediante las técnicas adecuadas la integración personal y colectiva de los internos en el trabajo y en la orientación laboral.

“Igualmente el Equipo de Tratamiento también tiene sus funciones recogidas en el art. 273 del Reglamento Penitenciario y el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 04.11.93 hace alusión al funcionamiento del Equipo de Tratamiento que “debe ser efectivo, debiendo visitar todos los miembros a los internos, no sólo el educador, para facilitar la progresión penitenciaria y lograr la reinserción social.

“La necesaria la individualización del tratamiento penitenciario es imposible si hay desconocimiento de la personalidad, carácter, necesidades, carencias e inquietudes de la persona presa. La única forma con la que se consigue ese conocimiento por parte del Equipo Técnico y del de Tratamiento es mediante las entrevistas personales con el preso. Estas entrevistas, además de aparecer como obligaciones legales, son fundamentales para conseguir los fines recogido en la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

*8. La Comisión Disciplinaria:

8.1 Composición:

La Comisión Disciplinaria estará presidida por el Director del centro y compuesta por los siguientes miembros: el Subdirector de Régimen, el Subdirector de Seguridad, el jurista, un Jefe de Servicios y un funcionario.

El Jefe de Servicios y el funcionario se elegirán anualmente por los empleados de la prisión.

Como Secretario de la Comisión Disciplinaria actuará, con voz pero sin voto, un funcionario designado por el Director de entre los destinados en el centro penitenciario.

8.2 Funciones:

A la Comisión Disciplinaria le corresponde ejercer la potestad disciplinaria y acordar la concesión de las recompensas que procedan a los internos, sin perjuicio de la competencia del Director para la imposición de sanciones por faltas leves y de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia.

Las funciones de la Comisión Disciplinaria son las siguientes:

- a) resolver los expedientes disciplinarios instruidos a los internos por la comisión de las infracciones muy graves o graves, así como ordenar, cuando lo estime necesario, la realización de actuaciones y pruebas complementarias por el Instructor.
- b) ordenar al Secretario de la Comisión la notificación de los acuerdos sancionadores.
- c) ordenar la anotación en los expedientes personales de los internos expedientados de la iniciación de los procedimientos disciplinarios y, en su caso, de las sanciones impuestas, así como la cancelación de las anotaciones cuando concurran los requisitos exigidos en el Reglamento.
- d) acordar la ejecución inmediata de las sanciones impuestas por la comisión de faltas muy graves.
- e) suspender, cuando las circunstancias lo aconsejen, la efectividad de las sanciones de aislamiento impuestas, así como, en casos de enfermedad del sancionado, aplazar el cumplimiento de las sanciones de aislamiento y levantar la suspensión cuando el interno sea dado de alta o se estime oportuno.
- f) reducir o revocar las sanciones impuestas en las condiciones y con los requisitos establecidos en el Reglamento, sin perjuicio de la autorización del Juez de Vigilancia en los supuestos en que éste haya intervenido en la imposición de la sanción, directamente o en vía de recurso.
- g) otorgar las recompensas, determinando, en su caso, su cuantía y ordenar la anotación de su concesión en el expediente personal del interno recompensado.
- h) ejercer las restantes competencias que no estén atribuidas expresamente al Director del Establecimiento o al Instructor del expediente disciplinario.

8.3 Sesiones:

La Comisión Disciplinaria se reunirá en sesión ordinaria cuatro veces al mes y en sesión extraordinaria cuantas veces lo considere necesario su Presidente.

*9. Distribución por módulos. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 574/98 de fecha 14 de mayo de 1998:

“La tarea de distribución de los reclusos en los Centros es misión y competencia exclusiva de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, y para ello sólo han de respetar la normativa legal. Al distribuir a los recurrentes en distintos módulos no se está infringiendo el artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, pues no se está estableciendo ninguna diferencia por razón de raza, opinión política, creencia religiosa, etc. Bien al contrario, al argumentar aquéllos que el estar así distribuidos atenta contra su procedencia geográfica y sociocultural, están estableciendo unos criterios que sí van en contra del citado artículo 3, si a ello se accediese. No se atenta, por tanto, a la personalidad del recluso, sino que se trata de enriquecerla mediante el contacto con personas de otras procedencias, sin que tampoco, tal hecho, vaya en perjuicio de sus respectivas familias”.

*10. Recuentos. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 642/98 de fecha 26 de mayo de 1998:

“La Administración Penitenciaria ha dado una explicación razonable a la necesidad de los recuentos, y si bien es cierto, que estos puedan hacerse en forma individual, también pueden hacerse en forma colectiva e incluso son más rápidos. No se aprecia una desviación de poder en tales recuentos. En esas condiciones el recurso debe ser desestimado”.

PERMISOS:

1. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

1.1 Finalidad. Sentencia del Tribunal Constitucional 112/96 de 24 de junio:

“La posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (artículo 25 de la Constitución) o, como ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional 19/1988, la ‘corrección y readaptación del penado’ y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento”.

“Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena

conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse, e indican cuál es la evolución del penado”.

1.2 Requisitos y circunstancias del preso para su concesión.

Sentencia del Tribunal Constitucional 112/96 de 24 de junio:

Los permisos “constituyen una vía fácil de eludir la custodia, y por ello su concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces con que éstos concurren, sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que pueden ocasionar en relación con los fines antes expresados”.

1.3 Requisitos y circunstancias del preso para su concesión. Sentencia del Tribunal Constitucional 2/97 de 13 enero:

“Respecto a los permisos especiales aquí considerados, la Ley Orgánica 1/79 de 26 de septiembre General Penitenciaria y, con mayor desarrollo, el Reglamento Penitenciario [...] los vinculan a la finalidad de preparar la vida en libertad del recluso, si bien establecen, asimismo, no sólo determinados requisitos (grado de cumplimiento, extinción de una cuarta parte de la condena y no observar mala conducta) sino la necesidad de un previo examen por los Equipos de Tratamiento y, ulteriormente, por las Juntas de Régimen y Administración de los establecimientos, de las particulares circunstancias que, en relación con el permiso solicitado, concurren en el solicitante. De manera que la concesión o denegación de tales permisos dependerá de la apreciación de dichos requisitos y, cumplidos éstos, de las concretas circunstancias de cada caso”.

1.4 Falta de motivación de la denegación (“larga condena”).

Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1996 de 24 de junio:

“Ninguna duda hay sobre la insuficiente motivación de la resolución administrativa y los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. La Juez de Vigilancia Penitenciaria desestima la queja planteada por el interno con base en que ‘si bien el interno cumple el requisito de haber cumplido la cuarta parte de la condena y estar clasificado en segundo grado de tratamiento como establece el artículo 254.2 del Reglamento Penitenciario, no concurren las demás circunstancias que dicho precepto exige para la concesión del permiso de salida solicitado’. Esta argumentación se hace apoyándose en el estereotipado informe del equipo de observación y tratamiento que se extiende en un modelo que enumera todas las variables posibles de riesgo de cualquier interno, en el que únicamente aparece una marca sobre el apartado ‘larga condena’ y una frase que señala que, sin embargo, el interno sí tiene arraigo en España. No cabe decir, desde la perspectiva de los artículos 17, 24.1 y 25.2 de la Constitución, que sea una motivación suficiente, por cuanto, como se ha expuesto, el artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria sólo exige como requisitos para poder acceder a permisos ordinarios de salida los que el recurrente reúne (estar clasificado en segundo o tercer grado, tener cumplida la cuarta parte de la condena y no tener mala conducta), por lo que resulta imposible deducir qué otros requisitos son los que no cumple el penado”.

“La Audiencia Provincial de Vitoria considera que la larga duración de la condena impuesta al penado es motivo suficiente para la denegación del permiso de salida, pues al no hallarse aún cercana la fecha de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena -límite temporal mínimo que permite acceder a la libertad condicional según el artículo 98 del Código Penal entonces vigente- no hay previsión cercana de libertad que justifique la necesaria preparación de la misma.”

“La resolución hace abstracción del hecho de que el penado haya superado más de la cuarta parte de su total duración, y concluye que sólo tiene sentido preparar la vida en libertad cuando la posibilidad de obtenerla a través de la libertad condicional se halle cercana en el tiempo. Se conectan de esta manera los permisos de salida a la obtención de la libertad condicional, obviando las funciones que en sí mismo el permiso está llamado a cumplir. Se olvida, por último, que a través de la clasificación y progresión en grado los penados pueden acceder a regímenes de semilibertad a cuya preparación son también funcionales los permisos”.

“Es ésta una interpretación restrictiva de los derechos no anclada en el tenor de la Ley, que limita las posibilidades resocializadoras que la misma abre, que se aparta de la finalidad propia que inspira la institución que analizamos y que, por tanto, ha de ser tenida por irrazonable”.

1.5 Criterios para fundamentar la denegación. Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1997 de 22 de abril:

“Así pues, debido a la relación que la denegación de un permiso de salida guarda con la libertad, como valor superior del ordenamiento, para que las resoluciones judiciales que confirman dicha denegación puedan entenderse conformes con el derecho a la tutela judicial efectiva no es suficiente que quepa deducir de las mismas los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión conforme al estándar general exigible para entender respetado dicho derecho (por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1991), sino que será preciso que estén fundadas en criterios que resulten conformes con los principios legales y constitucionales a los que está orientada la institución”.

1.6 La denegación del permiso no vulnera el derecho a la libertad.

Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1997 de 22 de abril:

“Ello es así, en primer lugar, porque, como dijimos en la sentencia del Tribunal Constitucional 2/1997 ‘es en efecto claro que, en puridad, la previa imposición de una pena de prisión conlleva la imposibilidad de fundar una pretensión de amparo frente a la denegación del permiso penitenciario de salida invocando el derecho fundamental a la libertad, pues es la sentencia firme condenatoria (adoptada tras el proceso judicial debido) la que constituye título legítimo de privación de ese derecho fundamental”.

“A lo que cabe añadir que el disfrute de esa clase de permisos no representa para el interno el paso a una auténtica situación de libertad, sino tan sólo una medida de ‘preparación para la vida en libertad’ y, por lo tanto, su denegación tampoco puede ser interpretada propiamente como un empeoramiento del status libertatis del interno

modificado por la condena privativa de libertad (al que se hace referencia en las sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987, 57/1994 y 35/1996)”.

1.7 Denegación. Igualdad ante la Ley: no es suficiente la invocación genérica. Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1996 de 24 de junio y 81/1997 de 22 de abril:

“La supuesta discriminación alegada (vulneración del principio de igualdad ante la ley) no puede ser valorada debidamente, ya que el solicitante de amparo no ofrece en ningún momento un término de comparación útil [...] En el escrito de solicitud de amparo remitido por el penado, y en la fundamentación jurídica de la demanda posteriormente formalizada, sólo se contiene una alusión genérica, y por ello insuficiente, a otros casos en que los presos en situaciones similares a la suya obtuvieron permisos de salida, pero no se aportan ni identifican las situaciones penitenciarias de aquellos internos respecto a los que el recurrente se siente agraviado”.

1.8 Denegación de permiso ordinario. Sentencia del Tribunal Constitucional 193/97 de 11 de noviembre:

En la sentencia 193/97 de 11 de noviembre, el Tribunal Constitucional reitera su doctrina sobre la finalidad de los permisos e insiste en que la concesión de los permisos no es automática, una vez constatada la concurrencia de los requisitos objetivos previstos en la ley sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación, a la vista de la perturbación que pueden ocasionar con los fines de reeducación y reinserción.

En similar sentido, el auto 311/1997 de 29 de septiembre de 1977, de la Sección Tercera de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional señala “que tales permisos no constituyen un verdadero derecho subjetivo, aunque sí un interés legítimo derivado de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico”.

