

Derechos fundamentales entre rejas

Algunas reflexiones acerca de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario, al tiempo que un comentario de la jurisprudencia constitucional al respecto

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.–II. La fórmula de las «relaciones de especial sujeción». Su capacidad de rendimiento.–III. Marco constitucional para el tratamiento de los derechos fundamentales del recluso.–IV. El principio de proporcionalidad y la motivación de las decisiones limitativas de derechos fundamentales.–V. El *status libertatis* del preso.–VI. La posible modulación del contenido de algunos derechos fundamentales en atención a las peculiaridades de la relación penitenciaria. El derecho a la intimidad personal y familiar.–VII. La reinserción social: una asignatura pendiente.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando un Juez o Tribunal condena a una persona a una pena de prisión, no le está condenando sin más, por ejemplo, a doce años de prisión. Esa pena de prisión son doce años en los que su comportamiento estará sometido a una estricta regulación, son muchos años en

los que esa persona deberá levantarse y acostarse a una determinada hora, en los que alguien le dirá con quien compartir su celda, los días en que podrá ver a sus hijos, durante los cuales su personalidad será objeto de observación y clasificación, etc.

Esto es algo que debe interesar a los penalistas, algo cuyo estudio jurídico nos compete. Las horas de patio diarias, los cacheos y registros, la sanción de aislamiento en celda, las visitas íntimas, la clasificación, el trabajo penitenciario, los beneficios, etc., deben ser objeto de nuestra atención pues no son sino el contenido de la pena privativa de libertad. A pesar de ello, el análisis jurídico de la ejecución de la pena privativa de libertad es algo a lo que en España y, salvo honrosas excepciones, no se le ha dedicado la suficiente atención, lo que contrasta con la importancia que gran parte de la doctrina jurídico-penal viene atribuyendo a la pena y a sus fines incluso en la configuración de la teoría jurídica del delito. Olvido injusto, además, no sólo por la importancia práctica de la materia, sino también por su gran interés y complejidad teórica. Obsérvese cómo para su estudio el Derecho penal se muestra insuficiente, siendo imprescindible la perspectiva del Derecho administrativo, dado el papel protagonista de la Administración en la relación jurídico-penitenciaria. Pero la ejecución de la pena privativa de libertad también requiere pausadas reflexiones desde un prisma constitucional, debido, entre otras razones, a las tensiones a las que en el ámbito penitenciario se ven sometidos los derechos fundamentales y las libertades públicas de los que cumplen una pena de prisión.

Precisamente esta última perspectiva es desde la que pretendo un acercamiento, necesariamente breve, a la problemática jurídica de la ejecución de la pena de prisión; elección que se justifica, entre otros motivos, porque en los últimos años el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha dictado numerosas resoluciones sobre diversos derechos fundamentales de los condenados a una pena de prisión, resoluciones que, añadidas a otras más antiguas, conforman una interesante jurisprudencia merecedora de comentario y reflexión.

El TC en bastantes ocasiones ha tenido que resolver recursos de amparo planteados por presos denunciando la vulneración, por parte de la Administración penitenciaria y a veces también por los órganos judiciales, de sus derechos fundamentales durante la ejecución de la pena privativa de libertad, debiendo pronunciarse sobre si la actuación —aplicando o inaplicado la legislación penitenciaria— de la Administración ha lesionado algún derecho fundamental y, al mismo tiempo en muchas ocasiones, definir el contenido del derecho invocado. Las cuestiones sobre las que versan las resoluciones dictadas son de lo

más variadas y casi siempre sumamente interesantes. Por ejemplo, ha dictado numerosas Sentencias sobre las garantías procesales de las que gozan los reclusos durante la tramitación de expedientes disciplinarios (derecho a la prueba, derecho de defensa, derecho a conocer la acusación, etc.) (SSTC 128/1996, 169/1996, 60/1997, 83/1997, 237/1997, 69/1998, 83/1998, entre las más recientes); sobre si la denegación de permisos de salida (SSTC 112/1996, 2/1997, 81/1997, 193/1997, 75/1998, 88/1998) o de visitas íntimas es susceptible de afectar a algún derecho fundamental (STC 89/1987), acerca de cacheos y registros con desnudo integral (STC 57/1994); sobre la intervención de comunicaciones con amigos, familiares y también con abogados (SSTC 83/1994, 170/1996, 128/1997, 175/1997, 200/1997, 58/1998). Encontramos también resoluciones del TC referidas a la actuación de la Administración penitenciaria durante las huelgas de hambre reivindicativas de presos (SSTC 120/1990, 137/1990), sobre si la denegación de la anticipación, que preveía nuestra legislación penitenciaria, actualmente el artículo 92 CP, de la libertad condicional por padecer grave enfermedad incurable lesiona o no algún derecho fundamental (STC 48/1996) y sobre otras muchas cuestiones más, siempre abordadas desde una dimensión constitucional.

