

Garantía de los derechos fundamentales durante el cumplimiento y la ejecución de la pena de prisión

~Silvia M.^a Rosales Pedrero~

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Socia FICP.

Sumario.- Los internos de centros penitenciarios, tanto penados como preventivos, poseen con base constitucional todos los derechos constitucionales, sujetos a las restricciones legítimas derivadas de la medida privativa de la libertad. La privación de la libertad implica la suspensión absoluta de algunos derechos, pero no la restricción de los demás, resultando de especial importancia la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, que será objeto en el presente trabajo de un análisis que no pretende ser exhaustivo.

Palabras clave.- Derechos fundamentales; cacheo; doble cómputo; intervención de las comunicaciones; prisión; recluso; régimen penitenciario; registro; relación de sujeción especial.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penitenciario tiene como objeto la regulación de la forma en que se administra el poder disciplinario inherente a la prisión. Una aproximación desde el punto de vista sociológico a la prisión nos llevaría a definirla como una institución total. La persona que ingresa en la institución se ve sometida a una situación en la que los aspectos básicos de la vida se encuentran regulados desde fuera, con una drástica limitación de la capacidad individual de organizarse el propio espacio vital.

Con carácter general se ha formulado el concepto de relación de ejecución, como una relación de derecho público de carácter coactivo.¹ En términos análogos, puede hablarse de relación jurídica penitenciaria como aquella relación de derecho público entre el Estado, a través de la Administración penitenciaria y los órganos jurisdiccionales competentes, y un sujeto individual que ha adquirido la condición de preso o penado.

Desde la sentencia 2/1987 del TC, de 21 de enero de 1987², en que se abordó la particular relación de sujeción especial de los internos con la administración penitenciaria a la luz del respeto a sus derechos fundamentales, han ido recayendo muchas otras sentencias que abordan específicamente aspectos concretos. Analizando la jurisprudencia del TC más reciente, encontramos resoluciones interesantes con objeto de hacer del modelo penitenciario español y del proceso de ejecución de penas y, en particular, de la privativa de libertad, un sistema ejemplar en el respeto a los derechos

¹ CANEPA-MERLO, Manuale di Diritto penitenziario, Milano 1993.

² STC, Constitucional sección 1 del 21 de enero de 1987 (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2)

fundamentales de los reclusos. Es precisamente esa perspectiva la que caracteriza, el modelo español, a la que ha contribuido decisivamente la labor del TC y del TEDH.

No obstante lo anterior, no cabe desconocer que recientemente se ha añadido una perspectiva importante y decisiva en el sistema penal español que también va a tener incidencia en el penitenciario, cual es la perspectiva de la víctima del delito, a quien en cada vez más instancias se le escucha y tiene en cuenta para tomar decisiones que en otra época solo se habrían adoptado atendiendo a fines de prevención general y especial, mas no victimológicos.³

II. LOS RECLUSOS COMO SUJETOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Atendiendo a la premisa de que el fundamento básico de la protección de las personas privadas de libertad radica constitucionalmente en la consideración de la condición de personas, estatuto que no se pierde por el hecho de ser condenado, conviene señalar que los Tribunales de Justicia ordenan que sean privados de su libertad, pero no de su calidad humana. Si tomamos como punto de partida la Constitución española, que es donde se establecen todos los derechos con carácter general, además de ser la principal garante de los mismos, vemos que no se pone ninguna limitación a la hora de reconocerlos, siempre se habla de «*todos tienen derechos*» (art. 15 CE); «*Nadie podrá ser*» (art. 16 CE); «*toda persona*» (art. 17 CE); «*se reconoce*» (art. 21 CE). En ninguno de ellos se establece limitación en cuanto a la situación en la que se encuentre un sujeto, en el caso que analizamos el de relación de sujeción especial, de manera que la doctrina no se ha de cuestionar si el preso tiene o no derechos fundamentales, sino si los mismos son respetados.

Los derechos y libertades recogidos en la Constitución son para todos, las excepciones para los reclusos las establece la norma de carácter particular, es decir, la Ley Orgánica General Penitenciaria (LO 1/1979, de 26 de septiembre) y su Reglamento (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero). En ellos se reconocen los derechos mínimos que debe tener toda persona reclusa: respeto a la personalidad, no discriminación, velar por sus vidas, su integridad física y moral y su salud, no ser sometidos a torturas, preservar su dignidad, su intimidad, entre otros. Todos ellos, están recogidos y reconocidos en el artículo 4 del Reglamento Penitenciario, artículo que debe ser

³ VALLEDECABRES ORTIZ, M I, Sistema penitenciario español: virtudes y deficiencias. Análisis comparado de sistemas penitenciarios europeos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 2 Año: 2016

complementado con el artículo 14 CE, que dicta *«los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*.