1.9 Permiso ordinario: concesión por el Juzgado de Vigilancia y revocación por Audiencia Provincial sin motivación del cambio de criterio. Sentencia 75/1998 de 31 de marzo:

Los antecedentes son los siguientes: el Equipo de Observación y Tratamiento informó favorablemente la concesión de un permiso al recluso pero la Junta de Régimen y Administración, sin motivación alguna, denegó su concesión. Presentada la queja ante el Juez de Vigilancia, este la aceptó y revocó el acuerdo denegatorio, concediendo el permiso, por entender concurrían todos los requisitos exigidos por el Reglamento Penitenciario. La resolución fue recurrida por el Ministerio Fiscal y la Audiencia Provincial estimó el recurso por restarle al penado “varios meses para la extinción total de la pena”, añadiendo que, por ello “no se advierte por ahora razón suficiente para conceder el permiso”.

El Tribunal Constitucional concede el amparo al recurrente por entender que el cambio de criterio de la decisión judicial exige una específica justificación que no existe en el caso objeto del recurso:

“En el caso presente concurren dos circunstancias que hacen más exigente el canon constitucional de enjuiciamiento de la suficiencia de la motivación [...] Estamos en el ámbito de una resolución que afecta al valor superior libertad, pero además, se trata de una resolución judicial que revoca otra dictada con anterioridad en primera instancia, apartándose el Tribunal de apelación de los razonamientos que llevaron al Juez de Vigilancia a autorizar el permiso de salida solicitado. Y aunque el Tribunal ad quem puede, evidentemente, apartarse de la resolución recurrida (sentencia del Tribunal Constitucional 307/1993), el cambio de criterio de la decisión judicial exige una específica justificación (sentencia del Tribunal Constitucional 59/1997) que exponga por qué el criterio expresado -en este caso los meses que restan para acceder a la libertad condicional- se impone sobre el resto de argumentos que tuvo en cuenta el Juez de Vigilancia”.

“Al no cumplir razonadamente estas específicas exigencias de motivación, hemos de concluir que el recurrente no obtuvo la tutela judicial efectiva de su interés legítimo, al ver revocado el permiso penitenciario judicialmente concedido en primera instancia por una posterior resolución judicial insuficientemente fundada, todo lo cual nos lleva a otorgar el amparo solicitado”.

“La previa imposición de una pena de prisión conlleva la imposibilidad de fundar una pretensión de amparo frente a la denegación del permiso penitenciario de salida invocando el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución) pues es la sentencia firme condenatoria -adoptada tras el proceso judicial debido- la que constituye título legítimo de privación de ese derecho fundamental (sentencia del Tribunal Constitucional 2/1997). Hemos dicho que el disfrute de esta clase de permisos no representa para el interno el paso a una auténtica situación de libertad (sentencia del Tribunal Constitucional 81/97), sino tan sólo una medida de ‘preparación para la vida en libertad’, y por lo tanto, su denegación tampoco puede ser interpretada propiamente como un empeoramiento del status libertatis del interno modificado por la condena privativa de libertad (al que se hace referencia en las sentencias del Tribunal Constitucional 2/87, 57/94 y 35/96) por lo que las cuestiones relacionadas con la concesión o denegación de permisos de salida se sitúan esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria”.

“En el ámbito general de la tutela judicial efectiva, el alcance del control de este Tribunal sobre la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales únicamente se extiende a valorar si las mismas no incurren en irrazonabilidad manifiesta, arbitrariedad o insuficiencia de motivación (sentencias del Tribunal Constitucional 14/91). Ahora bien, este estándar general de control sufre una modulación en el ámbito de los permisos de salida, por cuanto la situación de prisión sobre la que actúan supone una radical exclusión del valor superior de la libertad, por lo que en esta materia es exigible una motivación concordante con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de dicho valor superior (sentencias del Tribunal Constitucional 2, 81 y 193/97). Si la denegación de un permiso de salida no puede lesionar el derecho fundamental a la libertad personal, como se expuso anteriormente, ello no obsta para que tal decisión afecte de alguna manera a la libertad ya que los permisos ‘representan

para el condenado a una pena privativa de libertad el disfrute de una cierta situación de libertad de la que de ordinario, y con fundamento en la propia condena que así lo legitima, carece' (sentencia del Tribunal Constitucional 81/97). Para respetar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que la resolución que deniegue la concesión del permiso de salida se funde en criterios conformes con los principios legales y constitucionales a los que está orientada la institución”.

*2. Régimen legal

1.1 Permisos ordinarios:

Los artículos 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154.2 del Reglamento Penitenciario prevén la figura del permiso de salida ordinario como una medida de tratamiento destinada a preparar a los internos para su vida en libertad. En consecuencia, el permiso de salida no es ningún beneficio sino una parte importante del tratamiento que ha de recibir cada interno de forma individualizada.

Tanto en el artículo 25.2 de la Constitución, como en los artículos 59 y siguientes de la Ley Orgánica General Penitenciaria, relativos al tratamiento de los penados, subyacen dos principios fundamentales, cuales son, la reeducación del penado y la individualización del tratamiento, siendo lo decisivo para concesión de los permisos de salida los criterios que radican en la persona (comportamiento global y evolución de la personalidad). El artículo 59.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece como finalidad del tratamiento “desarrollar en los internos una actitud de respeto por sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general”.

Por tanto, el modelo de tratamiento penitenciario de la Constitución y la Ley Orgánica General Penitenciaria está basado en la individualización científica, en virtud de la cual el fin principal de la pena es la reeducación del preso, no resulta adecuado, apelar a los delitos cometidos en su día -en unas circunstancias concretas- por el penado, para la denegación del permiso. El artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario, al prever la posibilidad de denegación del permiso por “la concurrencia en el interno de circunstancias peculiares, que hagan probable el quebrantamiento de la condena”, hace referencia a circunstancias de evolución personal y psicológica del penado, y no a los delitos que cometiera, en el pasado.

Por otra parte, el artículo 156 del Reglamento Penitenciario no hace referencia a las sanciones sin cancelar y, por ello, habrá que estar al carácter de la infracción concreta que dio lugar a la sanción que queda por cancelar. Si esta no reviste especial gravedad, primará el tratamiento del penado sobre el régimen y habrá de concederse el permiso.

Toda vez que la pena privativa de libertad se ejecuta según el sistema de individualización científica, hecho que supone el estudio individualizado del preso (artículos 62 y siguientes de la Ley Orgánica General Penitenciaria), y que la concesión de los permisos de salida, además de ser un elemento importante del tratamiento penitenciario, tiene como finalidad preparar la vida en libertad, es preciso que se aporten, a fin de dar base objetiva a las argumentaciones subjetivas habitualmente aducidas por la Administración Penitenciaria y que constan en la tablas de variables de riesgo que las cárceles adjuntan a sus resoluciones, los estudios de la personalidad que

se hayan realizado. Para ello es necesario que el Juzgado de Vigilancia, solicite al Centro Penitenciario un testimonio de los folios del protocolo de personalidad en el que conste:

- a) El diseño personalizado de tratamiento individualizado que se le ha propuesto al recluso (artículo 20.2 del Reglamento Penitenciario).
- b) El estudio científico del aspecto evolutivo de su personalidad, del temperamento, del carácter y de las aptitudes y actitudes que han sido sometidas a tratamiento y, que por ende, justificarían el eventual pronóstico negativo que el acuerdo del Centro Penitenciario señala en su resolución.
- c) El diagnóstico de su personalidad criminal.
- d) Historial individual familiar, social y delictivo.
- e) Las actividades de tratamiento a las que ha sido sometido.
- f) La evolución en el tratamiento y que justificaría cualquiera de los argumentos utilizados por el Centro Penitenciario: posible mal uso del permiso, perjuicio para el interés del tratamiento, posible reincidencia en el delito, probable quebrantamiento, etc.

Normalmente, los motivos aducidos por la Administración Penitenciaria para denegar los permisos de salida suelen ser los siguientes:

a) la “trayectoria penitenciaria irregular”. Se ignora si se hace referencia a sanciones no canceladas -en cuyo caso este es el criterio que debería haberse señalado por el principio de especialidad- o, por el contrario, si se refiere a las ya canceladas y, que por tanto, salvo que se vulnere la letra y el espíritu de la prescripción, no podrían ser traídas a colación o, lo que aún sería más grave, se refiere a percepciones subjetivas no basadas en hechos constitutivos de sanción que olvidan que al preso no se le puede obligar a otras “regularidades” que las impuestas por la Ley y el Reglamento Penitenciario. Y dentro de los mismos, recordando que el tratamiento es siempre voluntario.

b) la “consolidación de factores positivos”. Sería preciso individualizarlos previa concreción del tratamiento, habida cuenta de que éste “estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y actitudes del sujeto a tratar, así como su sistema dinámico motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en general, será complejo, programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de quehaceres concretos de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena” (artículo 62 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

c) la “ausencia de vínculos”. Sólo podrá ser alegada sin vulnerar el principio de igualdad, si dentro de la propuesta de tratamiento que se hubiera formulado por el Centro Penitenciario, el preso se hubiese negado a los recursos habilitados por Instituciones Penitenciarias para subsanar esa situación gravemente carencial que me coloca en situación de clara asimetría. En este sentido, cuando no se proponen vías de inserción social que tengan en cuenta esa variable (pisos de acogida, conexión con servicios sociales de base, colectivos de apoyo a ex-reclusos), por lo que difícilmente puede utilizarse en contra del recluso aquello que no fue considerado por quien tiene la obligación de ello.

d) la “escasa participación o interés en las actividades”. Este motivo debe ser rechazado y en todo caso no se puede olvidar el carácter netamente voluntario del tratamiento penitenciario.

La Recomendación R (87) 3, del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptado por el Comité de Ministros el 12 de febrero de 1987, así como la Recomendación R (82) 16, demandan “que se conceda el permiso penitenciario en la más amplia medida posible y con la mayor frecuencia posible”.

2.2 Permisos extraordinarios urgentes

Artículo 47.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria:

1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurran circunstancias excepcionales.

2. Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo y tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

Artículo 155 del Reglamento Penitenciario:

1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan.

2. La duración de cada permiso extraordinario vendrá determinada por su finalidad y no podrá exceder del límite fijado en el artículo anterior para los permisos ordinarios.

3. Cuando se trate de internos clasificados en primer grado será necesaria la autorización expresa del Juez de Vigilancia.

4. Se podrán conceder, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso y previo informe médico, permisos extraordinarios de salida de hasta doce horas de duración para consulta ambulatoria extrapenitenciaria de los penados clasificados en segundo o tercer grado, así como permisos extraordinarios de hasta dos días de duración cuando los mismos deban ingresar en un hospital extrapenitenciario. En este último caso, si el interno tuviera que permanecer ingresado más de dos días, la prolongación del permiso por el tiempo necesario deberá ser autorizada por el Juez de Vigilancia cuando se trate

de penados clasificados en segundo grado o por el Centro Directivo para los clasificados en tercer grado.

5. Los permisos a que se refiere el apartado anterior no estarán sometidos, en general, a control ni custodia del interno cuando se trate de penados clasificados en tercer grado y podrán concederse en régimen de autogobierno para los penados clasificados en segundo grado que disfruten habitualmente de permisos ordinarios de salida.

*3. Salidas para toxicómanos:

Los presos toxicómanos pueden disfrutar de salidas para tratamiento en régimen ambulatorio cuando están clasificados en segundo grado (artículo 117 del Reglamento Penitenciario). En el caso de que el drogodependiente preso no esté clasificado en tercer grado y la junta de tratamiento no estime conveniente proponer su progresión de grado, el artículo 117 posibilita al drogodependiente preso que se encuentra en esta situación, acudir con regularidad a una institución ajena a la prisión a realizar un programa individualizado, si es necesario para su tratamiento y reinserción social.

Dichas salidas pueden ser diarias sin exceder de 8 horas.

4. Resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid

4.1 Largo período de tiempo hasta su libertad:

“La pena en efecto es larga, 14 años, 4 meses y 18 días. Sin embargo el acusado ha cumplido no ya la cuarta parte de la condena sino la mitad en virtud de las redenciones ganadas ya que cumple tres cuartas partes en noviembre de 1998 (dentro de dos años), lo que demuestra que el interno está ganando redenciones de forma ordinaria y aún extraordinaria. A ello ha de añadirse que consta que está sometido a una programa de desintoxicación, y que no consta consumo ni tenencia de drogas -pues son faltas disciplinarias sancionables y no hay sanción alguna- y en fin que el interno lleva ininterrumpidamente en prisión más de cinco años, restan menos de dos para que cumpla tres cuartas partes de la condena y o bien se inicia en la preparación para la libertad mediante la concesión de los permisos que puedan corresponderle o la fase de preparación para la libertad puede no existir. Consta que el acusado tiene familia y por todo ello el riesgo de mal uso de permiso existe, pero es el riesgo tolerable y tolerado por la ley” (Auto 793/96 de fecha 12 de noviembre de 1996).

“La lejanía en el cumplimiento de la condena no es un factor positivo para conceder el permiso pero tampoco es un factor negativo para denegarlo, salvo que se entienda que están excluidos de esos beneficios los condenados a penas largas privativas de libertad, y ello no sólo no es así, sino que, en esos condenados, generalmente muy prisionalizados, la preparación para la libertad ha de ser más paulatina y lenta y, por lo mismo, más prolongada, o dicho de otra forma, ha de iniciarse cuando la libertad aún está lejana” (Auto 410/97 de fecha 15 de abril de 1997).

“El largo tiempo hasta la libertad no es un motivo en sí, pues conllevaría la imposibilidad o enorme dificultad de obtener permiso en cualquier condena de larga duración. Mas bien debe pensarse que a mayor longitud de la condena desde más lejos ha de arrancarse en la preparación para la libertad” (Auto 447/97 25 de abril de 1997).

“En cuanto al largo tiempo que resta para la libertad deben hacerse dos consideraciones: La primera es que ello es una consecuencia fatal e inexorable particularmente en caso de largas condenas siempre que el interno, tras cumplir la cuarta parte de la misma y observar buena conducta solicita un permiso. Pues por definición la parte que resta por cumplir - tres cuartas partes, o la mitad si obtienen la condena condicional- es tres veces o al menos dos más larga que la ya cumplida. Pudo la ley fijar las condiciones para acceder a los permisos en otra fracción más alta de la pena, pero si no lo hizo, es absurdo invocar lo obvio como una razón de denegación de aquellos.

“La segunda consideración es que cuanto más larga es la condena tanto más lejano a la libertad ha de ser el punto de arranque de preparación para la misma. Es evidente que la privación de libertad por sí sola no prepara para la libertad y que el acomodo a las normas jurídicas y sociales propias de la libertad (no a las propias de la prisión por más que el respeto a toda norma sea siempre un valor educacional) es difícilmente compatible con condenas especialmente prolongadas. Por ello a mayor duración del tiempo de prisión, mayor debe ser también la duración del período de acomodación a una nueva vida en libertad, lo que aconseja razonablemente iniciar desde lejos dicho proceso de acomodación” (Auto 586/97 de fecha 29 de mayo de 1997).

“Debe de quedar claro que todos los internos tienen el derecho a que se posibilite su reinserción social y a que se inicie con la antelación razonable y en el seno del tratamiento penitenciario la preparación para la vida en libertad de suerte que esta no llegue bruscamente tras una dilatada privación de la misma, y en esa preparación los permisos penitenciarios son pieza esencial del sistema.

“En el presente caso sin embargo se dan circunstancias muy singulares. Pues los permisos penitenciarios en cuanto formas de preparación para la libertad exigen unos requisitos mínimos para su concesión -buena conducta, cumplimiento de una cuarta parte de la pena impuesta- pero a partir de ello su concesión ni es discrecional ni es obligada sino que debe fundarse razonablemente según en juicio apriorístico y de probabilidad resulten positivos para la evolución de interno y no dañinos al resto de la sociedad de la que aquel sigue formando parte. En el primer orden de ideas debe valorarse cual sea la urgencia de la preparación para la vida en libertad, en el segundo, preponderantemente, el riesgo de quebrantamiento y de comisión de un nuevo delito y, también aunque secundaria y colateralmente la posibilidad de comprensión por los demás del hecho mismo de ‘ver en la calle’ al condenado, pues si el derecho penal y penitenciario sustituye con ventaja a la venganza privada, perderá en parte su prestigio si llega a soluciones socialmente incompatibles. Ciertamente que el Juez debe hacer lo que es justo guste o no pero sin olvidar que la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1 de la Constitución) no es patrimonio exclusivo de los jueces y que el Poder Judicial también emana del pueblo como el resto de poderes del Estado (artículo 2 de la Constitución).

“A partir de estas ideas ha de decirse que si la longitud de la condena es muy larga, en el presente caso de 24 años, y la lejanía de una eventual libertad condicional es tal que no

se prevé hasta diciembre del 2003, si bien a mayor extensión de la condena, más amplio ha de ser el tiempo de preparación para la libertad y más distante de ésta el punto de arranque de dicha preparación” (Auto 670/97 de fecha 2 de julio de 1997).

“Los dos argumentos que se dan para denegar el permiso son el largo tiempo de condena pendiente hasta la libertad y la necesidad de que el interno sienta el efecto intimidatorio de la pena. El primero de ellos no es una argumento sino algo obvio en cualquier condena larga una vez cumplidos los requisitos legalmente exigidos para el permiso. El segundo parte de la base de que la concesión del permiso suprime o mengua singularmente el efecto de la pena. Pero es lo cierto que también la pérdida de libertad se valora más negativamente cuando se ha gozado de libertad siquiera durante unos días. Y que ni puede afirmarse científicamente que la pena sea menos terrible por una breve interrupción de la situación de prisión, ni la pena tiene por objetivo principal la intimidación del delincuente sino otros como la restitución y, sobre todo, la prevención especial y la capacidad de reinserción. Por ello no se comparten las razones para la denegación del permiso y se estima que el mismo debe concederse en extensión de cinco días” (Auto 755/97 de fecha 17 de julio de 1997).

“Después de casi cuatro años de Prisión ininterrumpida es conveniente el permiso de salida. En primer lugar, como preparación para la libertad, pues aunque ésta sea lejana ello no significa sino que la preparación para la misma ha de iniciarse más tempranamente pues si la privación de libertad por sí sola no prepara para la libertad, cuanto más sea esa privación, más, tempranamente debe cumplimentarse con periodos de convivencia familiar y social en libertad que refuerzan lazos afectivos y desarrollan la autoestima el sentido de la responsabilidad, la capacidad de autocontrol aún en ausencia de especiales controles externos. Pero es que además, ese refuerzo de vínculos y valores tiene valor por sí mismo y no sólo como sistema de preparación para la libertad sino como plasmación práctica de la incardinación del penado en la sociedad a la que ha de tornar y de la que sigue formando parte y como estímulo de reinserción. Ciertamente el riesgo de quebrantamiento o mal uso del permiso existe, pero como siempre existirá y la única forma de eliminarlo es convertir la ley en letra muerta y no dar permiso alguno, el permiso debe concederse cuando, cumplidas las condiciones legales, no existan datos específicos de riesgos adicionales al siempre existente o bien, aún existiendo puedan paliarse o disminuirse hasta límites prudentemente aceptables. En el presente caso, los riesgos vienen de la reiteración y el tipo de delitos cometidos - robos con intimidación y uso de medios peligrosos- y la cualidad de toxicómano y la reincidencia delictiva. Por tanto, el riesgo disminuye si el interno está sometido a tratamiento sustitutivo por metadona como lo está (o al menos lo estaba al denegarse el permiso) y disminuye más si alguien se responsabiliza de ese tratamiento en libertad lo que también parece posible dado el apoyo familiar con que cuenta el interno. Por lo tanto, debe concederse el permiso en extensión de cinco días siempre que, si no ha finalizado el programa sustitutivo por metadona, se garantice su continuidad fuera de prisión y que un familiar del interno se presente a recogerlo y se responsabilice de dicha continuidad” (Auto 2200/98 de fecha 19 de febrero de 1998).

“Este Tribunal suele compartir el criterio del Juez de Vigilancia Penitenciaria nº 3 cuyas resoluciones suelen ser modelo de ciencia y ponderación. En este caso, sin embargo, ha de apartarse de ese criterio, pero ello, se debe a una circunstancia que por estrictas razones cronológicas conoce éste Tribunal y no podía conocer el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Ese hecho nuevo es la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo que,

en caso de importación ilegal de drogas tóxicas, excluye de la punición el delito de contrabando. Es el caso que el preso ha sido condenado a la pena de 2 años 4 meses y 1 día de prisión por dicho delito y sería muy probable que obtuviera el indulto de la totalidad de dicha pena si lo solicitara. La otra pena, impuesta por delito contra la salud pública, estaría próxima a su extinción. El riesgo de quebrantamiento se estima muy bajo (el 5 por ciento en un informe, el 15 por ciento en otro, o en otra zona del mismo) y aún debe pensarse que es menor ante la fundada esperanza de un indulto parcial que aproximaría mucho la fecha de la libertad definitiva y haría inmediatamente posible la condicional. Si además, el interno cuenta con apoyo o al menos con vinculación familiar, parece razonable estimar el recurso y conceder el permiso solicitado, pues todos los datos son favorables y la causa de denegación por larga condena pendiente aducida por la Administración, además de no prevista por la ley, tiene serias probabilidades de desaparecer. La duración del permiso será de cinco días” (Auto 338/98 de fecha 27 de marzo de 1998).

“Todos los factores son positivos para conceder el permiso: buena conducta en prisión, trabajo en la misma, estudio, redenciones. En contra se alega la lejanía del tiempo de cumplimiento de las 3/4 partes de la condena (noviembre de 1999) y de la totalidad de la misma (abril de 2001). El concepto de lejanía es discutible en cuanto a que es relativo. El tiempo psicológico transcurre quizá en prisión más lentamente pero ello, si acaso, debiera ser un factor a considerar en favor de la concesión de permisos como alivio en esa disminución, subjetiva pero auténtica, de la duración del tiempo, que lo acorta en la felicidad y lo estira en la desgracia, y es evidente que la privación de libertad no es fuente de felicidad precisamente. Fuera de la prisión el tiempo y la sociedad no se congelan y ello hace necesario los contactos periódicos de los de ‘dentro’ con ‘los de fuera’ (y ‘lo de fuera’). Si no hay razones objetivas para denegar el permiso, ni la duración de la pena ni la fracción de esta que resta hasta la libertad -superada su cuarta parte- pueden ser obstáculos a la concesión del permiso, que debe configurarse en tales supuestos como el derecho normal frente al derecho excepcional que sería su denegación. Debe pues estimarse el recurso” (Auto 782 BIS/98 de fecha 10 de junio de 1998).

“En el auto recurrido se alegan como razones para confirmar la denegación del permiso lejanía de las fechas de cumplimiento de las 3/4 partes de la condena (marzo de 1999) y de la definitiva (agosto del 2000), reincidencia en la actividad delictiva y la existencia de dudas sobre el buen uso del último permiso disfrutado. La primera razón alegada justifica justamente lo contrario, pues revela la proximidad de las fechas de cumplimiento y la necesidad, desde este punto de vista, de que el interno ha de ir adaptándose a la vida en libertad; además, el recurrente ha disfrutado de permisos de salida en tres ocasiones desde noviembre de 1995, sin que al valorar la oportunidad de su concesión tuviera un peso específico de carácter negativo tal argumento, como tampoco lo tuvo su reincidencia, aparte de la lejanía a que se remontan en el tiempo los delitos cometidos (enero de 1980 y octubre de 1987). Lo realmente relevante para la denegación del permiso ha sido el expediente disciplinario incoado contra otro interno del mismo centro, en el que aparece el nombre del recurrente como receptor de encargos para introducir droga en el centro, que luego reparte entre los que le proporcionaron dinero para ello quedándose él con su parte. Sin embargo, este hecho consta en el expediente de otro interno, como consecuencia del mismo no se ha iniciado otro contra este recurrente ni consta ni se alega tampoco que exista investigación de tipo alguno por la posible comisión de un delito por parte de aquél. Esto supone que no se trata más que

de una sospecha que carece de todo tipo de apoyo probatorio y en esta situación, mientras no se cuente con algún elemento más que lo confirme o se inicie un procedimiento dirigido contra el interno para averiguar tales hechos, no procede suspender el régimen de permisos de salida iniciado, por lo que procede conceder el solicitado con una extensión de 4 días, con las medidas que por el centro se estimen procedentes, salvo que en el tiempo transcurrido desde la denegación del permiso se hayan confirmado las sospechas alegadas habiendo sido sancionado el interno o acusado a consecuencia de ello, en cuyo caso no procedería el disfrute del permiso” (Auto 888/98 de fecha 14 de julio de 1998).

