

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.

San Sebastián

Diciembre 1998

167 - 186

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ilmo. Sr. D. Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Magistrado
San Sebastián*

Resumen: Después de explicar la importancia del art. 25.2 de la Constitución Española en la configuración del estatuto jurídico de la persona que se encuentra en un Centro Penitenciario, se recoge y comenta la jurisprudencia más relevante del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, haciendo específica referencia al derecho a la vida y la salud, y la configuración del papel del Estado en la labor de tutela de estos derechos, al derecho a la intimidad, y su conciliación con las funciones de la Administración en la preservación del orden y seguridad, y al derecho a la libertad, y su relación con la regulación de los permisos de salida y la libertad condicional.

Laburpena: Baitegi zentru batetan dagoen pertsona baten legezko estatutoa finkatzerakoan, Konstituzio Espainoleko 25.2 artikulua duen garrantzia aztertu ondoren, Auzitegi Konstituzionalak, askatasuna murriztuta duten pertsonen giza eskubideei buruz duen lege-jakintza jaso eta komentatzen da; erreferentzia berezia egiten zaio, bizitza eta osasunaren eskubideek eta horien gain Estatuak duen paper babesleari, intimitatearen eskubidea eta Ardularitzak ziurtasuna zaintzen duen paperaren arteko arartekotasunari eta azkenik, askatasun eskubideak, baldintzapeko askatasun eta irteteko baimenen arauketarekin duen erlazioari.

Résumé: Après avoir exposé l'importance de l'article 25.2 de la Constitution Espagnole dans la configuration du statut juridique des gens mises en prison, le texte reprend la plus significative jurisprudence du Tribunal Constitutionnel en matière de droits fondamentaux des gens privées de liberté, faisant référence spécifique au droit à la vie et à la santé, à la configuration du rôle de l'État comme garant de ces droits, à la réconciliation avec les fonctions de l'Administration en matière de conservation de l'ordre et la sécurité, au droit et à la liberté et son rapport avec le règlement de la sortie autorisée et la liberté conditionnelle.

Summary: After explaining the importance of the art. 25.2 of the Spanish Constitution of the juridical statute of the person imprisoned in a penitentiary center, the author comments the most excellent jurisprudence from the Constitutional Tribunal with regard to fundamental rights of imprisoned people and makes specific reference to the right to live and to health. He comments the role of the State as protection of these rights and the functions of the Administration in the preservation of the order and security and their relationship with the regulation of the conditional freedom.

Palabras clave: Instituciones Penitenciarias, Derechos Humanos, Administración Penitenciaria, Internos en Prisión.

Hitzik garrantzizkoenak: Baitegi Erakundeak, Giza Eskubideak, Baitegi Ardularitza, Presoak gartzelan.

Mots clef: Institutions pénitentiaires, droits humains, Administration Pénitentiaire, détenus.

Key words: Penitentiary institutions, human rights, Penitentiary Administration, Imprisoned.

SUMARIO: 1. LA RELACIÓN JURÍDICO PENITENCIARIA Y EL ARTÍCULO 25.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 2. EL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD. 3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR: 3.1. Intimidad y bases de datos penitenciarios. 3.2. Intimidad y celda individual. 3.3. Intimidad y secreto de las comunicaciones. 3.4. Intimidad corporal y cacheos. 4. EL DERECHO A LA LIBERTAD: 4.1. Permisos de salida. 4.2. Libertad condicional.

1. LA RELACIÓN JURÍDICO PENITENCIARIA Y EL ARTÍCULO 25.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El internamiento de una persona en un Centro penitenciario, en virtud de un auto de prisión provisional o de una sentencia condenatoria al cumplimiento de una pena privativa de libertad, provoca el nacimiento de una relación jurídica entre la Administración penitenciaria y el interno de la que brotan derechos y deberes de carácter recíproco. La integración del interno en una institución pública preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*, adquieren el *status* específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que con carácter general existe sobre los ciudadanos libres, ha dado lugar a un empleo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del término relación de sujeción especial para caracterizar la naturaleza jurídica de la relación penitenciaria. El nacimiento de la noción de relación de especial sujeción como definidora de áreas de poder intensificado de la Administración, para el cumplimiento de determinados intereses públicos, en cuyo seno se produce una restricción específica de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ha dado lugar a ciertas reservas doctrinales respecto a la pertinencia de la calificación de la relación penitenciaria como supuesto específico de sujeción especial. A este estado de opinión no es ajeno el propio TC, al mitigar las connotaciones clásicas de la relación de especial sujeción, afirmando que “...*debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales*”¹.

No obstante ello, en supuestos concretos, como a la hora de perfilar el principio de legalidad en materia de infracciones disciplinarias², el máximo intérprete de la Constitución ha acudido precisamente a la figura de la relación de especial sujeción para implementar *restricciones específicas al núcleo de derechos de las personas privadas de libertad*.

Esta aparición, aislada eso sí, de resoluciones del TC que parecen otorgar una entidad específica a la conceptualización de la relación penitenciaria como relación de especial sujeción, pone de manifiesto que lo relevante para el entramado de derechos de las personas privadas de libertad no es la calificación que se emplee para denominar a su relación con la Administración Penitenciaria, sino la utilización de tal catego-

1. Por todas, SSTC 129/1990; 57/1994; 129/1995 y 60/1997.

2. Véase STC 2/1987, de 21 de enero, en cuyo fundamento jurídico segundo puede leerse 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, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución”.

rización como fuente de restricciones de sus derechos fundamentales desvinculada del específico régimen contenido en el sistema constitucional. A estos efectos, no debe olvidarse que el artículo 25.2 CE, además de especificar la orientación resocializadora de las penas y medidas penales privativas de libertad³, diseña el estatuto jurídico básico de la persona privada de libertad al señalar 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*”. Este precepto constitucional constituye la piedra angular de todo el sistema jurídico penitenciario. Por una parte, reconoce que la persona privada de libertad⁴ es titular de los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título Primero de la Constitución (artículos 14 a 38), lo que permite afirmar, y son palabras del artículo 3.3 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante R.P.), “*que el interno es sujeto de derechos y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma...*” Por otra parte, diseña las únicas fuentes de restricción del ejercicio de los derechos fundamentales cuyos titulares son personas privadas de libertad... A saber, la sentencia judicial que impone la pena privativa de libertad; el sentido de la pena y la ley penitenciaria⁵. En esta sede, los problemas se centran en el contenido de las expresiones sentido de la pena y ley penitenciaria a la hora de articular su utilización funcional como instrumentos jurídicos de restricción de derechos fundamentales de los internos. Por *sentido de la pena*, se ha entendido ora la privación de los derechos de imposible ejercicio en una situación de privación de libertad por ser precisamente la libertad un presupuesto de ejercicio, ora la instauración de restricciones exigidas por el adecuado cumplimiento de las finalidades resocializadoras a la que está abocada *ex Constitutione* y *ex lege* la ejecución de la pena privativa de libertad. No han faltado posturas, de signo ecléctico, que otorgan al término sentido de la pena una significación que permite una restricción de los derechos fundamentales que exigen la libertad deambulatoria como presupuesto, así como una limitación de derechos fundamentales, ejercitables en situación de privación deambulatoria, basadas en específicas necesidades del tratamiento penitenciario. La referencia a *la ley penitenciaria* como fuente legitimadora de limitaciones al conjunto de derechos fundamentales titularizados por el interno, puede ser concebida en sentido restrictivo, como norma jurídica de rango legal con contenido penitenciario, o en sentido amplio, como norma jurídica de contenido penitenciario aunque tenga rango reglamentario. A nuestro juicio, debe prevalecer la interpretación restrictiva atendiendo al propio tenor literal del artículo 25.2 CE –que habla de *ley penitenciaria*–; a la remisión que hace el artículo 53.1 CE a la ley como única fuente reguladora de las condiciones de ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo segundo del Título Primero; y a la regulación contenida en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de