De otro lado, es el artículo 25.2 CE el precepto que garantiza el reconocimiento de todos los derechos fundamentales a los presos a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. Esta triple limitación se refiere, en cuanto al fallo condenatorio, exclusivamente a los condenados a pena de prisión, sin olvidar las penas accesorias del Código Penal, quedando fuera los presos preventivos. Las limitaciones que suelen establecer afectan a la libertad, pero también a otros tan significativos como el derecho al sufragio y obtención de cargos públicos. El sentido de la pena debe entenderse como privación de ciertos derechos que efectivamente son de imposible ejercicio, por razón de la propia condena, si bien no se encuentran expresamente limitados en el fallo condenatorio. Se trata de derechos no ejercitables en una situación de privación de libertad, pues presuponen la propia libertad ⁴. En este sentido, BUENO ARÚS entiende que son incompatibles con el sentido de la pena de privación de libertad, al menos, en su configuración normal, los siguientes derechos: el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, el derecho de reunión y de asociación, los derechos a sindicarse libremente y la huelga, el derecho de petición colectiva, el derecho a defender a España, el derecho a la propiedad privada, el derecho a la libre elección de profesión u oficio, el derecho a la negociación colectiva laboral o a adoptar medidas de conflicto colectivo y la libertad de empresa, así como el pretendido derecho a la sexualidad, rechazado por la STC 89/1987, de 3 de junio⁵. Y, en cuanto a la limitación de la Ley penitenciaria, tiene su fundamento en las necesidades del régimen penitenciario, es decir, el orden, la seguridad, sanciones disciplinarias, medidas coercitivas o lo referido al tratamiento penitenciario individualizado.

A pesar de expuesto, lo cierto es que, en la práctica, se producen numerosas restricciones de los derechos fundamentales de los internos justificadas en lo que se ha venido denominando, relación de sujeción especial. En este sentido, es especialmente significativa, la ya referida STC 2/1987, de 21-02, por cuanto expresa lo siguiente: *"el*

⁴ BUENO ARÚS, F., Eficacia de los Derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el art. 25.2 de la Constitución española, X Jornadas de Estudio, Introducción a los Derechos Fundamentales, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, p. 1094.

⁵ La Ley 810-TC/1987.

interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos". Continúa argumentando la precitada sentencia que *"en virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el "ius puniendi" no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria".* Otras sentencias más recientes, atemperan, sin embargo, el tono de la anterior, así la STC 120/1990, de 27 julio, afirma, refiriéndose a la relación de sujeción especial, que *"debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales".*

III. DERECHO A LA LIBERTAD

El artículo 17.1 CE, tras proclamar el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, dispone que *"nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley".* Más concretamente, en relación con la ejecución de las penas privativas de libertad, el TC tiene declarado que *"no es excluible una lesión del art. 17.1 CE , si no se procede tal y como ordena el Código Penal y la Ley de enjuiciamiento criminal"*, pues el derecho reconocido en el artículo 17.1 CE permite la privación de libertad sólo en los casos y en las formas previstos en la Ley.

La inobservancia de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal respecto al cumplimiento de las distintas condenas pueden provocar en ejecución una pérdida de libertad en tanto que pudieran reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, provocando un alargamiento ilegítimo de esa permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad. (SSTC 130/1996, de 9 de julio , FJ 2; 57/2008, de 28 de abril , FJ 2; y 92/2012, de 7 de mayo , FJ 4).

Las SSTC 32/1987 y 117/1987 abordaron un problema de sucesión de leyes en el tiempo y careciendo la *lex posterior* de todo precepto transitorio que determinara su propia eficacia normativa en lo tocante a las situaciones de prisión provisional acordadas con anterioridad; aunque *la selección de la norma legal aplicable en el tiempo es una función atribuida a la jurisdicción ordinaria ex art. 117 CE, al igual que la liquidación de condena del recurrente aprobada judicialmente*, ambas decisiones

pueden resultar objeto de control desde la perspectiva, respectivamente, de la lesión del derecho a una resolución fundada (tutela judicial efectiva) -si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente-, y desde la lesión del derecho a la libertad del 17.1 -frente a decisiones carentes de razonabilidad externa-.