4.2 Ausencia de arraigo en nuestro país:

“Aún cuando efectivamente se trata de un ciudadano extranjero sin arraigo familiar en nuestro país, hay que tener en consideración que cuenta con un lugar donde permanecer, dada la acogida y tutela ofrecida por la Asociación Cristiana de Presos” (Auto 758/96 de fecha 4 de noviembre de 1996).

“El interno ha cumplido las tres cuartas partes de la condena. Su conducta es buena incluso, quizá, de no ser extranjero, se hubiera considerado la progresión de grado y la libertad condicional. La función retributiva de la pena, el fin de prevención especial deben reputarse en buena medida cumplidos. Debe ponerse el acento en el siempre presente objetivo de la reinserción que en cuanto, en buena parte, equivalente a vivir razonablemente en libertad, pasa inexorablemente por la preparación para esa vida en libertad, preparación en la que los permisos penitenciarios son pieza maestra. En fin, el riesgo de fuga por temor a la expulsión se compensa porque si hace mal uso del permiso la expulsión puede producirse incluso inmediatamente dada su situación penitenciaria, y en cuanto a los problemas con el alcohol de que se habla no pueden derivarse de la apreciación hace años de la atenuante de embriaguez, sobre todo tras la forzada abstinencia que comporta la prisión donde el consumo de alcohol suele estar perfectamente controlado y es reducidísimo” (Auto 1221/97 de fecha 1 de diciembre de 1997).

4.3 Drogodependencia, falta de garantías de hacer buen uso del permiso

“El interno carece de sanciones. No puede por tanto presumirse la tenencia o consumo de drogas ya que tanto la una como el otro constituyen infracciones disciplinarias. Lleva más de tres años seguidos en prisión. Ha de cumplir 10 años 11 meses y 30 días desde Julio de 1993. Se espera que cumpla la totalidad de la pena en abril de 2000 y tres cuartas partes en junio de 1988 lo que demuestra la capacidad de buena conducta y de obtención de redenciones. En estas condiciones a falta de menos de dos años para cumplir tres cuartas partes de la condena se está en el caso de iniciar la preparación para la libertad por lo que tiene sentido tras más de tres años de prisión ininterrumpida la concesión del permiso solicitado, de no haberse producido cambio a peor en la situación del interno” (Auto 806/96 de fecha 15 de noviembre de 1996).

“El interno ha de cumplir una condena de 15 años de prisión que, si se dan las redenciones extinguirá definitivamente en marzo de 1988, no puede darse por segura su drogodependencia actual pues carece de sanciones disciplinarias que se correspondan

con la tenencia o consumo de drogas. Hubo ciertamente una regresión en grado en el año 1994 y una nueva progresión a 2° en septiembre de 1995. En estas condiciones no puede olvidarse que la preparación para la libertad es incompatible en principio, con la permanencia ininterrumpida en prisión durante un período especialmente largo” (Auto 855/96 de fecha 26 de noviembre de 1996).

“El interno no ha observado mala conducta, como resulta de la inexistencia de anotaciones en su contra: no tienen sanciones sin cancelar, ni recurridas; tampoco está incurso en expediente disciplinario. Por tanto se cumple también el último requisito exigido por el artículo 154 del Reglamento Penitenciario (buena conducta). Y a partir de estos datos el recurso ha de prosperar, porque ni es prematuro comenzar la preparación para la vida en libertad cuando la posibilidad de ésta, según la razonable previsión del Centro Penitenciario, se tendrá a finales de 1988, ni la gravedad del delito cometido es un dato que por sí solo tenga entidad suficiente para justificar la denegación del permiso” (Auto 828/96 de 20 de noviembre de 1996).

“Se afirma que no ha superado su drogodependencia pero ni consta acreditada la misma ni constan sanciones por tenencia o consumo de drogas en prisión. Por el contrario el interno trabaja en el economato, lo que no deja de ser un puesto de trabajo efectivo y de relativa confianza, y ha de tenerse en cuenta que el trabajo, y sobretodo el hábito de trabajo que tantas veces se pierde en prisión contra el deseo e incluso el mandato constitucional, es uno de los mas poderosos factores de reinserción social” (Auto 410/97 de fecha 15 de abril de 1997).

“En relación a la drogodependencia no superada y relacionada con su actividad delictiva, es de observar que lo que en el informe del Centro Penitenciario es la ausencia de prueba de tratamiento de deshabituación, en el auto del Juzgado pasa a ser prueba de drogodependencia no superada. Afirmación esta última que en cuanto a la realidad de los hechos el tribunal no puede afirmar que sea incierta pero que no resulta del precedente informe del Centro ni de los datos obrantes en la causa. Pues por un lado, aquel informe no afirma la drogodependencia, y por otro, conforme al reglamento penitenciario (tanto el derogado cuanto el vigente) la tenencia y el consumo de drogas en prisión son faltas disciplinarias y ni consta sanción alguna en su expediente, ni se afirma que en cualquier ocasión haya arrojado un resultado positivo en analítica o se haya negado a su realización, ni es fácil pensar que una toxicomanía persistentemente condicionante no se hubiera puesto de manifiesto en alguna ocasión en los diez años que el interno ha cumplido en privación de libertad ininterrumpidamente” (Auto 586/97 de fecha 29 de mayo de 1997).

“El condenado ha tardado 16 meses en cumplir la cuarta parte de una condena de más de 10 años de prisión lo que conlleva que ha estado ganando redenciones ordinarias y extraordinarias. Ciertamente es reincidente y con múltiples ingresos en prisión, lo que se atribuye a su drogodependencia, y tiene previsto el cumplimiento de la condena en el año 2001 y de sus 3/4 partes septiembre de 1999. En la fecha de los informes estaba en tratamiento de drogodependencia con evolución favorable. En estas condiciones la relativa lejanía (tres años) del momento en que puede ganar la libertad no debe entenderse como un obstáculo absoluto a la concesión del permiso. Este puede resultar negativo si abandona el programa o tratamiento, pero también un estímulo para perseverar en él y una prueba de la capacidad de enfrentamiento a la droga en libertad que es donde definitivamente ha de ser capaz de superar su adicción.

“Por ello el Tribunal estima que un permiso breve -cuatro días- puede resultar beneficioso al interno si bien condiciona su concesión a que hasta la fecha presente haya mantenido el tratamiento de deshabitación que seguía, o se encuentra deshabitado” (Auto 677/97 de fecha 4 de julio de 1997).

“El permiso penitenciario estaba probablemente correctamente denegado. Se dice probablemente porque ‘positivo al control de orina practicado’ es un dato claramente insuficiente para el juzgador. Positivo ¿a cannábicos? ¿a opiáceos? ¿a cocaína? ¿a benzodiacepinas? Es evidente que ni el grado de adicción, ni la peligrosidad como factor criminógeno de las distintas drogas son iguales. Pero el dato que no conoce el Juzgador es seguro que lo conoce la Administración y ha de pensarse que actuó con corrección en la idea de que el consumo de alguna droga revelaba un mal uso del permiso. Ahora bien, si por un lado, en este orden de cosas, la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria es esencialmente revisora, esa cualidad no puede elevarse al extremo de que atente al principio de justicia personalizada propio de toda jurisdicción y especialmente reforzado en todo lo que atañe al tratamiento penitenciario y a la revisión del mismo por los órganos jurisdiccionales competentes, por lo que a veces no basta con juzgar si una resolución fue acertada entonces y es preciso razonar sobre si lo sigue siendo ahora.

“En este punto las consecuencias de haber ‘dado positivo’ han sido suficientemente duras: pérdida de oportunidad de progresar a tercer grado -o que supondría la libertad condicional desde hace hoy más de un año- e inexistencia de permisos desde marzo de 1996 al menos hasta noviembre de igual año y casi con toda probabilidad hasta ahora. Y ese dato de que las consecuencias de un error o una infracción pueden resultar desproporcionados no debió ocultarse al Juez de Vigilancia Penitenciaria al menos en el momento de resolverse el recurso de reforma el 22-11-96, más aún cuando ese ‘dar positivo’ tras varios años -no menos de cinco- en prisión bien se debe a una acción aislada, bien pone de manifiesto un fracaso en ese terreno tanto de la pena como de su forma de cumplimiento, que no puede pretender corregirse con la mera supresión de los permisos, pues o es un hecho aislado o la adicción o, al menos la afición al consumo se ha mantenido en prisión. En consecuencia ello debió tenerse en cuenta cuando menos en el auto de 22.11.96 a la hora de poner fin a una ya dilatada privación de permisos cuando la libertad provisional está muy próxima. Debe pues estimarse el recurso” (Auto 768/97 de fecha 18 de julio de 1997).

“Las razones alegadas por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario para denegar el permiso solicitado por el recurrente, y recogidas por el Juez de Vigilancia, deben mantenerse, dadas las circunstancias que concurren en el interno. Lejanía del cumplimiento de las 3/4 partes de la condena (noviembre 99), etiología toxicofílica, reconocida en sentencia, siendo expulsado del programa de tóxicos del Centro y readmitido posteriormente, lo que en futuras revisiones de su expediente con motivo de solicitud de nuevos permisos, permitirá observar si su reincorporación es positiva y en su caso contemplar la concesión de ulteriores permisos, siendo el solicitado ahora, prematuro el concederlo dadas las razones expuestas” (Auto 776/97 de fecha 22 de julio de 1997).

“El interno lleva en prisión desde 1990. Ha cumplido más de la mitad de la pena impuesta. Su peligrosidad esencial parece dimanar de su toxicomanía. Tras varios años

en prisión esa toxicomanía no ha desaparecido y ello pese a algún intento de tratamiento específico. La probabilidades que de terminar así de cumplir su pena son tres: a) una eventual deshabituación futura; b) la persistencia en la toxicomanía unida a la delincuencia; c) la convivencia con la toxicomanía sin delinquir. Y si la deseable es la primera, tan posibles al menos como ella son las otras dos. Ahora bien la falta de desintoxicación no es de por sí un motivo bastante para no iniciar la preparación para la vida en libertad, esto es, por terrible que resulte, si después de 7 años en un sistema como el de prisión, persiste en la toxicomanía, la tendencia ya no puede ser tanto a la deshabituación cuanto a la capacidad de vivir sin delinquir ; pero es que además la posibilidad de alguna reinserción y hasta deshabituación pasa por una apuesta por el estrechamiento de los lazos familiares y el refuerzo del sentido de la responsabilidad. Y ese riesgo tras siete años en prisión ha de asumirse ahora en la certeza de que será más grave cuanto más tarde en producirse y que se producirá inexorablemente con el cumplimiento de la pena” (Auto 1196/97 de fecha 25 de febrero de 1997).

4.4 Falta de consolidación de los factores positivos, mala conducta en prisión:

“El condenado lleva en prisión desde 1987. Quebrantó condena en 1989, reingresó en prisión en agosto de ese año. Observó conducta irregular hasta 1991 incluso cometiendo delito de lesiones al parecer ya en prisión. Desde entonces su conducta es excelente. Ese "desde entonces" significa cinco años antes de denegarse el permiso. En este punto hablar como primer motivo para denegar el permiso la falta de consolidación de factores positivos tras cinco años de excelente conducta, y con una evolución que se concreta en un comportamiento -se cita textualmente- ‘participativo, centrado y con buena conducta’ es extremar el concepto de lo que se entiende por consolidación” (Auto 447/97 de fecha 25 de abril de 1997).