3. Afirmación constitucional que el TC estima no confiere un derecho fundamental al penado sino que supone un mandato dirigido al legislador penitenciario para que adopte las medidas precisas para lograr la finalidad resocializadora (ver, por todas, SSTC 55/1987; 14/1991; 13/1995 y 88/1998).

4. No obstante la referencia literal del precepto constitucional al penado, que parece restringir su campo subjetivo de aplicación a las personas privadas de libertad en virtud de sentencia firme, la jurisprudencia del TC hace extensible su utilización a los presos preventivos.

5. Paradigma de este planteamiento, STC 200/1997, de 24 de noviembre.

Derechos Humanos y Libertades Públicas⁶ que contiene una expresa reserva legal para toda medida del Estado limitativa de los derechos fundamentales de la persona. A tal exégesis parece abonarse el artículo 3.2 del RP al afirmar que “*Los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes*”.

En todo caso, *siendo el núcleo de las limitaciones a los Derechos Fundamentales el punto vertebral en todo intento de conciliación entre la eficacia del Estado en el cumplimiento de sus funciones y la salvaguardia de las garantías propias del Estado de Derecho*, la Constitución ha obviado toda referencia a las mismas, omisión que puede subsanarse con las disposiciones contenidas en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950, en la medida que el mentado Convenio forma parte del ordenamiento jurídico nacional, tras su ratificación, el día 26 de septiembre de 1979, y publicación en el Boletín Oficial del Estado, el día 10 de octubre de 1979, constituyendo un criterio hermenéutico de primera magnitud, en materia de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, para los órganos judiciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 CE.

A la luz del mentado precepto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional, tras afirmar que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, teje una doctrina sobre sus limitaciones confiriéndoles legitimidad siempre y cuando:

a) *persigan la satisfacción de un interés público constitucionalmente relevante*, siendo preciso, en todo caso, que en el caso concreto se proporcionen indicios sólidos sobre la concurrencia del interés público que se dice satisfacer. De otro modo, si bastara la mera afirmación sobre la concurrencia de un interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia.

b) *exista una previsión legal que habilite la injerencia en el Derecho Fundamental*, como exigencia inexcusable en un Estado de Derecho.

c) *perviva un control jurisdiccional mediante la emisión de una resolución judicial motivada* que explicite:

– La idoneidad de la medida para el cumplimiento de la finalidad pública cuya realización se persigue.

– La necesidad de la limitación para lograr la satisfacción del interés público, por no obtenerse su satisfacción mediante la adopción de medidas no lesivas para el Derecho Fundamental.

– La proporcionalidad de la injerencia, mediante la ponderación razonada de la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y la relevancia de tal intromisión para lograr la tutela del interés público.

6. Los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, ratificados por España, tienen un valor exegético de primera magnitud, dado el tenor literal del artículo 10.2 CE.

Por lo tanto, a modo de resumen, las actuaciones de la Administración penitenciaria, en el seno del cumplimiento de sus obligaciones legales, serán respetuosas con el núcleo de los derechos fundamentales de los internos, cuando no afecten al contenido de un derecho fundamental, porque se desarrollen fuera de los límites del mismo, o, cuando incidan en el contenido de un derecho fundamental pero supongan una limitación legítima del mismo al adecuarse al específico sistema de garantías elaborado al efecto por el ordenamiento jurídico.

2. DERECHO A LA VIDA Y LA SALUD

Un sistema normativo que concibe la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE); conceptúa la libertad ideológica, religiosa y de culto como derecho fundamental de toda persona (art. 16.1 CE) y concibe la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social –art.10 CE–, ha dado lugar a una exégesis del contenido nuclear del derecho a la vida y la salud –artículo 15.1 CE–, en clave garantista. Significa ello que sólo forma parte del contenido del derecho fundamental a la vida su vertiente positiva, la de vivir, y no la negativa, la de morir. De esta manera el papel del Estado se reconduce a una obligación de respeto de la vida y salud de todos los ciudadanos y de protección frente a los ataques o menoscabos no consentidos de terceros. El ejercicio por parte de una persona mayor de edad, capaz y consciente del derecho a disponer de su propia vida supone una manifestación explícita de su propia libertad sin que, en ningún caso, forme parte del derecho fundamental a la vida, como contenido negativo del mismo. De ahí que no pueda admitirse que el derecho fundamental a la vida confiera a su titular una pretensión que le habilite a exigir de los poderes públicos la adopción de las medidas precisas para poner fin a la propia vida. Ello no impide al legislador ordinario reconocer, en determinados contextos, un derecho a la disponibilidad de la propia vida, que se puede ceñir a la licitud de ejecutar la propia muerte (disponibilidad personal de la vida) o extenderse a actuaciones de terceros en caso de imposibilidad del titular de la vida u otros supuestos excepcionales (disponibilidad por terceros de la vida ajena)⁷. En ambos casos, no estaremos ante una exigencia constitucional (no forma parte el derecho a la muerte del contenido del derecho fundamental a la vida) sino ante opciones de política legislativa perfectamente insertables en el marco constitucional. Esta construcción jurídica ha sido mantenida por el TC pudiendo leerse en el fundamento jurídico cuarto de la STC 137/90⁸, que el derecho a la vida “...tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la muerte. Ello no impide sin embargo reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer de su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe

7. Bajo esta perspectiva, la atipicidad del suicidio no consumado no vendría justificado por razones políticas criminales, ligadas a la falta de necesidad de la intervención penal sino, más bien, al reconocimiento de una capacidad limitada de disposición de la propia vida por parte del titular.

8. En el mismo sentido, SSTC 137/1990 y 48/1996.

y, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental...”.