Ante la duda razonable que la ausencia de norma temporal va por fuerza a suscitar acerca del alcance temporal *pro praeterito* o *pro futuro* que ha de darse a una y a otra de las dos leyes en conflicto, los órganos judiciales deben elegir y aplicar sin duda la menos restrictiva de la situación excepcional de prisión provisional o, lo que es igual, la más favorable a la libertad (STC 32/1987, de 12 de marzo , FJ 2).

Pero además, en el canon constitucional para el enjuiciamiento de la operación de selección de la norma aplicable en el tiempo, se integra la relativa a la *previsibilidad* de aplicación de la norma que incide en la libertad, exigencia que encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y que ha destacado el TC respecto de las medidas limitativas de derechos fundamentales (STC 169/2001, de 16 de julio , FJ 6) y, particularmente, respecto de la prisión provisional (STC 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2, en relación con el tope temporal máximo de la prisión provisional), así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación, precisamente, con la garantía de libertad personal consagrada en el artículo 5.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales .

En este punto, la STEDH (Gran Sala) de 21 de octubre de 2013 (caso del Río Prada c. España), sostuvo que *"la "calidad de la ley" implica que, si una ley nacional autoriza la privación de libertad, debe ser suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad (véase Amuur v. Francia, 25 de junio de 1996, apartado 50, Repertorios 1996-III). El criterio de "legalidad" establecido por el Convenio exige que toda ley debe ser suficientemente precisa para permitir a las personas -si procede, con el pertinente asesoramiento- prever, hasta un punto razonable en las circunstancias de cada caso, las consecuencias que pueden derivarse de un acto determinado (véase Baranowski v. Polonia , núm. 28358/95, apartado 52, TEDH 2000-III; M. v. Alemania , antes citada, apartado 90; y Oshurko v. Ucrania , núm. 33108/05, apartado 98, 8 de septiembre de 2011). Cuando se trata de la privación de libertad, es primordial que la ley nacional defina claramente las condiciones de la misma (véase Creang v. Rumanía [GS] , núm. 29226/03, apartado*

120, 23 de febrero de 2012)" (apartado 125), y concluía "el cumplimiento del requisito de previsibilidad debe ser evaluado en relación con la "ley" en vigor a la fecha de dictarse la condena y durante el posterior período de privación de libertad ... el Tribunal resuelve que en el momento en que la demandante fue sentenciada, cuando realizaba trabajos penitenciarios y cuando le fue notificada la decisión de aunar las condenas y fijar un período máximo de privación de libertad, ella no pudo haber previsto, razonablemente, que el método utilizado para aplicar la reducción de condenas por trabajo sufriría una alteración como consecuencia del cambio de jurisprudencia... ." (apartado 130).

Pues bien, la sentencia del TC, 261/2015, de 14 de diciembre de 2015⁶ (y otras seis más en 2014), aborda el cómputo de prisión preventiva en "internos mixtos" a la vista del cambio de doctrina "sobre doble cómputo" tras la reforma operada del artículo 58.1 CP por la ley 5/2010 -que, nuevamente, no prevé normas de derecho transitorio-. Recuerda la sentencia que es doctrina del Tribunal que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas (por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6, o 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9), de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 CE, cuando incide sobre "relaciones consagradas" y afecta a "situaciones agotadas" (por todas, STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6), lo que no sucede en el caso examinado. Por ello, desde la propia literalidad del artículo 58.1 CP y frente a la interpretación de la AP BCN y del TS, el TC acuerda mantener el doble cómputo hasta la entrada en vigor de la modificación legal en 2010 y, a partir de ahí, no computar doblemente. En efecto, no es el hecho delictivo, sino el hecho material del ingreso en prisión y la permanencia en esta situación lo que determina el abono. Dicho en otros términos, el presupuesto de hecho de la norma legal se compone de dos circunstancias que deben confluir: la situación de prisión preventiva y de ejecución de una pena de prisión.

IV. GARANTÍAS PROCESALES DEL ARTÍCULO 24 CE

Las garantías procesales establecidas en el artículo 24 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de

⁶ Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 14-12-2015, nº 261/2015, BOE 19/2016, de 22 de enero de 2016, rec. 1786/2013. EDJ 2015/252347 STC Sala 2ª de 14 diciembre de 2015.

la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza.