“Alega la Junta de Régimen, en un escueto escrito, la trayectoria irregular del interno, para denegar el permiso solicitado, y sin que al expediente conste unida justificación alguna de esa irregular trayectoria, el Juez de Vigilancia Penitenciaria deniega el permiso, supeditándolo a que se someta el interno a tratamiento de drogodependencia, pero curiosamente tampoco consta en el expediente dato alguno relativo a tal adicción. Ante tal falta de datos, no existen, objetivamente, razones o motivos para denegar el permiso solicitado, y habiendo disfrutado ya de otros con anterioridad, sin que se hayan producido anomalías o irregularidades en su disfrute, es conveniente, a la vista del tiempo transcurrido en prisión acceder a la solicitud del interno, como paso previo para preparar su vida en libertad, que se prevé cercana” (Auto 569/97 de fecha 28 de mayo de 1997).

4.5 Mal uso del permiso anterior, incumplimiento de condiciones impuestas

“Es cierto que el apelante no se reincorporó tras un permiso y delinquiró durante el mismo. Es de pensar que ello conllevó, además de la sanción penal correspondiente, medidas disciplinarias e incluso un regresión de grado en el tratamiento penitenciario. Pero ocurrió todo ello hace más de cinco años -los que lleva el acusado privado de libertad de forma ininterrumpida- y las consecuencias de su acción no pueden prolongarse indefinidamente. Es cierto que conceder el permiso supone siempre un riesgo pero si cinco años largos de prisión ininterrumpida no han limitado

razonablemente ese riesgo, habría que poner en entredicho el tratamiento penitenciario, el cual contempla la posibilidad de fallos o moras -por ejemplo quebrantar los permisos de salida- pero apunta, aún dentro del riesgo que conlleva la preparación para la libertad porque dicha preparación exista y no se produzca de golpe -de la oscuridad a la luz- sino paulatinamente, como mal menor a la pura inexistencia de preparación. Si el tratamiento asume lícitamente un riesgo, también los jueces, dentro de lo razonable, aceptando la posibilidad de un error, temiendo incluso en lo más profundo de su conciencia por las eventuales consecuencias del mismo, deben asumirlo” (Auto 769/96 de fecha 6 de noviembre de 1996).

“La sospecha de un mal uso del permiso se apoya en un dato no fiable; no fiable porque ningún elemento indica que el interno continúe consumiendo drogas. Sin duda que ello es posible, pero si durante su estancia en prisión (lleva desde 1993 sin interrupción) no ha cometido ninguna falta relacionada con las drogas, la presunción más armónica es la favorable al interno: que no ha continuado consumiendo, por lo que no cabe inferir que durante el permiso sea probable la comisión de un nuevo delito” (Auto 777/96 de fecha 8 de noviembre de 1996).

“Independientemente de la concurrencia de los requisitos legales establecidos en la legislación penitenciaria para la concesión de permiso ordinario, que en el presente caso se dan. La Junta de Régimen estima, y así lo ha ratificado el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que dada la trayectoria delictiva del penado (seis ingresos, por delito de robo con intimidación), éste ha hecho del delito su modo de vida, no habiendo madurado, a pesar del tiempo transcurrido en prisión. Es cierto, por otra parte, que no consta en el expediente del interno ninguna sanción, ni comisión de falta disciplinaria; goza de una situación socio-familiar aceptable, teniendo al padre gravemente enfermo. No ha disfrutado aún de permiso alguno. Estas consideraciones, en unión de la cercanía de la fecha en el cumplimiento de las 3/4 partes de condena (agosto de 1998) hacen valorar a la Sala la conveniencia de que empiece a hacer uso de algún permiso, para que a la vista de su resultado, se pueda computar si su actitud ha cambiado, respecto a sus hábitos en vida social; forma, por otra parte, de ir preparando al recluso para su vida en libertad. Por ello, y dadas las circunstancias familiares, es prudente acceder a la solicitud del interno y concederle el permiso solicitado” (Auto 476/97 de fecha 29 de abril de 1997).

“Es evidente cual es el historial del penado. Pero fuera del historial en si no se da dato alguno por parte de la Administración. Ciertamente que este delinquirió en libertad condicional lo que originó la revocación de esta y el cumplimiento de la pena que actualmente extingue. Pero de ahí a afirmar que es inintimidable por la pena, o lo que es lo mismo que la pena es inútil fuera de su función estrictamente retributiva pues no sólo será ineficaz en orden a la reinserción sino incluso en el plano de la prevención especial, es dar un paso que el Tribunal no puede compartir. Ha de pensarse que el acusado algo ha aprendido acerca de que los actos tienen consecuencias. Y si ahora cuenta con apoyo familiar, con un lugar en que vivir y cumple las condiciones legales para disfrutar de un permiso no se ven razones para denegarlo” (Auto 1002/97 de fecha 20 de octubre de 1997).

4.6 Riesgo de hacer mal uso del permiso:

“Nunca a priori pueden tenerse todas las garantías de buen uso del permiso. Siempre existe un riesgo que, de concretarse en quebrantamiento de permiso o, pero aún, en la comisión de un delito durante el mismo, será enjuiciado ‘a posteriori’ como un grave error judicial. Pero es un riesgo prevenido por la ley que incluso prevé las consecuencias de ese mal uso del permiso, por lo que el Juez si se cumplen razonadamente las condiciones para concederlo ni puede poner en cuestión la norma, ni sentirse paralizado por un miedo al error que naturalmente siente, que le hace representarse como no excluible la posibilidad futura de lesión de bienes jurídicos de terceros inocentes, pero que debe vencer si el riesgo se presenta como remoto y la alternativa a no asumirlo es convertir en pura declaración teórica los principios de progresividad, tratamiento individualizado y reinserción social con su inexorable compañía de preparación para la libertad, que, quizá incluso con más optimismo que el que pueda sentir el Juez personalmente, proclama nuestra ley general penitenciaria inspirada en principios constitucionales. Y en este caso ponderando el largo período de prisión cumplida, la inexistencia de datos sobre mala conducta en prisión cumplida, la inexistencia de datos sobre mala conducta en prisión, la presumible labor de reinserción que debe entenderse tras tanto tiempo en prisión, so pena de poner en tela de juicio el funcionamiento del entero sistema penitenciario, y lo inexorable de una futura libertad para la que es necesaria una acomodación progresiva, las razones se inclinan, de forma decidida por la concesión del permiso solicitado” (Auto 586/97 de fecha 29 de mayo de 1997).

“Su irregular conducta en el Centro, que le ha deparado la imposición de sanciones por comisión de faltas muy graves y graves, unido a su politoxicomanía, que le ha hecho desenvolverse en ambientes marginales y delincuenciales, sin tener familia o punto de acogida en el exterior del Centro, hacen que, por ahora, sea o se presente como poco viable la concesión de permiso ante la ausencia de garantía de hacer buen uso del mismo, por lo que mientras no varíen las circunstancias, se ha de mantener el criterio adoptado pro el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria” (Auto 806/97 de fecha 23 de julio de 1997).

“El permiso como preparación para la vida en libertad tiene sentido si se hace buen uso del mismo. Pero si el interno estaba ya en régimen de semilibertad -tercer grado- y por reiterados consumos de droga ha sido regresado al segundo grado, las garantías de hacer buen uso del permiso desaparecen. Debe pues desestimarse el permiso” (Auto 676/97 de fecha 4 de julio de 1997).

“El interno está en prisión ininterrumpidamente desde el 8 de junio de 1992. Ello se debe a su propia conducta anterior: quebrantamientos de condena uno de ellos con comisión de nuevo delito. Es pues justificada la desconfianza de la Administración y del Juez de Vigilancia Penitenciaria. No obstante de extremarse ese entendimiento de la ley y el reglamento penitenciario la consecuencia sería el cumplimiento íntegro de la condena sin un sólo permiso más y la puesta en libertad en el año 2004 tras doce años de privación de la misma y sin un mínimo acomodamiento de un situación a la otra. Por tanto habrá de analizarse si el riesgo de quebrantamiento y en general de mal uso es hoy elevado.

“Ciertamente el interno se dio de baja en 1995 en un programa de deshabituación a las drogas pero no constan sanciones disciplinarias por tenencia o consumo de las mismas y la única causa de denegación del permiso es la falta de garantías de su buen uso. De otra

parte el condenado puede alcanzar la libertad condicional en 1999 si observa la buena conducta suficiente para progresar de grado lo que, en parte, dependerá de su capacidad para hacer buen uso de un permiso penitenciario y en fin esa relativa concurrencia de una posible libertad condicional y esa relativa lejanía del cumplimiento definitivo de la pena son al tiempo un estímulo al hacer buen uso del permiso y un factor que recomienda el inicio de la preparación para la vida en libertad. Debe pues estimarse el recurso” (Auto 835/97 de fecha 12 de setiembre de 1997).

“Ciertamente no puede descartarse el riesgo de mal uso del permiso ni pueden olvidarse los antecedentes de dos quebrantamientos de condena y los delitos cometidos en el primero de ellos. Pero ese primer quebrantamiento tuvo lugar hace más de diez años, el segundo hace más de tres años. El riesgo existe pero viene disminuido porque el preso va a alcanzar su libertad en pocos meses y no sólo eso sino que al riesgo del mal uso de la libertad durante unos días se opone al riesgo mucho mayor de hacer mal uso de la libertad sin restricciones que va a venir en poco tiempo, si no existe una mínima preparación para esa libertad, una suerte de entrenamiento en la propia responsabilidad. En otras palabras, los permisos previenen a menudo males mayores que los riesgos inherentes a su concesión. Debe pues estimarse el recurso” (Auto 1220/97 de fecha 1 de diciembre de 1997).

4.7 Gravedad del delito:

“La Juez de Vigilancia Penitenciaria apoya su decisión denegatoria en los mismos motivos por los que el Equipo de Tratamiento informó desfavorablemente la petición. Pero sucede que ninguno de ellos tiene entidad para fundamentar la sospecha de un mal uso del permiso. Así no cabe invocar la larga duración de la condena cuando está próximo el cumplimiento de las tres cuartas partes (febrero de 1997) y de la totalidad (junio 1989) y, en consecuencia, comienza a ser necesaria la acomodación a la vida en libertad. Por otro lado, la invocación de la gravedad del delito cometido suponen manejar un criterio de desigualdad no recogido por el legislador. Y por último, que el interno fuera condenado por poseer 400 gramos de cocaína es un dato insuficiente para establecer la probabilidad de su pertenencia a una organización y de la comisión de un nuevo delito” (Auto 770/96 de fecha 6 de noviembre de 1996).

“La tipología delictiva, la reincidencia y la alarma social del delito no son atendibles. La primera porque precisamente en razón de la gravedad de los hechos -homicidio- es larga la condena impuesta, la reincidencia porque no está acreditada, y la alarma social porque si el reo está desde 1991 en prisión es lógico pensar que haya disminuido la alarma que cause la excarcelación temporal de un homicida pues sólo lo será para quien ignore dicho carácter temporal de la misma y en todo caso es un riesgo legalmente asumido en cuanto que el cumplimiento en ninguna pena está excluido de tratamiento individualizado, en el cual los permisos de salida como forma de preparación para la libertad pueden cobrar singular relieve. En fin, no es estadísticamente el homicidio delito que suela cometerse de nuevo, como ocurre por el contrario con otros delitos mucho menos graves” (Auto 449/97 de fecha 25 de abril de 1997).