A partir de estas premisas, procede examinar si en el marco de la relación penitenciaria el papel del Estado queda circunscrito a una obligación de protección de la vida y salud de los internos frente a menoscabos procedentes de terceras personas, o por el contrario, surge una obligación del Estado de impedir el ejercicio personal de la disposición de la propia vida por cualquiera de los internos. De acuerdo con el estatuto jurídico básico diseñado en el artículo 25.2 CE, y siendo obvio que la sentencia judicial y el sentido de la pena no ejercen en este campo función alguna, la configuración del poder de intervención del Estado sobre la disposición voluntaria⁹ por un interno del derecho a la vida y salud, del que es titular, únicamente puede venir de la mano de lo dispuesto en la Ley Orgánica General Penitenciaria. En este sentido, el artículo 3.4 de la mentada Ley dispone que *“La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”*. Ahora bien, el deber de la Administración de velar por la vida y salud de los internos, se circunscribe a implementar las prestaciones (alimenticias, sanitarias, higiénicas) directamente encaminadas a preservar tales bienes jurídicos y a garantizar que no se produzca una lesión procedente de la actuación de terceras personas (internos o funcionarios) o genera, incluso, una obligación de la Administración de adoptar las medidas precisas para preservar la vida/salud frente a comportamientos dispositivos del propio interno (por ejemplo, instaurando tratamientos médicos forzosos). El supuesto ya ha sido objeto de examen por el TC, en las sentencias 120/90 y 137/1990, en las que se cuestionaba la legitimidad de la actuación médica obligatoria a los internos en huelga de hambre una vez que la vida de éstos corra peligro¹⁰. Sin embargo, la lectura de los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia mayoritaria y en los votos particulares arroja numerosos interrogantes. Así en la lectura de la sentencia mayoritaria puede leerse –fundamento jurídico séptimo– que *“...una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión que es legítima mientras no sea judicialmente anulada o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger”*. Frente la ilicitud que parece predicarse de la asistencia médica obligatoria respecto de una persona no privada de libertad, la legitimidad del tratamiento médico imperativo respecto al interno se vertebra en torno

9. Concepto problemático en el ámbito penitenciario dado el impacto emocional que genera, en numerosas ocasiones, la privación de libertad con la consiguiente afección de las estructuras psíquicas del interno.

10. Se trataba de una huelga de hambre, protagonizada por presos del GRAPO, para obtener de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias su concentración en único establecimiento penitenciario, que, debido a su duración, había provocado su ingreso en diversos Centros Hospitalarios, dado su delicado estado de salud.

a la presencia de una relación de sujeción especial y el carácter ilícito de los objetivos que se pretenden con la inanición voluntaria. En otras palabras, no se acude al diseño ofrecido por el artículo 25.2 CE, obviando deslindar si la LOGP contiene algún precepto específico (pudiera ser el artículo 3.4) que habilitara la limitación del derecho fundamental a la libertad del interno para preservar su vida o integridad física, y se ofrece un discurso argumentativo basado en la naturaleza jurídica de la relación penitenciaria (relación de sujeción especial), tipo de relación que, por otra parte, parece insuficiente para justificar por sí sola la intervención coactiva del Estado dado que se acude, también, a deslindar las finalidades que se persiguen con la huelga de hambre para resaltar su ilicitud (con ello, la pregunta es: ¿qué ocurriría si la finalidad que persigue el interno cuando se niega a ingerir alimentos se ciña al deseo o voluntad de morir, objetivo, en sí mismo, no ilícito?). Por su parte, en el voto particular del magistrado D. Jesús Leguina Villa se señala que *“No estando en juego derechos fundamentales de terceras personas, ni bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda costa, ninguna relación de supremacía especial –tampoco la penitenciaria– puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad y de la ausencia de autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convenga a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás”*. Por ello, y seguimos relatando los argumentos de este voto particular, *“...este deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos enfermos termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos”*. Finalmente, en el voto particular del magistrado D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer se reseña que *“... 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, en 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”*. Por ello, *“El silencio de la Ley sólo puede ser interpretado, también a la luz del art. 25.2 como el reconocimiento de que en esta materia la situación del penado o del interno no ha de sufrir restricción alguna de sus derechos respecto a la situación de cualquier otro ciudadano en libertad”*. Los argumentos de ambos votos particulares partiendo de la misma premisa (ilicitud de la actuación médica coactiva para preservar la vida de quien quiere morir), obtienen la misma conclusión (ilicitud de la actuación de la Administración penitenciaria ceñida a la alimentación forzosa del interno en huelga de hambre) utilizando un iter argumentativo similar: el artículo 3.4 LOGP no legitima la intervención de la Administración dirigida a preservar la vida y salud del interno que quiere morir, razón por la cual, a falta de precepto legal específico que implemente una limitación del derecho fundamental a la libertad del interno en este ámbito, debe aplicarse la misma solución que al ciudadano en libertad por expresa aplicación del diseño contenido en el artículo 25.2 CE. A nuestro juicio, la sentencia mayoritaria del máximo intérprete de la Constitución no es criticable por el resultado al que llega –legitimación de la actuación, medida obligatoria para preservar la vida de los internos– sino por el discurso argumentativo que utiliza para obtener esta conclusión –presencia de una relación de sujeción especial que intensifica la capacidad de intervención del Estado–. Ello supone introducir una fuente de restricción de los derechos fundamentales de los

internos no prevista en el artículo 25.2 CE. Desde esta perspectiva, merece mejor acogida la estructura argumental de los votos particulares dado que, con las divergencias que pudieran apuntarse a la hora de delimitar su contenido, nos desenvolvemos sin duda dentro del marco jurídico diseñado por el artículo 25.2 CE: implementación o no por la ley penitenciaria de una limitación específica en el ejercicio de determinados derechos fundamentales de los internos.

Cabe apuntar que en el artículo 210 RP se regula la asistencia médica obligatoria cuando exista peligro inminente para la vida del interno o nos encontremos en presencia de un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas. En ambos casos, la intervención médica debe ser la precisa y necesaria para preservar la vida del interno o la vida o salud de terceros, con el adecuado control judicial. Hubiera sido deseable que tal regulación se hubiera contemplado en la ley, obviando, con ello, los problemas inherentes a la exégesis del artículo 3.4 LOPG. Es más, si se llegara a la conclusión de que el artículo 3.4 LOGP no contempla la intervención del Estado cuando el peligro para la vida o salud personal proviene de comportamientos de un interno con capacidad de disposición, el rango reglamentario de la norma que recoge el tratamiento médico imperativo conllevaría su inhabilidad para servir de restricción a un derecho fundamental del interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 CE que sólo contempla la ley como fuente de restricción de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

3. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

La configuración del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar puede realizarse adoptando una *perspectiva positiva* (se pone el acento en el acervo de facultades de realización de su titular) y una *perspectiva negativa* (se pone el acento en las facultades de exclusión de su titular). Desde una perspectiva positiva, el derecho a la intimidad es el ámbito vital inmune al conocimiento ajeno o el poder de control de las informaciones relevantes para cada persona. Desde una perspectiva negativa, el derecho a la intimidad se refleja en el poder de excluir a terceros del núcleo de actos vitales que conforman su privacidad (domicilio, comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas, comunicaciones telemáticas o informáticas), así como el poder de instar la desaparición del abanico de informaciones que forman parte del núcleo básico de la personalidad (posibilidad de instar la cancelación y rectificación de datos obrantes en bases de datos de archivos públicos y privados). En todo caso, la proyección social de la persona conlleva que el núcleo de su intimidad no se contraiga a la dimensión personal, sino que se extienda a la dimensión social más inmediata, como la familiar, la laboral, la económica.