De estos derechos no están privadas las personas reclusas en los centros penitenciarios, ex artículo 25.2 CE, como ya se ha expuesto. En el mismo sentido se ha pronunciado el TEDH, considerando que la existencia de un régimen disciplinario especial en materia penitenciaria no implica que las personas reclusas en establecimientos penitenciarios se vean privadas, en los casos apropiados, de la protección del artículo 6 del Convenio de Roma (por todas, STEDH de 9 de octubre de 2003, caso Ezeh y Connors c. Reino Unido). De hecho, el TEDH ha insistido con reiteración en la particular intensidad de las garantías exigibles en el ámbito de la potestad disciplinaria sobre los internos penitenciarios, por cuanto cualquier sanción en este ámbito supone de por sí una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena (STC 215/2007, de 8 de octubre , FJ 2).

En la STC 59/2011, de 3 de mayo, se abordó de nuevo una multiplicidad de violaciones con ocasión de un expediente sancionador. Así señala, entre otras, *falta de motivación y vulneración de la presunción de inocencia ya que en la tramitación del procedimiento sancionador dado que el recurrente realizó alegaciones de descargo tanto verbales ante el funcionario instructor, como tras la notificación del pliego de cargos, y por escrito dirigido a la comisión disciplinaria, tras la notificación de la propuesta de resolución, poniendo de manifiesto diferentes cuestiones que no fueron valoradas o, al menos, respondidas*. Más allá del carácter especialmente lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva que implica el uso de formularios estereotipados cuando en ellos no se da respuesta a las pretensiones de las partes, esa práctica es especialmente condenable en circunstancias como las imperantes en el ámbito del control jurisdiccional que deben ejercer los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, ya que implica una dejación de funciones en la salvaguarda de los derechos fundamentales de los presos que quiebra el sistema mismo diseñado en la Ley Orgánica general penitenciaria en evitación de los abusos de que pueden ser objeto ciudadanos que están en una especial situación de dependencia vital, fáctica y jurídica de la Administración penitenciaria.

V. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL ART. 18 CE

Primera premisa insoslayable de este apartado es como señala DEL MORAL GARCÍA, la afirmación general de que los internos en un centro penitenciario son también titulares del derecho al secreto de sus comunicaciones (SSTC 170/1996, de 29 de octubre; 128/1997, de 14 de julio; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 188/1999, de 25 de octubre; y 175/2000, de 26 de junio). Tal derecho, sin embargo, está sujeto a mayores restricciones que las que rigen fuera del recinto penitenciario como consecuencia de la relación de sujeción especial establecida.

Una doble regulación se entrecruza en este tema: la normativa penitenciaria y la legislación procesal penal. Los espacios propios de cada una no están bien delimitados porque ambas normativas se solapan.

La LOGP, regula la cuestión básicamente en su artículo 51 (que es objeto de desarrollo en los arts. 41 y ss. del RP), contemplando supuestos de intervención de las comunicaciones que no necesariamente han de apoyarse en una investigación penal, también motivos de orden del establecimiento, seguridad y tratamiento pueden justificar esas restricciones al secreto de las comunicaciones. La legitimidad constitucional de esas previsiones está fuera de duda (SSTC 175/1997, de 27 de octubre, y 200/1997, de 24 de noviembre).

Los artículos 579 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal rigen plenamente cuando se trata de una intervención ordenada en un proceso penal. En esos preceptos no hay disposición específica alguna referida a las comunicaciones del interno en un centro penitenciario.

Frente a quienes han sostenido que se trata de dos regulaciones paralelas y sin interferencias entre sí, predomina en la jurisprudencia la idea de que en la intervención de comunicaciones en centros penitenciarios que traen causa de una investigación penal hay que conjugar ambas normativas, ya que los arts. 579 y ss. de nuestra Ley procesal penal no desplazan necesariamente las previsiones del Derecho penitenciario.

Hay, pues, que diferenciar entre intervención de comunicaciones puramente penitenciaria y la jurisdiccional acordada en una causa penal con la finalidad de averiguar un delito o las personas responsables. En este segundo caso rigen los presupuestos para que esas intervenciones sean constitucionalmente legítimas

(proporcionalidad, jurisdiccionalidad, necesidad...). Además, según ese entendimiento no unánime, sería exigible en su caso que se respeten las disposiciones penitenciarias en la medida en que puedan ser de aplicación.⁷

En el ámbito penitenciario hay que distinguir según el tipo de comunicación:

1. Comunicaciones genéricas

Pueden ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del centro por razones de seguridad de interés del tratamiento o del buen orden del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial (art. 51.5 LOGP y arts. 43, 46 y 47 RP) que tendrá capacidad revisora de la decisión, en tanto no se trata de una mera dación de cuenta (SSTC 175/1997, de 27 de octubre, y 200/1997, de 24 de noviembre). El RP identifica como autoridad judicial competente al Juez de Vigilancia, si se trata de penados, o al que conoce de la causa penal, si se trata de preventivos. Sin embargo, los AATS de 16 de noviembre y 10 de diciembre de 1999 han considerado que siempre ha de ser el Juez de Vigilancia el receptor de esa dación de cuenta. En ese particular, el RP sería contrario a la Ley. La intervención acordada por el director se comunica al interno afectado, notificación que es coherente con la finalidad de ese tipo de intervenciones, pues *“debe tenerse en cuenta que la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría la previa autorización judicial”* (SSTC 192/2002, de 28 de octubre; también, STC 106/2001, de 23 de abril). La STC 175/1997, de 27 de octubre, especifica que la intervención ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo, entre los que se cuenta la «seguridad general y el buen orden regimental» (STC 200/1997, de 24 de noviembre) y exige una decisión motivada (STC 128/1997, de 14 de julio). Solo así se puede fiscalizar su corrección constitucional (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, y 200/1997, de 14 de julio). Ha de ser individualizada y tiene un carácter excepcional (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, y 175/1997, de 27 de octubre). Eso implica la necesidad de fijar un límite temporal (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, y 200/1997, de 24 de noviembre; y SSTEDH de 15 de noviembre de 1996, *asuntos Domenichine y Calogero Diana*), aunque no es *“estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia*

⁷ DEL MORAL GARCÍA, A., La intervención de las comunicaciones en Centros Penitenciarios, Diario La Ley, Nº 7573, Sección Tribuna, 21 de Febrero de 2011, Año XXXII, Ref. D-82, Editorial LA LEY. LA LEY 1851/2011.

concreta que justifica la intervención” (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, o 141/1999, de 22 de julio, y ATC 54/1999, de 8 de marzo). No es lícita la prohibición de usar el euskera en las comunicaciones telefónicas con la familia (STC 201/1997, de 25 de noviembre: «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»).

2. Comunicaciones específicas con abogados y procuradores

Solo pueden intervenir o suspenderse «por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo» (art. 51.2 LOGP). La fórmula utilizada se presta a equívocos. Frente a una primera interpretación (STC 73/1983, de 30 de julio⁸) en que se consideraba que esas comunicaciones podían ser intervenidas o suspendidas en todo caso por la autoridad judicial; y por el director de propia autoridad solo en los supuestos de terrorismo, se ha impuesto otra más garantista que considera que no cabe la intervención exclusivamente administrativa. Es exigible tanto que se trate de un supuesto de terrorismo como que exista mandato judicial (SSTC 183/1994, de 20 de junio, 197/1994, de 4 de julio; 175/1997, de 25 de octubre; y 200/1997, de 24 de noviembre). Así se proclama expresamente ya en el artículo 48.3 RP. Se está pensando no en cualquiera de esos profesionales —abogado o procurador—, sino en los que comunican con el interno precisamente por mantener con él esa relación profesional en cuanto a causas penales por lo que no es nula la intervención acordada por el director del establecimiento de la comunicación establecida entre un interno y un abogado que no tenía la cualidad de defensor del mismo (STS 245/1995, de 6 de marzo, *caso Gorostiza I*; posteriormente, la STS 538/1997, de 23 de abril —*Gorostiza II*— confirma la absolución al estimar que las nuevas pruebas habían puesto de manifiesto la condición de letrado del interno y hacer suya la doctrina constitucional sobre la invalidez de una intervención y grabación de la conversación con el letrado que no contase con los dos requisitos acumulativos: autorización judicial y supuesto de terrorismo. Ese régimen de doble presupuesto (autorización judicial, implicación en

⁸ Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 30-7-1983, nº 73/1983, BOE 197/1983, de 18 de agosto de 1983, rec. 300/1982, Pte: Díez de Velasco Vallejo, Manuel

actividad terrorista) es aplicable también a la intervención de las comunicaciones escritas (STC 58/1998, de 16 de marzo).

3. Las comunicaciones con el Defensor del Pueblo, sus adjuntos, o instituciones autonómicas análogas, autoridades judiciales y miembros del Ministerio Fiscal

Este tipo de comunicaciones no pueden ser suspendidas ni ser objeto de intervención o restricción alguna (art. 49.2 RP). La STC 175/2000, de 26 de junio, se basa en esa prohibición para declarar nula la sanción impuesta en virtud de las manifestaciones vertidas en una de esas comunicaciones que no pueden ser objeto de intervención, ni siquiera aunque se entregue el escrito en sobre abierto.