“En contra de la concesión del permiso obra en el tipo, gravedad y naturaleza del delito por el que el interno cumple condena (delito contra la libertad sexual) y el largo tiempo que le resta hasta su libertad definitiva. A favor de la concesión del permiso están las

siguientes circunstancias : a) Ya ha disfrutado de otros permisos con anterioridad sin hacer mal uso de los mismos; b) Su conducta penitenciaria es buena ocupando en prisión puestos de responsabilidad; c) Hay escasísimas posibilidades de mal uso del permiso; d) El interno lleva más de un año y medio de tratamiento psicoterapéutico con especialista; e) Cuenta con núcleo familiar estable que le apoya física y psíquicamente. Sopesando las circunstancias que, siendo presuntas, puede apoyar la no concesión del permiso y las que realmente concurren parece aconsejable la concesión del mismo ya que estando el interno, desde hace ya tiempo, sometido a tratamiento terapéutico de forma voluntaria y habiendo ya hecho uso debido de dos permisos, es previsible que uno nuevo contribuya de forma idónea a su preparación y reinserción en la vida social” (Auto 939/97 de fecha 8 de octubre de 1997).

“El penado lleva en prisión desde hace casi siete años sin permiso alguno. Su conducta es adaptada y desempeña destinos obteniendo notas meritorias; la integración familiar es buena. Todo ello y el hecho de que ha cumplido más de la mitad de la condena y las tres cuartas partes las cumplirá en Junio del 2.000 son factores que juegan a su favor. En su contra está la naturaleza de los delitos - agresión sexual y robo- porque la experiencia avisa del riesgo estadístico de reiteración de esas conductas tan graves y tan lesivas para los demás y, si no en su contra, nada hace en su favor que se niega a asumir los delitos cometidos.

“Así las cosas el problema no está tanto en conceder o denegar el permiso, cuanto en ponderar si los riesgos inherentes al mismo -los de todo permiso en general y los de los, agresores sexuales y contra la propiedad en particular- son de alguna manera paliables. El Tribunal piensa que sí, bajo ciertas condiciones. En primer lugar, la duración del permiso, que ha de ser breve. En segundo lugar, ha de utilizarse la buena integración familiar para comprometer a la familia en el permiso, que, de ser exitoso, puede ser prólogo de otros. En tercer lugar, ha de tenerse un mínimo control del interno durante el permiso mediante su obligada presentación diaria ante la Autoridad policial que puede ser la del Centro policial o comisaría que designe la Dirección del Centro o su Junta de Tratamiento, en fin, y el permiso habrá de disfrutarse en la ciudad de Madrid.

“En consecuencia se concederá este permiso por tiempo de tres días, con la condición de que el interno sea recogido a la salida de prisión por un miembro de su familia y que el permiso se disfrute en Madrid y con la cautela de la presentación diaria del penado ante la Autoridad policial, que de ser exitoso, puede ser prólogo de otros, en tercer lugar, ha de tenerse un mínimo control del interno durante el permiso mediante su obligada presentación diaria ante la autoridad policial que puede ser la del Centro Policial o comisaría que designe la Dirección del Centro o la Junta de Tratamiento, en fin, y el permiso habrá de disfrutarse en la ciudad de Madrid” (Auto 890/98 de fecha 14 de julio de 1998).

4.8 Reinserción como objetivo de los permisos:

“El apelante está preso por delitos graves y el Tribunal no lo ignora [...] Desde 1988 sufre prisión ininterrumpida. Es mucho tiempo alejado de la vida en sociedad a la que ha de tornar. La prisión aunque puede procurar alguna suerte de socialización, si es capaz de socialización, debe completarse con la socialización externa, con el fomento, también fuera de la prisión, de la “actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad

individual y social” (artículo 59.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). El permiso no es sólo un instrumento idóneo de preparación para una libertad que ha de llegar, y que no debe hacerlo de golpe como el paso brusco de la oscuridad a la luz, es un reconocimiento expreso de que no sólo nominalmente sino también en la realidad el penado forma parte de la sociedad, es también una forma de depositar la confianza en el preso que deja de serlo durante unos días, y es en fin una apelación al respeto a sí mismo y a la responsabilidad personal a que se refiere la ley. Ciertamente hay en ello un riesgo que debe ser razonablemente asumido cuando la alternativa es meramente la de convertir la pena en un instrumento de seguridad a cualquier precio. Cuando son muchos los años sufridos en prisión la función retributiva de la pena, incluso la de prevención especial en sentido persuasorio o ya se han cumplido en muy buena medida o ha de asumirse que no se cumplirán. Es el momento de poner aún más el acento en el siempre presente objetivo de reinserción cuyo éxito en parte dependerá de la capacidad de autocontrol de quien no puede habituarse definitivamente a que todo control viene de fuera, a que todo control ha de ser impuesto, a que para vivir honradamente no depende de sí mismo sino de la fuerza de otros. Pese a sus riesgos el éxito en general de los permisos penitenciarios nace en buena medida de su vocación de vaticinio autocumplido en cuanto que quizá más que nadie, el preso capta y no desoye el mensaje implícito de apelación a la autoestima y a la propia responsabilidad que el permiso supone. Debe pues estimarse el recurso” (Auto 1159/97 de fecha 19 de noviembre de 1997).

4.9 La denegación debe estar motivada:

“En el interno recurrente concurren los requisitos de carácter objetivo exigidos por el artículo 154 del vigente Reglamento Penitenciario para poder obtener un permiso de salida. No existe en el expediente que obra en este Tribunal, sin embargo, informe alguno en el que se argumenten las razones por las que el Centro Penitenciario denegó su solicitud, por lo que la Sala ignora si las mismas son o no fundadas. Por ello, al no apreciarse concurrente ninguna circunstancia negativa por la que se considere conveniente rechazar tal petición se ha de conceder el permiso que el interno solicitó” (Auto 629/97 de fecha 12 de junio de 1997).

“Resulta preocupante la escasez de datos con que la Administración o bien resuelve o bien informa a los jueces de por qué resuelve. En su informe de 21.2.97 no constan datos tan relevantes como la edad de interno y el tiempo que lleva ininterrumpidamente en prisión. Y es este punto ha de decirse que no es lógico que la Administración tenga todos los datos, el Juez de Vigilancia los que resulten del caso concreto más lo que obtienen del expediente general del interno y la Audiencia Provincial, órgano de segunda y última instancia disponga de unos mínimos datos mal hilvanados, y que más de una vez ha comprobado que son abiertamente erróneos, y sistemáticamente incompletos. Ellos significa que al riesgo razonable de error que existe en toda resolución judicial y al riesgo de que ese error se traduzca en lesiones de bienes de terceros (por ejemplo, quebranto de permisos, delito cometido durante el mismo) se une el riesgo no razonable de decidir sobre un expediente incompleto y a veces sectario por lo parcial e inmotivado de las resoluciones que se impugnan. En el presente caso las razones que hay para denegar el permiso son la analítica positiva a drogas al regresar de otro anterior. Pero de por sí no es suficiente pues lo esencial no es la adición o no adición sino el quebranto del permiso o el hecho de delinquir durante el mismo sobre lo

que no hay dato alguno todo ello aparte de el fracaso implícito que conlleva que tras varios años en prisión esa pretendida adición al consumo permanezca. En resumen con los escasos datos que aporta la Administración, que tienen la responsabilidad de esa escasez, no hay motivos suficientes para denegar el permiso a quien tiene ya cumplidas tres cuartas partes de la condena. Debe pues estimarse el recurso” (Auto 998/97 de fecha 20 de octubre de 1997).

“Todos los factores son positivos para conceder el permiso: Buena conducta en prisión, trabajo en la misma, estudio, redenciones. En contra se alega la lejanía del tiempo de cumplimiento de las 3/4 partes de la condena (noviembre de 1.999) y de la totalidad de la misma (abril de 2001). El concepto de lejanía es discutible en cuanto a que es relativo. El tiempo psicológico transcurre quizá en prisión más lentamente pero ello, si acaso, debiera ser un factor a considerar en favor de la concesión de permisos como alivio en esa disminución, subjetiva pero auténtica, de la duración del tiempo, que lo acorta en la felicidad y lo estira en la desgracia, y es evidente que la privación de libertad no es fuente de felicidad precisamente. Fuera de la prisión el tiempo y la sociedad no se congelan y ello hace necesario los contactos periódicos de los de ‘dentro’ con ‘los de fuera’ (y ‘lo de fuera’). Si no hay razones objetivas para denegar el permiso, ni la duración de la pena ni la fracción de esta que resta hasta la libertad -superada su cuarta parte- pueden ser obstáculos a la concesión del permiso, que debe configurarse en tales supuestos como el derecho normal frente al derecho excepcional que sería su denegación. Debe pues estimarse el recurso” (Auto 782 BIS/98 de fecha 10 de junio de 1998).

“Concurren en el interno los requisitos de carácter objetivo que establece el artículo 154 del Reglamento Penitenciario para la concesión de un permiso ordinario de salida. Los motivos que se alegan, sin embargo, para su denegación son que presenta un proceso de socialización deficiente en ambiente marginal, antecedentes penales en su familia, consumo de drogas temprano de pegamento, hachís, heroína y no realización de tratamiento de deshabitación de su drogodependencia. Por lo que respecta a los dos primeros puntos es algo que su permanencia en prisión no va a solucionar ni tampoco va a conseguir el alejamiento de ese ambiente y de su familia, y esos factores ajenos a él no pueden incidir negativamente en la posibilidad de que pueda ir adaptándose paulatinamente a la vida en libertad. Por lo que respecta a la drogadicción, hay que señalar que tras 4 años de prisión ininterrumpida no se hace mención en el informe que tenga ningún tipo de sanción por tenencia o consumo de estupefacientes, por lo que tampoco hay constancia de que continúe con ese problema, además de que, en el caso contrario, ni ese tiempo de encarcelamiento ni el cumplimiento de una condena anterior superior a 5 años de la que fue excarcelado en 1993, parece que haya contribuido a que abandonara el consumo de drogas. Por último, el interno recurrente cumplirá las 3/4 partes de la condena en Enero de 1999 momento, en que podrá acceder a la libertad condicional si bien para conseguir ésta es necesario que haya demostrado que es capaz de vivir en libertad, lo que no es posible sino mediante el disfrute normal de permisos y por esta razón el recurso se estima y se concede un permiso de 4 días, si bien sometido a las medidas que establezca el centro penitenciario” (Auto 651/98 de fecha 27 de mayo de 1998).

4.10 Desplazamiento al extranjero:

“El interno está en tercer grado de tratamiento penitenciario y sometido a través de la Institución Proyecto Hombre a un programa de deshabitación que se encuentra en su última fase y se sigue con éxito considerándose su evolución como muy favorable. Tiene trabajo y ese trabajo puede exigir un breve desplazamiento a Portugal, sin el cual desplazamiento, su actividad laboral puede verse seriamente comprometida.

“El Centro ‘Victoria Kent’ y el Centro ‘Proyecto Hombre’ son favorables a que se autoricen los desplazamientos sí bien; el primero, entiende que no puede resolver sobre su petición, de conformidad con el principio de territorialidad en el cumplimiento de las penas.

“El principio de territorialidad conlleva la aplicación de las leyes penales a todos los que se encuentran en territorio nacional pero no exactamente que las penas hayan de cumplirse en territorio español, y en todo caso, si lo establece como principio admite muy plurales excepciones. Desde la sustitución de la pena o parte de ella por la expulsión del territorio (artículo 89 del Código Penal) hasta las derivadas de Convenios Internacionales como el de Estrasburgo sobre traslado de personas condenadas de 21 de marzo de 1983 ratificado por España el 11 de marzo de 1985. Es en cualquier caso, un principio que ha de conjugarse con el de reinserción de los internos que orienta nuestra legislación penitenciaria (artículo 25 de la Constitución y 1.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

“Esa reinserción pasa por la preparación para la vida en libertad de la que los permisos penitenciarios son instrumento principal (artículo 47 de la ley y 156 y siguientes del Reglamento Penitenciario) sin que en ninguna de las normas citadas se establezca como obligatorio el disfrute del permiso en territorio nacional. Más aún si el interno depende del Centro de Inserción Social que como principio de funcionamiento tiene establecido el de confianza (artículo 164.1 del Reglamento). Y como principios rectores de su actividad los de integración (facilitando la participación plena del interno en la vida social y laboral) y coordinación (con uso de los recursos sociales externos en materia de acción formativa y trabajo) -artículo 164.2- sin que a ello obste conforme al artículo 182 del Reglamento el hecho de que el cumplimiento de la pena se lleva a cabo en un centro no penitenciario.