3.1. Intimidad y bases de datos penitenciarios

La configuración de la intimidad, como poder jurídico de la persona sobre la información relevante para su devenir vital¹¹, puede resultar menoscabada por las

11. Sobre la configuración del derecho a la intimidad como poder de control de las informaciones relevantes de una persona, véase SSTC 254/1993; 143/1994 y 94/1998.

posibilidades ofrecidas por las modernas técnicas de comunicación, en la medida en que permiten la captación de un conjunto de elementos, datos o informaciones –tales como acontecimientos importantes en el ámbito personal, familiar, social, profesional– cuya interrelación puede dar lugar a un conocimiento de pautas conductuales que formen parte de la denominada privacidad. De ahí que el texto constitucional, consciente de los peligros inherentes a la denominada sociedad tecnológica, confiere al legislador el deber de elaborar una ley reguladora del uso de la informática para preservar el derecho a la intimidad personal, familiar o posibilitar el ejercicio de los derechos personales. *El propio tenor del precepto constitucional denota que la voluntad del constituyente fue preservar la integridad de los denominados derechos de la personalidad a través de una técnica jurídica eminentemente garantista*, en la medida en que se confiere al legislador una labor de limitación del uso de la informática en aquellos ámbitos en los que se encuentra en tela de juicio la privacidad de las personas.

Para desarrollar esta previsión constitucional, se elabora la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, ulteriormente desarrollada en aspectos específicos por el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio y por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. La mentada normativa interna tiene como fuente inspiradora el Convenio de Estrasburgo sobre protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal de 28 de enero de 1981, elaborado en el seno del Consejo de Europa, ratificado por España el día 27 de enero de 1984 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 15 de noviembre de 1985.

No obstante lo dispuesto en su artículo 6.2¹², el Reglamento Penitenciario contiene, en sus artículos 6 a 9, una regulación de los ficheros penitenciarios que diverge, en algunos aspectos, del régimen general contenido en la LO 5/1992, de 29 de octubre. Así, *el principio del consentimiento informado*, según el cual todo proceso de obtención de un dato de carácter personal, para ser tratado de forma automatizada, debe ir precedido del consentimiento de la persona afectada, una vez informada de la finalidad que se persigue, queda ceñido, en el ámbito penitenciario, a los datos relativos a la ideología, religión o creencias del interno, dado que el resto de datos pueden ser obtenidos por la Administración penitenciaria sin su consentimiento (artículo 7.1 RP). *El principio de proporcionalidad*, que garantiza que el dato de carácter personal únicamente pueda ser utilizado para la finalidad para el que fue obtenido, presenta notables excepciones en el ámbito penitenciario. Así, siendo la finalidad de los datos obtenidos por la Administración penitenciaria el cumplimiento de las funciones que legalmente le vienen conferidas, se permite su cesión, sin contar con el consentimiento del interno, a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de sus competencias en materias tan heterogéneas como reclutamiento para la prestación del servicio militar, servicios sociales, Seguridad Social, custodia de menores o tan ambiguas como “*otras análogas*” a las anteriores (artículo 7.2 RP). La única excepción a esta cesión

12. La recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios se efectuará de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y sus normas de desarrollo.

inconsentida viene ceñida a los datos relativos a opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, origen racial y étnico, salud o vida sexual, que exigen en todo caso el consentimiento expreso y escrito del interno afectado, salvo que una ley prevea su cesión inconsentida por razones de interés general (artículo 8.1 RP). *El principio de exactitud*, que intenta evitar la aparición de informaciones erróneas o ineficaces en las bases de datos, mediante reconocimiento al afectado del derecho a instar su rectificación o cancelación, encuentra amparo en el artículo 9 RP, si bien, se permite a la Administración negarse a la cancelación de los datos de carácter personal de los reclusos cuando *“ponderados los intereses en presencia, concurren razones de interés público, de seguridad y de protección de los derechos y libertades de terceros, así como cuando posean un valor intrínseco de carácter histórico y estadístico a efectos de investigación”*. Finalmente se reconoce *el principio de seguridad*, que trata de garantizar que el conocimiento de los datos de carácter personal no salga del círculo cerrado conformado por la persona afectada por la información automatizada y el responsable del fichero. Para ello se implementa el deber de las autoridades penitenciarias, responsables de los ficheros informatizados, de adoptar las medidas de signo técnico y organizativo que eviten el acceso no autorizado a los datos de carácter personal así como su alteración y pérdida, y el deber de guardar secreto y hacer guardar el secreto a las personas que desarrollen su labor bajo sus coordinadas organizativas (artículo 6.3 RP).

3.2. Intimidación y celda individual

Establece el artículo 19.1 LOGP¹³ que todos los internos se alojarán en celdas individuales. No obstante ello, se podrá recurrir a dependencias colectivas en caso de insuficiencia temporal de alojamiento, por indicación del médico o por exigencias de los equipos de observación y tratamiento. Debe examinarse si el alojamiento del interno en una celda individual forma parte del contenido al derecho fundamental a la intimidad personal y, en caso afirmativo, si tal derecho resulta lesionado cuando el alojamiento en dependencias colectivas alcanza un carácter permanente¹⁴ al venir motivado por una insuficiencia estructural de plazas en determinados centros penitenciarios, por desajuste flagrante entre la disponibilidad de plazas y la población penitenciaria. A tal cuestión se confirió respuesta en la STC 195/1995, con ocasión del recurso de amparo de un interno que aducía la presencia de una vulneración de su derecho a la intimidad personal al obligarle la Administración penitenciaria a compartir su celda con otro recluso. El recurso es desestimado al estimar el TC que no cabe extraer la presencia de un derecho subjetivo a la celda individual del artículo 18.1 CE, *“pues como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal en referencia al concreto ámbito penitenciario, una de las consecuencias más dolorosas de la privación de libertad es la reducción de la intimidad de quienes la sufren, de tal manera que sólo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad aquellas medidas que*

13. El mentado precepto es desarrollado en el artículo 13 R.P., en el que se recoge el denominado principio celular.

14. Recuérdese, a estos efectos, el artículo 13.2 R.P. en el que se afirma que *“Temporalmente, cuando la población penitenciaria supere el número de plazas individuales disponibles, se podrá albergar a más de un interno por celda”*.

reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera (SSTC 89/97 y 57/1994), requisito que no concurre en el presente caso pues, como ya se ha puesto de manifiesto, la propia legislación penitenciaria prevé en determinados supuestos la posibilidad de celdas compartidas". Sin embargo, si el núcleo básico del derecho fundamental a la intimidad personal viene constituido por la presencia de un ámbito vital propio reservado al conocimiento y acción de los demás, resulta discutible no percibir una injerencia en el mentado ámbito cuando se obliga a una persona a compartir con otra u otras el espacio físico en el que se desarrollan los actos vitales más específicamente personales. Admitida tal injerencia podrá tildarse de legítima cuando concurren las previsiones contenidas en la LOGP, pero difícilmente podrá encontrar justificación cuando no encuentre encaje legal, supuesto que pudiera acontecer cuando la insuficiencia de plazas individuales disponibles no ostente carácter temporal sino permanente. A estos efectos, el artículo 19 LOGP, fuera de los supuestos en los que las dependencias colectivas se encuentren motivadas por razones sanitarias o de tratamiento penitenciario, vincula la convivencia obligada en una celda a la presencia de *una insuficiencia de alojamiento que califica de temporal*.

3.3. Intimidad y secreto de las comunicaciones

La lectura del artículo 18.1 CE denota que el derecho a la intimidad no sólo tiene una dimensión personal sino que se proyecta a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellos, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo¹⁵. En este contexto, procede examinar si forma parte del núcleo del derecho a la intimidad familiar la comunicación del interno con personas de su familia o con las que ostente especial vinculación afectiva. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de resolver, en la STC 89/1987, un recurso de amparo promovido frente a la decisión de un centro penitenciario de privar temporalmente a los reclusos sometidos al régimen cerrado del derecho a mantener relaciones íntimas o especiales con sus familiares y allegados. En la mentada sentencia se afirma que el derecho a mantener relaciones íntimas o especiales "*no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente una manifestación de la libertad a secas*". Tales comunicaciones son obra del legislador "*pero no está éste obligado a ello, ni la creación legal transforma en derecho fundamental de los reclusos la posibilidad de comunicación íntima con sus familiares o allegados íntimos que abre el artículo 53 LOGP*". Esta doctrina, reiterada en la STC 119/96, referida específicamente a las comunicaciones especiales, no autoriza a conceptuar el derecho a las comunicaciones de los internos con familiares, amigos o allegados, como un derecho legal, no fundamental, de manera que cualquier infracción del régimen instaurado en la LOGP Y R.P, mediante la adopción de medidas por la Administración Penitenciaria que impidiera las comunicaciones de los internos con el mundo exterior, pudiera constituir una infracción de la legalidad penitenciaria pero no una vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Para ello basta con hacer mención a la reciente STC 201/97 que ubica, dentro del campo de

15. SSTC 231/1988; 197/1991.

protección del derecho fundamental a la intimidad familiar, la comunicación telefónica del interno con la familia, en la propia lengua del interno. De esta forma, además, el TC sintoniza con la doctrina emanada de la CEDH y el TEDH que incluyen en el ámbito del derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas, las relaciones de las personas privadas de libertad con sus familiares en aras a mantener contactos con el mundo exterior de cara a su integración en la sociedad. En todo caso, toda medida de alejamiento físico del interno de su núcleo familiar no constituye *per se* una vulneración del derecho a la vida familiar en los términos contenidos en el artículo 8 CEDH, pues tal conclusión exigiría deslindar, por una parte, si la citada medida penitenciaria, que en sí misma no supone una privación de todo contacto del preso con su núcleo familiar, constituye un obstáculo que imposibilite su ejercicio, al imponer limitaciones que lo hacen impracticable y, en tal caso, admitida la injerencia en el derecho a la vida familiar, deberá analizarse si tal injerencia es legítima, en los términos contenidos en el ordinal segundo del propio artículo 8 CEDH, al ser necesaria para la preservación del propio Estado y para la debida tutela de las víctimas.

Descendiendo al campo de la legislación ordinaria, el artículo 51.1 LOPJ estipula que los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Así mismo, se prevén comunicaciones específicas con el abogado defensor y su representante procesal en el proceso; con sacerdotes o ministros de su religión, con asistentes sociales y en general con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad (artículo 51, ordinal primero, segundo y tercero).

La comunicación oral y escrita del interno con terceras personas debe hacerse "en su propia lengua", lo que conlleva que el preso, cuando sea residente de una Comunidad Autónoma que ostente además del castellano otro idioma cooficial, tenga derecho a utilizar este idioma como lengua de su comunicación. Así ha tenido ocasión de señalarlo el TC, en la sentencia 201/97, al anular el acuerdo de un Director de Establecimiento penitenciario que impidió a un interno comunicar telefónicamente con su familia en euskera. Si las comunicaciones del interno se encuentran intervenidas, corresponde al Director del Establecimiento adoptar las medidas oportunas para preservar la finalidad legítima de la intervención (artículo 43.2 RP).

En las mentadas comunicaciones debe garantizarse el secreto, dada la vigencia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE), del que también son titulares las personas ingresadas en centros penitenciarios. El mentado precepto constitucional garantiza el secreto de la propia comunicación, razón por la cual el deber de no injerencia en las comunicaciones no decae por el hecho de que lo comunicado, el contenido de la comunicación, no forme parte de la intimidad de ninguno de los comunicantes. En palabras del máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia 114/84, *"el concepto de secreto en el art. 18.3 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. En todo caso, el deber de no injerencia en las comunicaciones ajenas se extiende tanto al objeto de la comunicación como a la identidad de las personas comunicantes y recae sobre personas distintas a los comunicantes"*. A

partir de tal delimitación del contenido nuclear del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, previsiones reglamentarias, como la presencia de un funcionario en las comunicaciones telefónicas (artículo 47.4 RP) o la consignación en un libro-registro del nombre del remitente de la correspondencia recibida por el interno (artículo 46.4 RP), son de difícil subsunción en el marco constitucional.