4. Las comunicaciones entre internos

Las comunicaciones entre internos en diversos centros ya sean escritas, ya telefónicas, también pueden ser intervenidas mediante resolución motivada (arts. 46.7 y 47.6 RP y STC 188/1999, de 25 de octubre).

VI. INTIMIDAD CORPORAL

La STC 171/2013, de 7 de octubre de 2013 recuerda que el registro personal de los reclusos mediante el cacheo con desnudo integral puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario, si bien para afirmar su conformidad con la garantía constitucional a la intimidad personal, ex artículo 18.1 CE, es necesario ponderar de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger [FJ 3]. No vale la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas -vis a vis- son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes.⁹

La STC 57/1994, de 28 de febrero de 1994 señala que con referencia al concreto ámbito penitenciario, este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas.

⁹ Precedentes: STC 89/87, 37/1989 y 218/2002.

Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad, *"aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere"* (STC 89/1987).

VII. DERECHO A LA INTIMIDAD FRENTE AL REGISTRO DE LA CELDA

El registro de celda cuenta con el respaldo de una norma legal al hallarse previsto en el artículo 23 LOGP, que autoriza la realización de registros y cacheos de los internos, sus pertenencias y los locales que ocupen, con respeto en todo caso a la dignidad de la persona. Por tanto, el registro por sí mismo, en términos generales, no conlleva necesariamente una vulneración de derechos fundamentales del recluso. La necesidad de mantenimiento del orden y la seguridad en los establecimientos penitenciarios justifica la previsión legal de los registros de celda y pertenencias de los internos. Cuestión distinta es que en un caso concreto el registro no responda a la finalidad penitenciaria para la que ha sido concebido.

1. La consideración de la celda como domicilio a los efectos del artículo 18.2 CE

Con la sentencia núm. 89/2006, de 27 de marzo,¹⁰ viene el Tribunal Constitucional a avalar la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que, desde su Sentencia 1755/1994, de 11 octubre, niega la consideración de domicilio a la celda de un establecimiento penitenciario porque *el derecho al respeto del domicilio es un complemento del derecho a la libertad personal, [...] como quiera que precisamente es de este derecho del que se priva al condenado a penas de privación de libertad, es claro que también lo es del correlativo derecho a elegir un espacio limitado para garantizar un ámbito de privacidad [...] imposible de mantener en instituciones penitenciarias donde la privacidad resulta, con escasos momentos de excepción, imposible*. Esta doctrina se reitera en las SSTs 1165/1995, de 24 noviembre; 515/1998, de 6 abril; 799/2003, de 29 mayo; y el ATS (Penal) de 22 junio 2001. Partiendo del concepto de domicilio perfilado por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de las notas que constituyen la esencia de aquél llega el Tribunal a la negación de la consideración de la celda como domicilio habida cuenta de que no ha sido objeto de elección por su ocupante ni se configura como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público, sino más bien lo contrario, puesto que el ingreso de una

¹⁰ Sala 1ª, de 27 marzo 2006, núm. 89/2006, BOE 106/2006, de 4 mayo 2006, rec. 6036/2002. Pte.: Casas Baamonde, María Emilia EDJ 2006/29027.

persona en un establecimiento penitenciario implica indudablemente la inserción en un ámbito de intenso control público.

En consecuencia, el registro de una celda no puede en ningún caso vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio por faltar el presupuesto esencial de la existencia de un domicilio susceptible de ser violado y por tanto no se requiere ni autorización judicial ni son aplicables las garantías previstas en el artículo 569 LECrim., conforme al cual es necesario que el registro se efectúe ante el Secretario judicial y en presencia del interesado o su representante o, en su defecto, de un familiar o, a falta de éste, dos testigos.

2. El registro de celda y la vulneración del derecho a la intimidad

La legitimidad constitucional del registro la valora el Tribunal Constitucional empleando dos criterios: la finalidad penitenciaria de la medida y el juicio de proporcionalidad. En atención al primero se enjuicia el carácter necesario o no del registro. No basta la mera invocación del interés general, al que en todo caso debe servir la Administración de acuerdo con el artículo 103,1 CE, sino que es preciso, para salvaguardar la legitimidad constitucional de la restricción de derechos autorizada por el artículo 25,2 CE, que el fin perseguido sea acorde con los de la institución penitenciaria. El registro en sí es válido si persigue una finalidad que puede calificarse de penitenciaria.