“Así pues el hecho de que durante unas horas el penado permanezca en Portugal, con obligación de reintegrarse al Centro en que se encuentra no puede considerarse una quiebra del principio de territorialidad. Habida cuenta de que su tratamiento de deshabitación es sumamente exitoso y su evolución muy favorable; tampoco cabe entender que esa breve, estancia en el país vecino pueda considerarse un acto hostil o descortés para dicho Estado, en primer lugar, por la mínima transcendencia de los hechos; en segundo lugar, porque la preparación para la libertad lo es para la libertad en todos los órdenes y también para la libertad deambulatoria en un nuevo y más amplio espacio común, el de la Unión Europea, en el que rige el principio de libre circulación de personas, en fin, porque la legislación penal portuguesa es modélica y en muchos aspectos superior a la española y el grado de civismo y tolerancia de la sociedad portuguesa ha sido desde siempre objeto de admiración. En todo caso cualquier malentendido en este punto debiera evitarse mediante la solicitud de autorización de las Autoridades portuguesas, si fuera necesaria.

“Junto a la posibilidad de hacer uso de los permisos ordinarios que en tercer grado pueden concederse por el propio Centro Directivo (artículo 161.1 del Reglamento Penitenciario), existen otras como el adelantamiento de la libertad condicional o de la solicitud de indulto conforme al artículo 202 del Reglamento Penitenciario -si se cumplen las condiciones para ello- lo que dado el escueto informe del Centro Victoria Kent este Tribunal ignora, y la posibilidad de que el Tribunal sentenciador suspenda el cumplimiento del resto de la pena conforme al artículo 99 del Código Penal, si se cumplen las condiciones para hacerlo, lo que tampoco conoce este Tribunal, pues en estos casos el interno dejaría de serlo y su problema desaparecería” (Auto 802/98 de fecha 26 de junio de 1998).

4.11 Permiso extraordinario por motivo religioso:

“Carece de fundamento la denegación del permiso solicitado por el interno recurrente. El artículo 47.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria prevé la posibilidad de conceder permisos extraordinarios ‘por importantes y comprobados motivos’ y entre ellos, ya que no existe salvedad legal alguna que lo impida, se han de incluir aquéllos de carácter religioso, cualquiera que sea la confesión profesada, que revistan tales condiciones con carácter objetivo; y no hay duda que el bautismo o primera comunión de un hijo se ha de considerar importante, principalmente para el menor, siendo igualmente significativo para él que en un día tan señalado pueda estar acompañado por sus familiares más cercanos. Por ello, el precepto mencionado ha de ser interpretado en un sentido amplio, no sólo limitado a situaciones de grave enfermedad o fallecimiento sino también a aquéllas otras, de signo contrario, que sean relevantes para el entorno familiar más cercano al penado, por lo que el recurso interpuesto por el interno ha de ser estimado siéndole concedido el permiso solicitado con la finalidad expuesta en la extensión necesaria para ello, debiendo acreditar previamente la celebración del acto religioso al que desea asistir si todavía no ha tenido lugar, pudiendo el centro penitenciario adoptar las medidas de seguridad que estime necesarias” (Auto 814/98 de fecha 1 de julio de 1998).

4.12 Acumulación de solicitudes de permiso:

“Se deniega el permiso ya que si bien puede tener sentido conceder un permiso y observar que uso se hace del mismo y que proyección positiva o negativa tiene, no es lógico ni prudente acumular dos permisos o más en un principio, sin perjuicio de que puedan concederse al ritmo adecuado una vez que se compruebe, en su caso, el buen uso del primero” (Auto 793/96 de fecha 12 de noviembre de 1996).

REINSERCIÓN SOCIAL:

1. Regulación legal:

En el plano teórico-jurídico, la finalidad de las penas privativas de libertad, es la de reeducar y reinsertar en la sociedad a las personas que han cometido el delito. Así lo ordena la Constitución en su artículo 25.2, cuando dice que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinsertión

social ... El condenado a pena de prisión ... gozará de los derechos fundamentales de este capítulo”, es decir, de todos los derechos fundamentales de los ciudadanos a excepción de aquellos que limite la propia sentencia.

La misma idea es plasmada en la Ley Orgánica General Penitenciaria, así como en el Reglamento que la desarrolla. El artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que las instituciones penitenciarias “tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad”. Por su parte el Reglamento Penitenciario recoge en su artículo 2 los fines de la actividad penitenciaria y señala que “la actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad”.

Por otro lado, el artículo 3 del citado Reglamento Penitenciario dice que “principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas”.

De esta manera, puede comprobarse que en España, al igual que en resto de los Estados de nuestro entorno, la prisión ha perdido la función represiva, de castigo, de venganza, de las que participó su filosofía antaño. La prisión debe servir como medio para recuperar a las personas que muestran conductas no adaptadas a la sociedad imperante.

*2. No es un derecho subjetivo. Sentencias del Tribunal Constitucional 112/96 de 24 de junio y 2/97:

“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; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que estos sean su única finalidad (Autos del Tribunal Constitucional 15/84, 486/1985, 303/86 y 780/96, y sentencias del Tribunal Constitucional 2/87 y 28/88). 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 precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora o, al menos, no desocializadora, precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena”.

SUSPENSIÓN DE LA CONDENA:

1. Régimen general:

El artículo 80 del Código Penal autoriza a los Jueces y Tribunales a dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del condenado.

El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

Las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena son las siguientes:

- a) Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 del Código.
- b) Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad.
- c) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

- a) Prohibición de acudir a determinados lugares.
- b) Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.
- c) Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.
- d) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.
- e) Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste.

2. Del reincidente:

En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

En estos casos la suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que señale, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.

Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.

3. Del toxicómano:

El artículo 87 autoriza a suspender la ejecución de la condena aunque el penado tuviera antecedentes penales o la pena fuera superior a los años, siempre que no sea superior a tres, si el delito se hubiese cometido a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20 del Código Penal, y siempre que se den las siguientes circunstancias:

- a) Que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.
- b) Que no se trate de reos habituales.

4. Del enfermo grave:

El artículo 80.4 del Código Penal establece que los Tribunales podrán otorgar la suspensión de la pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por otro motivo.

En consecuencia, para la concesión de la suspensión se requieren la existencia de los siguientes elementos objetivos:

- a) Enfermedad muy grave con padecimientos incurables

Este elemento objetivo “no requiere, que exista peligro de muerte, sino que se padezca un mal sin remedio conocido según las reglas del arte médico” (sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 25 de marzo de 1996).

En el ordenamiento penal, en concreto en la fase de ejecución de la condena, existe un precepto de similar contenido y finalidad que la suspensión de la condena del artículo 80.4 del Código Penal: la libertad condicional para enfermos muy graves (artículo 92 del Código Penal). En la interpretación que jurisprudencial y doctrinalmente se ha hecho de este precepto, se hace hincapié en que, aunque pudiese pensarse que el legislador está pensado esencialmente en la aplicación para los enfermos terminales, el concepto de enfermo terminal no debe ser interpretado tan restrictivamente que pueda llegar a confundirse con enfermo agónico o cercano a la muerte. Ni una interpretación gramatical, ni teleológica autorizan esa interpretación.

Es importante hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 1996, en la que se accede a la libertad condicional por artículo 60 del Reglamento Penitenciario de una persona afectada por “una enfermedad coronaria grave e incurable, con un cuadro clínico de imprevisibles consecuencias, para cuyo tratamiento resulta inadecuado el ambiente carcelario, que incide negativamente en la patología por la ansiedad inherente a la privación de libertad [...] influyendo negativamente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aunque no exista riesgo inminente de su pérdida”.

En este mismo sentido de no restringir la interpretación de la enfermedad a la fase de terminalidad, la Sala 5ª del Tribunal Supremo, en auto de 19 de agosto de 1988 estableció que “la postura que adoptó el Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria parece conforme con el tenor literal del precepto (el sida ya desarrollado con pronóstico de fallecimiento a corto plazo cumple, sin duda los dos requisitos exigidos, pues se trata de una enfermedad que es, al tiempo muy grave e incurable) y también parece acorde con la finalidad humanitaria de tal forma que permitiría adelantar la excarcelación a algún momento anterior al de la muerte inminente, pues quizá debiera entenderse que no es el propósito de este artículo del Reglamento el que puedan sacarse de la prisión a los enfermos sólo para que mueran fuera de la cárcel, pareciendo, por el contrario, lo más adecuado al espíritu de esta disposición el que pudieran permanecer en libertad alguna temporada anterior al momento del fallecimiento”.

La pena privativa de libertad, que constitucionalmente está orientada a la reeducación social, para estos enfermos deja de tener esta finalidad y se reviste exclusivamente de los caracteres del castigo y de la retribución. A este respecto la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado de 1991, establece que en estos supuestos de enfermedad grave con padecimientos incurables “las penas privativas de libertad ya no pueden cumplir su fin primordial de procurar la reinserción social del penado”. Una vez que se dé la situación de gravedad e irreversibilidad del padecimiento, habrá que atender además a otros referentes entre las que destacan no sólo las referentes a las estimaciones del tiempo de supervivencia, sino también, cualquiera que sea éste, las condiciones de su existencia, en cuanto a una mayor o menor autonomía física y psíquica que acrediten una situación de notoria deficiencia e insostenible inferioridad respecto del resto de los reclusos de tal manera que carezca de sentido, con carácter definitivo, la programación

de un tratamiento rehabilitador o resocializador, respondiendo su permanencia en prisión a consideraciones exclusivamente aflictivas y retributivas.

A mayor abundamiento, este precepto penal tiene un fundamento estrictamente humanitario que debe ser considerado como criterio de interpretación teleológico-objetivo de resultados extensivos en favor del reo.

b) No suspensión de otra condena por el mismo motivo

Es el segundo requisito establecido en el artículo 80.4.

La suspensión de la condena para personas drogodependientes ha sufrido alguna innovación respecto de la anterior regulación legal, en la que subyace un intento de apertura del legislador en los casos de delincuencia funcional del drogodependiente flexibilizando algunos de los requisitos establecidos en el Código Penal derogado.

Las normas reguladoras de esta institución penal deben interpretarse desde el horizonte establecido en el artículo 25.2 de la Constitución. La orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social del penado adquiere en los casos de drogodependencia una gran importancia, no sólo a efectos de prevención especial, sino también general. Prevención especial porque la toxicomanía necesita para su tratamiento un programa específico y complejo incompatible con el internamiento penitenciario; una vez superada la drogodependencia, la reincidencia en el delito es nula. A mayor abundamiento, es de señalar que la aplicación de esta medida alternativa que exige la estancia y la recuperación total queda asegurada por el mandato legal de condicionar la suspensión al no abandono del tratamiento.

Por otro lado, la prevención general también queda salvaguardada por los anteriores motivos expuestos y por la previsión legal del artículo 87, que establece como condición la no comisión de delito alguno, condición que parece psicológicamente probado por experiencias y estadísticas que la amenaza de una pena gravitando sobre el ánimo de un condenado suele producir un efecto de prevención y coacción moral mucho más eficaz que su fatal y eludible cumplimiento.

Cabría también hacer una breve reseña de la interpretación histórica a fin de extraer la filosofía del legislador en la creación de esta institución (interpretación histórica). La Ley de Condena Condicional de 1908 fue creada con una finalidad pragmática a partir de la consulta de los debates parlamentarios que la acompañaron y que se reconducen al hacinamiento de las prisiones de la época y a dosis de humanitarismo frente a las lamentables condiciones en que se producía el cumplimiento de la privación de libertad.

Ambos criterios de interpretación, teleológico e histórico, que podrían ser aplicados a los términos del artículo 87 del Código Penal conducen al mismo horizonte: la búsqueda de la reeducación y reinserción social del penado.