En todo caso, la necesidad de conciliar las comunicaciones de los internos con las exigencias del régimen y tratamiento penitenciario conlleva el reconocimiento legal de restricciones al derecho a la intimidad familiar, en su vertiente de presencia de relaciones efectivas entre el interno y personas allegadas, y al derecho al secreto de las comunicaciones a celebrar por el interno con terceras personas. A estos efectos, las comunicaciones del interno con su familia, amigos, representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, y profesionales distintos a su abogado y procurador, pueden ser restringidas en cuanto a las personas (suspensión de las comunicaciones) o al modo (intervención de las comunicaciones) por el Director del Establecimiento, dando cuenta inmediata a la autoridad judicial competente. La atribución a una autoridad administrativa (el Director del Establecimiento penitenciario) de la potestad de restringir derechos fundamentales, como el secreto de las comunicaciones, sujetas al principio de exclusividad jurisdiccional, no está exenta de dificultades de acomodación constitucional¹⁶, máxime si tenemos en cuenta que es difícil atisbar en tales supuestos una situación de urgencia que imposibilite acudir a la autoridad judicial competente para que sea ésta quien autorice la medida restrictiva del derecho fundamental¹⁷. En todo caso, es imprescindible que la dación de cuenta a la autoridad judicial competente, juez de vigilancia penitenciaria si se trata de penados o juez del que dependa si se trata de detenidos o presos¹⁸, de la medida de intervención sea *inmediata*. Es más, en el caso de penados, la propia configuración legal del Juez de Vigilancia Penitenciaria como órgano judicial garante de sus derechos fundamentales¹⁹, conlleva un deber de control de oficio de la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida administrativa de intervención o suspensión, sin tener que esperar a la interposición de una queja por el interno afectado. El propio TC, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 51.5 y 76.1 g) de LOGP y el artículo 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha tenido ocasión de concluir que *“rectamente entendido esta dación de cuentas implica”*²⁰ *no sólo la mera comunicación del*

16. La constitucionalidad de la intervención administrativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no ha sido objeto de estudio por el TC, por falta de planteamiento de esta cuestión, tal y como puede leerse en el fundamento jurídico primero de la STC 200/97, de 24 de noviembre. “Finalmente, tampoco puede ser abordada la alegación relativa al origen no judicial de la medida restrictiva que convertiría en lesión del derecho el acto administrativo por su propia condición de tal y que comportaría un cuestionamiento constitucional del art. 51.5 Ley Orgánica General Penitenciaria, pues su planteamiento, ausente en el recurso de reforma y sólo realizado mediante una vaga remisión en apelación, carece de la perseverancia durante todo el *iter* procesal ordinario que requiere su análisis en esta sede a tenor del art. 44.1 LOTC.

17. Siempre se podrá posponer la apertura de una carta a la resolución de la autoridad judicial o instar la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones orales.

18. Ver artículos 43.1 y 46.2 R.P.

19. Ver SSTC 73/83; 74/1985; 2/1987; 143/1993 y 161/1993.

20. Por todas, SSTC 175/1997 y 200/1997.

órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuada a posteriori, mediante una resolución motivada". De ahí que si el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se limitase a una mera recepción de la comunicación del acto administrativo en el que se acuerda intervenir las comunicaciones y adoptase una actividad meramente pasiva ante la restricción por dicho acto del derecho fundamental del recluso no estará dispensando la protección del derecho en la forma exigida por las mencionadas normas".

En concreto, la legitimidad de la actuación del Director del Establecimiento Penitenciario exigirá deslindar judicialmente los siguientes extremos:

1. El acuerdo tenga como base razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, únicas que permiten, *ex artículo 51.1 párrafo segundo LOGP*, la intervención o suspensión de las comunicaciones.

2. El acuerdo esté motivado, es decir, especifique cuál de las tres finalidades legalmente previstas –seguridad, interés del tratamiento y buen orden del establecimiento– es la perseguida con la adopción de la medida, y exteriorice las circunstancias concretas del caso y del recluso que justifiquen la funcionalidad de la medida. En los supuestos de presos pertenecientes a organizaciones criminales es suficiente con explicitar las características específicas del grupo que concurren en el interno cuyas comunicaciones se intervienen, sin que valga una mera remisión a la pertenencia del interno al grupo criminal.

3. El acuerdo haya sido notificado al interno (artículo 43.1 RP). No debe olvidarse que nos encontramos ante una medida adoptada por la autoridad penitenciaria por razones eminentemente preventivas, ligadas a la necesidad de preservar el orden o seguridad en el establecimiento penitenciario o garantizar el éxito del tratamiento. Si se trata de obtener fuentes de prueba de la posible comisión por el interno de un ilícito penal, la única autoridad competente para adoptarla es la judicial, a quien compete la investigación penal²¹. En su caso, si en el seno de una intervención administrativa de las comunicaciones del interno, acordada para el cumplimiento de finalidades penitenciarias, se tiene conocimiento de la posible comisión de un hecho delictivo, debe trasladarse la *notitia criminis* a la autoridad judicial para que proceda a su autorización y control.

4. La medida sea necesaria, idónea y proporcionada para alcanzar la finalidad prevista²². Concretamente la medida será idónea si permite alcanzar el fin previsto; será necesaria si no existen medios alternativos menos lesivos para los derechos fundamentales para alcanzar el mismo fin y será proporcionada si se mantiene durante el tiempo preciso, cesando en cuanto desaparecen las circunstancias que justificaron su adopción²³.

21. En la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 10 de febrero de 1998, se hace específica mención a la legitimidad de la autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha y grabación mediante la colocación de aparatos en una celda de la prisión preventiva.

22. Ver STC 201/97.

23. Ver las sentencias del TEDH de 15 de noviembre de 1996 (asuntos Domenichine y Calogero Diana) referidas a la intervención de las comunicaciones de los reclusos, en las que se toma en consideración para deslindar su proporcionalidad la expresión de la duración de la medida y las razones que la pueden justificar.

Mención específica merecen las comunicaciones de los internos con su abogado y procurador. Reseña el artículo 51.2 LOGP que “*Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*”. Tres problemas fundamentales plantea la exégesis de este precepto: la delimitación conceptual de la figura del abogado y procurador; la referencia explícita al terrorismo como supuesto específico de intervención y la fijación del tipo de comunicaciones que se someten al régimen peculiar del mentado artículo. La determinación del concepto de abogado y procurador debe hacerse acudiendo a un criterio mixto, exigiendo que el comunicante sea abogado y/o procurador (elemento subjetivo) y actúe en tal calidad con respecto a la persona del interno con la que se comunica (elemento funcional). De ahí que para prevenir determinados usos fraudulentos de tal específico régimen de comunicaciones²⁴ por parte de personas que aun teniendo la condición de abogado y procurador no ostentan tal condición jurídica respecto del interno con el que se comunican, el R.P. implementa en el artículo 48 un conjunto de requisitos de necesaria cumplimentación para la acreditación de la condición de abogado o procurador del interno solicitante de la comunicación. La referencia realizada en el ordinal segundo *in fine* del artículo 51 LOGP a que las citadas comunicaciones no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo, plantea el problema de si la mentada frase debe ser entendida en sentido acumulativo (se podrá intervenir judicialmente las comunicaciones interno-abogado/procurador sólo por la autoridad judicial y exclusivamente en los supuestos de terrorismo); disyuntivo (se podrá intervenir las comunicaciones interno-abogado/procurador por la autoridad judicial, salvo en los supuestos de terrorismo que serán susceptibles de intervención administrativa); o integrador (sólo la autoridad judicial podrá intervenir las comunicaciones interno-abogado/procurador, cualquiera que sea el tipo delictivo por el que el interno cumpla condena o esté privado de libertad). Frente a una postura inicial del máximo intérprete de la Constitución, plasmada en la STC 73/83, que acogió el criterio disyuntivo, en la STC 183/94, tras poner de manifiesto que las comunicaciones especiales del artículo 51.2 tratan de garantizar de forma específica el derecho de defensa del interno en el proceso penal, concluye que “...el artículo 51.2 de la LOGP 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”. A partir de la citada sentencia queda clara la inhabilidad de la Administración penitenciaria para acordar la intervención de las comunicaciones interno-abogado/procurador, tal y como ha tenido ocasión de reseñarse en el artículo 48.3 R.P.²⁵. Sin embargo, alguna sentencia posterior del