Además debe superar el juicio de proporcionalidad entre el fin invocado y la forma en que se realiza. La objeción constitucional deriva de la relación que liga el derecho a la intimidad con el conocimiento por su titular de la existencia de una intromisión en su ámbito de intimidad. El derecho a la intimidad incluye, entre otras cosas, el poder de controlar que la información relativa a una persona y su entorno familiar sea más o menos conocida por los demás, y esta faceta del derecho queda excluida, o al menos minimizada, si el titular del derecho no puede administrar esa esfera íntima por desconocimiento de una posible intromisión ajena. Resulta evidente que una información previa del hecho del registro minaría de raíz la finalidad perseguida con el mismo, privándolo de sentido. Sin embargo, para el Alto Tribunal carece de justificación constitucionalmente válida el que no se avise simultáneamente, para lo que vale con la presencia del recluso durante el registro, o posteriormente sobre el hecho del registro y las circunstancias del mismo (su intensidad y dimensión, los

objetos incautados en su caso, etc.)¹¹. No vale alegar que al estar en régimen cerrado el interno sabe que le registran rutinariamente; hay que dar cuenta de las incidencias al menos posteriormente.

VIII. INTIMIDAD E INTERVENCIONES CORPORALES

Podemos definir el cacheo como aquella medida de seguridad interior, típica y nominada, que consiste en el examen minucioso de personas y las prendas que visten en búsqueda de eventuales objetos no autorizados, para interceptarlos y proceder a su intervención. Los cacheos pueden ser de superficiales, mecánicos o electrónicos e integrales. Los cacheos superficiales manuales son los que se llevan a efecto sobre el propio cuerpo de la persona revisada, recurriendo el funcionario que lo practica a la palpación de dicho cuerpo con sus manos; los electrónicos, aquellos en los que se emplean aparatos de detección electrónica -"raquetas", arcos detectores...-; y finalmente, los cacheos integrales son los que requieren el desnudo de la persona revisada.

Nada se establece con carácter general sobre la periodicidad de los cacheos, sino que se supedita a la aplicación de principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Por excepción, la regla 2ª del artículo 93.1 RP prevé su aplicación diaria a los internos sujetos al régimen cerrado en su modalidad de departamentos especiales.

Si todos los cacheos entran en conflicto con el derecho fundamental a la intimidad personal, son los integrales los que han suscitado mayores dudas y polémicas sobre su legitimidad, y así en los años 80 y principios de los 90 hubo intenso debate sobre su legitimidad, existiendo tres posturas asumidas por entonces por los distintos JVP: admisión indiscriminada, proscripción indiscriminada o encubierta -debía facilitarse al interno una sábana-, y admisión condicionada a concurrencia de presupuestos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Esta tercera posición fue finalmente asumida por la doctrina constitucional, a partir de la STC 57/1994, de 28 de febrero, y se ha reiterado en resoluciones posteriores -ATC 74/1999, de 14 de abril ; SSTC 204/2000, de 24 de julio; 218/2002 y 219/2002, de 25 de noviembre; 171/2013, de 7 octubre-. La

¹¹ STC 106/2012: la celda no es domicilio o morada inviolable. Para que resulte constitucionalmente legítimo, y no suponga una restricción del derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario, el registro de la celda y de las pertenencias personales del interno debe ser conocido por este, bien permitiendo su presencia durante la práctica del mismo, bien mediante una comunicación posterior que informe de su contenido y, en su caso, de la eventual incautación de objetos personales (STC89/2006).

doctrina constitucional ha cristalizado en el actual apartado 2 del artículo 68 RP, conforme al cual *"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 o 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"*. En definitiva, para acordar la medida de cacheo con desnudo integral no bastan sospechas genéricas, sino indicios razonables concretos de que el interno, aquí y ahora, porta armas, medios peligrosos, o sustancias prohibidas, base de los presupuestos de necesidad, idoneidad, y proporcionalidad.

El RP asume el posicionamiento del Tribunal Constitucional y complementa la regulación del cacheo con desnudo integral en el apartado 3 del artículo 68 RP, conforme al cual *"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"*. De esta forma, aparte de los requisitos generales de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, la normativa viene a añadir unos requisitos de forma. Debe advertirse además que está terminantemente proscrita la práctica de que el interno simultáneamente deba realizar flexiones, lo que se valora como atentatorio contra el derecho a la intimidad corporal -FJ 7.º STC 57/1994 -, coacciones constitutivas de infracción penal - STS 29/1994, de 19 de enero -, e incluso trato degradante - SSTS 446/1996, de 11 de mayo; 874/1998, de 26 de junio, y 290/1999, de 17 de febrero- que aparte conlleva la anulación de las pruebas eventualmente obtenidas, que se reputan ilícitamente obtenidas.