Los requisitos que la Ley exige son los siguientes:

a) Que el delito se hubiese cometido por la adicción a drogas

A diferencia de la anterior regulación en la que se exigía que se declarase probada en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto así como que la conducta delictiva fuese realizada por tal motivo, en la actual artículo 87 del Código Penal la necesidad de acreditación en sentencia ha desaparecido. A este respecto cabe señalar que la drogodependencia puede afectar a la psique en el momento del hecho delictivo y configurar una circunstancia de atenuación, pero también es posible que, aunque el sujeto en el momento de los hechos no tenga alteradas sus facultades volitivas e intelectivas, haya cometido el delito por la adicción a drogas y por ello no conste en la sentencia una disminución de la capacidad de culpabilidad como atenuante o eximente incompleta. Podríamos encontrarnos con el caso de que una persona cometa un robo para sufrarse posteriormente el pago de una dosis de heroína.

En consecuencia, solamente es exigible que la conducta delictiva haya sido motivada por la situación de drogodependencia del sujeto; entre una y otra ha de existir “una relación de eficaz condicionamiento”.

b) Que se certifique por Centro público a privado debidamente homologado que el condenado se encuentra sometido a tratamiento

c) Que se trate de reos habituales

Aunque el artículo 87 no prevea expresamente la posibilidad de no computar los antecedentes penales que pudiesen ser cancelables, en una interpretación extensiva y analógica pro reo tomando como base la previsión legal de la suspensión condicional genérica de la pena del artículo 81.1, podemos afirmar que debido a que varios de los antecedentes no son computables porque ya pasaron los plazos de cancelación, concurre este requisito.

SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN:

El artículo 88 del nuevo Código Penal dispone: “Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales”.

Cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana y cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 del Código Penal.

Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social.

También podrán los Jueces y Tribunales, previa conformidad del reo, sustituir las penas de arresto de fines de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo.

En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

TRASLADOS:

El artículo 88 del nuevo Código Penal dispone: “Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales”.

Cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana y cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 del Código Penal.

Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social.

También podrán los Jueces y Tribunales, previa conformidad del reo, sustituir las penas de arresto de fines de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo.

En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

TRATAMIENTO:

El artículo 25.2 de la Constitución afirma que el fin primordial de las penas privativas de libertad es la reeducación y reinserción social del recluso. En idéntico sentido se

pronuncian los artículos 1.1 tanto de la Ley Orgánica General Penitenciaria como del Reglamento Penitenciario.

La función reinsertadora y resocializadora de la pena de prisión se plasma en el “tratamiento penitenciario”. El artículo 62 de la Ley Orgánica General Penitenciaria define el tratamiento como “el conjunto de actividades directamente dirigidas” a la reeducación y reinserción social del preso. Este tratamiento se inspira en el principio de individualización científica, programación, continuidad y dinamismo, a fin de, como dice la Exposición de Motivos y el articulado de la Ley Penitenciaria, conseguir, a través del tratamiento, la reeducación del penado. En la Ley Orgánica General Penitenciaria, se describen minuciosamente las características del tratamiento y los principios que lo deben inspirar (artículos 62 y 63 de la misma).

Según estipula el artículo 65.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, “la progresión del tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno, y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes que implicarán una mayor libertad”.

El artículo 72.4 Ley Orgánica General Penitenciaria establece que “en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”.

El tratamiento consiste, según el artículo 59.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de aquellos fines. Pero, además de ser un “medio”, el tratamiento penitenciario está configurado como un derecho subjetivo de los presos, de modo que es incluido en la carta de derechos y deberes del interno, en el artículo 4.2d) del Reglamento Penitenciario: salidas programadas, grupos de terapia, programas de actuación especializada en drogodependencias, formación, cultura, deporte y trabajo penitenciario, son las actividades y campos que, según la legislación, deben trabajarse con el tratamiento.

En el artículo 62 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se recogen los principios inspiradores del tratamiento, a saber:

1. Estará basado en un estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes, motivaciones y evolución de personalidad del sujeto, que conduzcan a un enjuiciamiento global de la misma.
2. Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial tomando como base “una consideración ponderada” del enjuiciamiento global, su historial delictivo y todos los datos ambientales del sujeto.
3. Será individualizado según la personalidad de cada uno, utilizando métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales.
4. Será complejo, es decir, se deben utilizar varios de los métodos anteriormente citados.
5. Será programado, fijándose un plan general de ejecución.
6. Será de carácter continuo y dinámico, dependiendo de la evolución de la personalidad del interno.

Para todo ello, debe contarse con el propio preso, tal y como lo disponen tanto la Ley Orgánica General Penitenciaria como el Reglamento Penitenciario:

- Artículo 61 de la Ley Orgánica General Penitenciaria: “Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento”

- Artículo 112 del Reglamento Penitenciario: “se estimulará la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento”.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA:

1. Resolución por medio de impresos:

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 195/95 de 19 de diciembre “la lesión denunciada no puede derivarse del solo uso por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de impresos en los que se fueron llenando mecanografiadamente los huecos en blanco, pues la utilización de impresos, aunque no aconsejable, no es en sí misma constitucionalmente lesiva siempre y cuando se observen todas las garantías cuyo respeto viene exigido por el derecho a la tutela judicial efectiva”.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/96, añade: “Respecto al uso en las resoluciones judiciales de modelos impresos o formularios estereotipados, hemos tenido múltiples ocasiones de afirmar que, aunque desaconsejable su utilización por ser potencialmente contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, no implica necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación (sentencias del Tribunal Constitucional 184/1988, 125/1989, 74/1990 y ATC 73/1996), pues “peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de esta” (Auto del Tribunal Constitucional 73/1993), debiendo analizarse el caso concreto para determinar la suficiencia de la respuesta ofrecida [...] Aun teniendo en cuenta dichas matizaciones, no cabe sino declarar lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva del Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Guadalajara de 16 de noviembre de 1992, pues se limita a desestimar el recurso interpuesto sin exteriorizar ni dejar entrever los criterios jurídicos ni los elementos de hecho en los que se sustenta tal decisión”.

Otra resolución en el mismo sentido es la sentencia del Tribunal Constitucional 169/96: “La utilización de formularios o modelos impresos para fundamentar las resoluciones judiciales puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), más que por insuficiencia de la motivación, por incongruencia omisiva, esto es, por dejar sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por el recurrente, aunque ambas vulneraciones del artículo 24.2 de la Constitución estén íntimamente relacionadas (como se subraya, por todas, en la sentencia del Tribunal Constitucional 91/95”.

También la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/97 de 18 de marzo abordó la misma cuestión: “El auto del Juzgado que resuelve el recurso está todo él impreso sin más complementos específicos que el nombre y apellidos del interno y las fechas

correspondientes a las vicisitudes procedimentales. Concretamente, en los fundamentos jurídicos toda la argumentación que se contiene es una respuesta totalmente impresa que pudiera utilizarse en todo tipo de impugnaciones. Interpuesto el recurso de reforma en el que el interno pone de manifiesto la total carencia de fundamentación de la resolución judicial, el auto resolutorio de 30 de noviembre ofrece idénticas características que el anterior. Todo él está impreso salvo los datos personales del recurrente y las fechas correspondientes”. Esto impide considerar que la resolución está debidamente motivada: “El interno no recibió, pues, una respuesta motivada pese a que en el escrito de interposición del recurso se alegaba precisamente indefensión en razón a las circunstancias que de manera pormenorizada se exponían”.

2. Incongruencia omisiva. Sentencia del Tribunal Constitucional 143/95 de 3 de octubre:

“Este Tribunal, desde su sentencia del Tribunal Constitucional 20/82, ha venido elaborando un cuerpo de doctrina acerca de la relevancia constitucional del vicio de incongruencia en las resoluciones judiciales y así en lo que se refiere a la vertiente omisiva de tal incongruencia ha señalado que el derecho a la tutela judicial obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, de suerte que la vulneración de ese deber constituye lesión de aquel derecho fundamental (sentencias del Tribunal Constitucional 14/84, 177/85, 142/87, 69/92, 88/92, 169/94, etc.). Pero también se ha matizado que las hipótesis de incongruencia omisiva no son susceptibles de una solución unívoca, pues han de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para determinar si el silencio de la resolución judicial puede o no razonablemente interpretarse como desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (sentencias del Tribunal Constitucional 175/90, 198/90, 88/92, 163/92, 226/92, 61/93, 169/94, etc.).

“La aplicación de la doctrina constitucional reseñada al supuesto que se analiza determina la procedencia de la estimación de la queja del recurrente. En efecto, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en su Auto de 7 de junio de 1993, desestimó el recurso de alzada que esgrimía como uno de los motivos fundamentales la lesión del derecho de defensa, limitándose a indicar que del conjunto de las actuaciones se desprendía la realidad de los hechos sancionados, argumento que, dado su tenor, no puede interpretarse como desestimación tácita de dicho motivo del recurso. Frente a esta resolución el actor formuló recurso de reforma, en el que, además de reiterar su petición de reparación de los derechos vulnerados durante la tramitación del expediente disciplinario, denunciaba la ausencia de respuesta judicial expresa a sus denuncias, recurso que fue desestimado por Auto de 14 de julio de 1993. En esta resolución el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria niega que al recurrente se le haya producido indefensión alguna ni vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, basando esta conclusión en que la Administración Penitenciaria habría observado lo establecido en el artículo 130 del Reglamento Penitenciario y mencionando a continuación los diferentes trámites procedimentales que precedieron a la imposición de la sanción, pero sin analizar, siquiera brevemente, la cuestión relativa a la denegación extemporánea del asesoramiento legal solicitado. Y aunque el órgano judicial desestime el ‘petitum’ del recurso, consistente en la solicitud de nulidad del acuerdo sancionador, no existe en la resolución judicial analizada dato alguno que permita entender que la denunciada lesión

del derecho de defensa, esgrimida claramente por el interno como 'causa petendi', fue valorada por el órgano judicial en su decisión desestimatoria, y mucho menos cabe deducir del tenor del Auto la razón en que podría haberse basado una posible desestimación tácita de dicho motivo del recurso.

“En conclusión y como declara para caso sustancialmente idéntico la sentencia del Tribunal Constitucional 161/93, ‘esa total falta de respuesta a lo que era la causa de pedir entraña, conforme a la doctrina constitucional expuesta, la manifiesta vulneración del derecho a obtener una respuesta fundada sobre la pretensión deducida ante el órgano judicial’, lo que determina la procedencia del otorgamiento del amparo en cuanto a la queja aquí examinada“.

3. Presentación de escritos con plazo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 29/81 de 24 de julio:

Las comunicaciones con plazo de vencimiento dirigidas a los órganos judiciales es preferible realizarlas a través del centro para evitar la pérdida de plazos, porque debe entenderse que el escrito se ha presentado -a los efectos legales- en el momento en que el interno lo entrega a la Administración penitenciaria. Esta conclusión es lógica consecuencia del carácter unitario del estado -como institución compleja- que se refleja además en la legislación penitenciaria misma.

4. Recurso de amparo. Invocación previa del derecho constitucional vulnerado. Flexibilidad. Sentencia del Tribunal Constitucional 195/95 de 19 de diciembre:

“Si bien es verdad que en el recurso de reforma el interno no hace mención expresa del precepto constitucional presuntamente transgredido por el órgano judicial, no es menos cierto que sí critica en él la desatención del Juez de Vigilancia Penitenciaria al contenido de su anterior queja, es decir, la falta de respuesta judicial expresa a las cuestiones allí planteadas. Con ello el recurrente posibilitó el restablecimiento del derecho constitucional vulnerado dentro de la propia jurisdicción ordinaria, que es precisamente la finalidad perseguida por la exigencia prevista en el artículo 44.1 c) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, exigencia que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, ha de ser interpretada con flexibilidad en cuanto a la forma de realizarse la invocación (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 17/82, 117/83, 10/86 y 155/88), máxime cuando, como en el presente caso, el recurrente, interno en un Centro Penitenciario, careció de asesoramiento legal en la vía judicial previa al amparo”.