24. Recuérdese la STS de 6 de marzo de 1995 en la que se legitima la intervención administrativa de las comunicaciones de un interno con un abogado, aduciendo “... que el acusado ni era el abogado defensor del interno... ni había sido llamado expresamente por él”.

25. El citado artículo reseña que las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los procuradores que los representen no podrán ser suspendidas o intervenidas en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial.

propio TC, en concreto la 58/1998, contiene afirmaciones *obiter dicta* que parecen apuntar que la autoridad judicial únicamente tiene competencia para intervenir comunicaciones interno-abogado en los supuestos de terrorismo, no pudiendo intervenir, ni judicialmente, las comunicaciones que el interno, no procesado o condenado por delito de terrorismo, mantenga con su abogado o procurador²⁶ (supuesto de criterio acumulativo).

Finalmente, el régimen de necesaria autorización judicial previa en la intervención de las comunicaciones interno-abogado no se constriñe a las comunicales orales, como pudiera darlo a entender la referencia realizada en el ordinal segundo del artículo 51.2 LOGP a la realización de las comunicaciones en departamentos apropiados, sino que se extiende a cualquier comunicación cualquiera que sea el medio que se utilice²⁷.

3.4. Intimidación corporal y cacheos

En lo atinente al concepto de intimidad, el Tribunal Constitucional ha acogido la denominada *concepción cultural de la intimidad* al afirmar que el ámbito de intimidad corporal, susceptible de protección constitucional, ex artículo 18.1 CE, no se extiende a la totalidad del cuerpo humano como realidad física, sino sólo a aquellas partes del cuerpo que, con arreglo a las convicciones culturales existentes en el entramado social, se encuentran excluidas del conocimiento ajeno. De ahí que no puedan entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que opera o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, conforme a criterios generales, una violación del pudor o del recato de la persona. A partir de estas premisas conceptuales, habrá que concluir que existen actuaciones que por las zonas del cuerpo sobre las que se opera (por ejemplo, cacheo sobre la superficie del cuerpo) o por los medios empleados (por ejemplo, examen radiológico) no constituyen injerencias en la intimidad corporal, al no existir una afección de realidades físicas que, desde la óptica cultural predominante en el colectivo social, pueden estimarse como injerencia en el sentimiento de pudor o recato. Otras diligencias, por el contrario, por las zonas anatómicas afectadas (registro anal, vaginal) constituyen *per se* una injerencia en el mentado derecho fundamental.

En el ámbito penitenciario, dado el laconismo legal (el artículo 23 LOGP se limita a reseñar que los registros y cacheos en las personas de los internos se efectuarán con las garantías y la periodicidad que reglamentariamente se determinen, con respecto siempre a la dignidad personal) y la ausencia de regulación infralegal²⁸, fue la STC

26. Así en el fundamento jurídico quinto de la mentada sentencia puede leerse: "No en vano, también, es la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa la que hace que el legislador penitenciario constriña toda intervención de las comunicaciones de los internos con sus abogados o procuradores a los supuestos de terrorismo y que exija además la garantía judicial".

27. Véase en este sentido, STC 58/1998 y artículo 46.6 NRP que reseña que las comunicaciones escritas entre los internos y su Abogado defensor o Procurador sólo podrán ser intervenidas por orden de la autoridad judicial.

28. En el Reglamento Penitenciario de 1981 no existía referencia normativa alguna al modo de ejecución de los cacheos con desnudo integral del interno.

57/1994 la que pergeñó los principios rectores de la intervención de la Administración penitenciaria en el ámbito de la intimidad corporal. Se resolvía, en la mentada sentencia, un recurso de amparo interpuesto frente a un acuerdo de la Junta de Régimen y Administración de un Centro Penitenciario, en que se imponía una sanción disciplinaria a un interno por la falta de cumplimiento de una orden de un funcionario para que procediera a su desnudo integral y a la práctica de determinadas flexiones, tras haber mantenido una comunicación íntima, por considerar que se podía haber utilizado la comunicación para la introducción de objetos peligrosos o sustancias estupefacientes. Siendo evidente que la exposición del cuerpo desnudo del interno y la posterior práctica de un cacheo por un funcionario de instituciones penitenciarias constituye una injerencia en la intimidad corporal, parte consustancial del derecho a la intimidad personal, su legitimidad se hace depender de la concurrencia de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. *La legalidad exige que la intromisión en la intimidad corporal persiga la satisfacción de un interés público centrado en la preservación de la seguridad y orden del centro penitenciario. En todo caso, para ello no basta con que la Administración penitenciaria realice una afirmación genérica sobre la funcionalidad de la medida para la satisfacción del interés público, sino es preciso que se motive la medida de registro personal en atención a las circunstancias existentes en el centro penitenciario o en la concreta situación o previo comportamiento del interno afectado pues sólo tal fundamentación, y son palabras del TC en la sentencia reseñada, “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”²⁹. La necesidad precisa que no pueda alcanzarse la misma finalidad pública –preservación del orden y seguridad en los centros penitenciarios– a través de una medida menos lesiva para el derecho fundamental (por ejemplo, mediante el empleo de sistemas radiológicos de detección). La proporcionalidad conlleva que la ejecución de la medida se realice en las condiciones menos gravosas (por ejemplo, por personal especializado del mismo sexo del interno y en lugares especialmente habilitados). La doctrina sentada en la citada sentencia ha encontrado eco en el artículo 68.2 R.P.³⁰ que implementa las garantías, a las que hace referencia el artículo 23 LOGP, en la práctica de cacheos con desnudo integral. Se reseña, en el citado artículo, que los cacheos con desnudo integral sólo supondrán una injerencia legítima en la intimidad corporal del interno cuando cumplan las siguientes condiciones: sean autorizados por el Jefe de Servicio por motivos de seguridad concretos y específicos y cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daños a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento (principio de legalidad); no pueda realizarse el control por medios menos lesivos para la intimidad personal (principio de necesidad);*

29. Fundamento jurídico sexto de la sentencia 57/1994.

30. Prevé, también, el artículo 45.7 R.P., que los cacheos con desnudo integral se extiendan a las personas de los visitantes, en los supuestos de comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia. Precepto de dudosa constitucionalidad pues, a diferencia del cacheo de los internos, no cuenta con el respaldo legal del artículo 23 LOGP, con lo que nos encontramos ante una limitación de un derecho fundamental basado en una norma reglamentaria.

se ejecute por funcionarios del mismo sexo que el interno, en un lugar cerrado sin presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad (principio de proporcionalidad).