El interno no puede negarse al cacheo con desnudo integral una vez acordado, sino que únicamente podrá formular queja contra la decisión de su realización y la forma de su práctica. Su negativa podrá dar lugar a la adopción de medidas de seguridad extraordinarias o medios coercitivos, así como eventual depuración de comportamientos infractores -desobediencia, resistencia- a través del eventual ejercicio de la potestad disciplinaria.

La normativa positiva penitenciaria no ha contemplado la necesidad de dación de cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria de los cacheos con desnudo integral practicados, que sin embargo parece exigida por los principios generales del sistema penitenciario. Ello dio lugar a mediados de los años 90 a recomendaciones del Defensor

del Pueblo en tal sentido, rechazadas por la DGIP. Pero la necesidad de esta dación de cuenta, se acomoda a los principios generales del sistema penitenciario, que impone la puesta en conocimiento por la propia Administración de aquellos de sus actos que, en primer lugar, implican la afectación de un derecho fundamental, y de aquellos otros que, en segundo lugar, entrañan un modelo de actividad penitenciaria que se aparta del estándar. Los dos presupuestos de afectación de un derecho fundamental y de excepcionalidad concurren en la aplicación del cacheo con desnudo integral, por lo que en aplicación de la tutela de derechos fundamentales, y de control de legalidad de la actividad penitenciaria, la propia Administración debe proceder a la dación de cuentas del cacheo con desnudo integral, mediante remisión del parte de hechos que justificó la adopción de la decisión, y del resultado del cacheo, lo que posibilitará que por el JVP se examine la concurrencia de los presupuestos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida acordada.

Por ello, los fiscales de vigilancia penitenciaria en reuniones mantenidas a finales de los años 90, así lo demandaron, y por su iniciativa igualmente los JVP, que en su XII Reunión acordaron "instar a las Administraciones Penitenciarias para que por vía de instrucción requieran a las Direcciones de los Centros Penitenciarios para que se proceda a la dación de cuenta a los JVP de los cacheos con desnudo integral practicados a los internos". La Dirección General de Instituciones Penitenciarias ha acabado por asumir el deber de dación de cuenta en virtud de una orden de servicio del año 2004.

La posibilidad de cacheos con desnudo integral aparece además mencionada respecto de los visitantes que van a comunicar con los internos. A esta posibilidad se refiere el artículo 45.7 RP, que dispone que "en las comunicaciones previstas en los apartados anteriores se respetará al máximo la intimidad de los comunicantes. 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". La regulación como puede observarse es la misma que respecto de los internos, a la que se deriva por remisión, pero con la particularidad de que el visitante puede negarse, teniendo su negativa como única consecuencia el decaimiento o suspensión de la comunicación.

FUENTES

- DEL MORAL GARCÍA, A., La intervención de las comunicaciones en Centros Penitenciarios, Diario La Ley, Nº 7573, Sección Tribuna, 21 de Febrero de 2011, Año XXXII, Ref. D-82, Editorial LA LEY, LA LEY 1851/2011.
- DEL PINO CARAZO, A.M., El registro de celda y su conexión con los derechos a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, EDC 2006/1001023, Base de Datos de Bibliografía El Derecho, 22 de agosto de 2006.
- FERNÁNDEZ AREVALO, L., Medidas de seguridad interior ordinarias, Encuentro de jueces y fiscales de vigilancia penitenciaria. Especial estudio sobre la problemática de la ejecución de medidas de seguridad y ejecución de las penas privativas y no privativas de libertad, Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 23 Año: 2015.
- LÓPEZ MELERO, M., La población reclusa como grupo diferenciado, La Ley Penal, Nº 120, Sección Derecho Penitenciario, del 1 May. al 1 Jun. 2016, Editorial LA LEY, LA LEY 3645/2016.
- TAMARIT SUMALLA, J. M^a./SAPENA GRAU, F./GARCÍA ALBERO, R., Curso de Derecho Penitenciario (Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996), CedecsEditorial S.L., Barcelona 1996.
- VALLDECABRES ORTIZ, M^a. I., Sistema penitenciario español: virtudes y deficiencias, Análisis comparado de sistemas penitenciarios europeos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 2 Año: 2016.