4. DERECHO A LA LIBERTAD

4.1 Permisos de salida

La configuración de los permisos de salida como instrumentos funcionalmente abocados a la reinserción social del penado, en la medida que permiten un reforzamiento de los lazos familiares y sociales y aligeran la tensión propia de un internamiento en un centro penitenciario, confiere especial importancia a los criterios judiciales que rigen su concesión o denegación. No debe olvidarse que el artículo 47.2 LOGP supedita la concesión de un permiso ordinario de salida no sólo a la concurrencia de un requisito objetivo (transcurso de la cuarta parte de la pena y clasificación penitenciaria en segundo o tercer grado de tratamiento) sino, también, a la presencia de criterios subjetivos (como la inexistencia de mala conducta, impacto favorable del permiso en el proceso de reinserción social y ausencia de elementos que pongan en tela de juicio su viabilidad por razones de seguridad) cuya concurrencia debe ser valorada, en primer lugar, por la Administración penitenciaria y ulteriormente, ora por vía de autorización ora por vía de recurso, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria³¹. Como elemento fundamentador de la concurrencia de los criterios subjetivos alcanza especial importancia el informe del Equipo Técnico, de carácter preceptivo pero no vinculante. Concretamente, el dictamen del Equipo Técnico debe contener una prognosis respecto al probable quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o la repercusión negativa de la salida para la preparación de la vida en libertad o para la ejecución de su programa de tratamiento que pudiera producirse de concederse el permiso de salida, fundado en factores normativizados tan heterogéneos como la peculiar trayectoria delictiva o la personalidad anómala del interno o tan etéreos como la presencia de variables cualitativas desfavorables (artículo 156.1 R.P.). La mera reflexión sobre los términos utilizados por la normativa vigente para describir los requisitos subjetivos de concesión del permiso de salida pone de manifiesto la importancia del control judicial en este campo. Prueba de tal aserto es la jurisprudencia del TC, emanada en los dos últimos años, en la que proliferan los recursos de amparo instados por penados en los que concurren los requisitos de temporalidad de cumplimiento de la condena y clasificación penitenciaria diseñados legalmente. Todos ellos tienen como seña de identidad común la denuncia de una ausencia de *tutela judicial efectiva* frente a las decisiones de la Administración penitenciaria denegatorias de permisos de salida. La tutela judicial alcanza el grado de efectividad exigido por nuestro sistema constitucional cuando se motiva, es decir, cuando se explicitan las razones de la reso-

31. Como señala la STC 81/97, "...la concesión de los permisos 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 puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y, en último término, a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones".

lución, permitiendo con ello el conocimiento por el interno de los criterios de una decisión y reflejando que se trata de un acto razonable y razonado y no de un mero ejercicio de voluntad. En todo caso, la motivación de la decisión judicial en materia de permisos de salida encuentra unas especiales características pues no sólo es preciso que no pueda ser tildada de ilógica, arbitraria y absurda, sino que además debe ser una motivación concordante con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de un valor superior como es la libertad³². Por tanto, se incurre en una falta de tutela judicial efectiva, derecho fundamental de todo interno *ex artículo* 24.1 CE, cuando no se motiva; cuando existe una apariencia de motivación, pues la ofrecida muestra unos caracteres de arbitrariedad, irracionalidad o cuando se motiva de forma inadecuada, al no tener en cuenta la fuerza que nuestro ordenamiento jurídico confiere al valor superior de la libertad.

4.2. Libertad condicional

Parecida problemática a la reseñada en los permisos de salida surge a la hora de examinar la libertad condicional. El Código penal configura la libertad condicional como un derecho subjetivo del penado de concesión jurisdiccional (surge a la vida jurídica por decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria) y configuración legal (su nacimiento exige que concurren todos y cada uno de los requisitos reseñados en su artículo 90). La lectura del artículo 90 CP denota que junto a requisitos ligados al mero transcurso del periodo de duración de la pena privativa de libertad impuesta (cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena), concurren criterios vinculados al régimen penitenciario (que se haya observado buena conducta), al tratamiento penitenciario (clasificación en tercer grado) y a la prognosis de evolución futura (pronóstico individualizado y favorable de reinserción social). Obviamente, en el campo de la clasificación penitenciaria y del pronóstico de evolución futura emergen con ímpetu los criterios técnicos, con el connatural protagonismo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, protagonismo que el legislador ha tratado de mitigar permitiendo al Juez de Vigilancia Penitenciaria acudir a los expertos que el propio operador judicial estime convenientes. No hace falta decir que, si no se crea la estructura técnica de apoyo al Juez de Vigilancia Penitenciaria, el precepto devendrá ineficaz por inaplicado (es decir, será una muestra de voluntarismo legal).

La decisión judicial sobre la libertad condicional del penado debe gozar de los caracteres reseñados cuando examinábamos los permisos de salida, tal y como ha tenido ocasión de señalar el TC en la sentencia 79/1998. Particular interés tienen los criterios suministrados por el máximo intérprete de la Constitución en *la libertad condicional específica de los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables*. El actual artículo 92 CP, trasunto del derogado artículo 60 del Reglamento Penitenciario de 1981, exonera a las personas privadas de libertad por sentencia firme, que presenten las referidas características clínicas, del requisito temporal del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena para acceder a la libertad condi-

32. Por todas, SSTC 75/98; 88/1998.

cional. Para ello, es preciso que existan informes médicos³³ que avalen que se trata de enfermos con una afección de su salud de especial intensidad (enfermo muy grave) cuyos síntomas, no necesariamente somáticos, no son susceptibles de curación conforme a la actual evolución de la ciencia médica (con padecimientos incurables). El máximo intérprete de la Constitución ha tenido ocasión de señalar que no se trata de una excarcelación en peligro de muerte, sino de una decisión, fundada en razones de humanidad, que viene motivada por el riesgo cierto que para su vida y salud pueda suponer la permanencia del interno en el interior del recinto penitenciario. No obstante ello, el RP, obviando la terminología legal y la doctrina del TC, epigrafió su artículo 196 R.P de la siguiente forma: Libertad condicional de septuagenarios y enfermos terminales.

33. El artículo 196.2 NRP obliga a los servicios médicos del Centro Penitenciario a poner en conocimiento de la Junta de Tratamiento la concurrencia de las condiciones médicas en un penado que le habilitan para acceder a la libertad condicional por la vía del artículo 92 CP.