La mayoría de estas sentencias son de gran interés y estaría más que justificado un comentario pormenorizado de cada una de ellas. Razones evidentes no lo permiten. Pero es que, más que un comentario yuxtapuesto o inconexo de dichas sentencias, seguramente resultará más fructífero intentar dotar a esta exposición de un hilo conductor, intentando extraer de las resoluciones dictadas una doctrina general, unos principios básicos de la problemática penitenciaria que nos permitieran enfocar la lente antes de diseccionar el problema. Tal búsqueda no es ni mucho menos fácil tarea. La jurisprudencia del TC en materia penitenciaria es de lo más variada no sólo en las cuestiones de fondo sino también en la forma de abordarlas. Podemos hallar sentencias sin duda calificables de garantistas frente a otras restrictivas: o incluso algunas resoluciones sobre el mismo tema por lo menos aparentemente contradictorias, en las que el TC da un paso hacia delante y al poco tiempo retrocede sobre sus pasos, lo que sugiere que quizá sea necesaria una mayor reflexión por su parte acerca de cómo quiere configurar los derechos fundamentales de los privados de libertad por sentencia firme.

II. LA FÓRMULA DE LAS «RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN». SU CAPACIDAD DE RENDIMIENTO

Buscando en la jurisprudencia constitucional sobre la materia una construcción general, una especie de método para abordar estos problemas, lo primero que llama la atención es una idea que aparece ya en las primeras sentencias sobre derecho penitenciario y que se repite sobre todo en una primera época de la jurisprudencia constitucional. Me estoy refiriendo a la fórmula de las «relaciones de especial sujeción», relación en la que se encontrarían los que cumplen una pena privativa de libertad.

Como bien es sabido, con este concepto de las relaciones de especial sujeción, nuclear en Derecho administrativo, se ha intentado durante mucho tiempo y aún se sigue intentando describir, a la vez que justificar, el hecho que en determinados ámbitos —estudiantes, funcionarios, soldados, presos, etc.— la Administración detenta una supremacía especial, reforzada, más amplia e intensa que la que ejerce respecto a la generalidad de los ciudadanos. Tal supremacía, cuya justificación última se ve en la necesidad de una mayor eficacia en la consecución de los específicos fines que en dichos ámbitos tiene encomendados la Administración, se traduce en un debilitamiento de los derechos, incluso fundamentales del administrado, en un repliegue de la reserva de ley con la consiguiente ampliación de la potestad reglamentaria, así como en un incremento de las potestades disciplinarias de la Administración. Es decir, en lo que aquí especialmente nos interesa, los sujetos incurso en tales relaciones poseen un *status* jurídico sustancialmente reducido en lo que a sus derechos fundamentales se refiere.

La concepción de las relaciones de especial sujeción nació en la Alemania de finales del siglo XIX (1), importándose en España dicha

(1) Hito fundamental en la evolución de tal concepto es la Sentencia del Tribunal Constitucional federal de 14 de marzo de 1972, que precisamente versaba sobre la relación penitenciaria y enjuiciaba un caso de intervención de la correspondencia. El Director de la cárcel había interceptado, al amparo del art. 155 II, de la Ordenanza de Prisiones, norma preconstitucional de rango administrativo, una carta de un recluso dirigida a una organización de ayuda a presos en la cual criticaba a los funcionarios del establecimiento y denunciaba las irregularidades del centro. El Tribunal Constitucional federal, partiendo de que según el art. 1.3 de la Constitución alemana los derechos fundamentales vinculan al legislador, al poder ejecutivo y a los jueces, llega a la conclusión de que la Administración no puede restringir a voluntad los derechos fundamentales durante la ejecución de la pena, por lo que también los derechos fundamentales de los presos sólo pueden ser limitados mediante Ley o sobre la base de una

teoría en la década de los sesenta (2), siendo muy utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que hizo de la misma una aplicación inflacionista, extendiéndola incluso a situaciones en las que nunca pensó la doctrina alemana (3). También nuestro TC ha hecho uso en múltiples ocasiones del concepto de relaciones de especial sujeción. En concreto, en el ámbito penitenciario es habitual encontrarse con declaraciones como la siguiente: «el interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su “autoridad” sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos»(4); declaraciones que en ocasiones sólo tienen una finalidad retórica y de las que, otras veces, se extraen importantes consecuencias prácticas.

Por señalar alguna resolución del TC en el que la idea de las relaciones de especial sujeción constituya el núcleo de la *ratio decidendi*, puede citarse la STC 2/1987, de 21 de enero, fundamental por los pronunciamientos que en materia penitenciaria contiene. El preso recurrente, entre otros motivos, alegaba la lesión del artículo 25.1 de la Constitución, en cuanto la Administración penitenciaria le había impuesto una serie de sanciones disciplinarias que no estaban tipificadas en la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante, LOGP), sino en su Reglamento (5), lo cual, según el actor, supondría una vulneración del principio de legalidad y del principio de reserva de ley consagrados en el invocado precepto, principio este último que exige-

Ley. Esta resolución, además de determinar la elaboración de una ley penitenciaria, inexistente hasta entonces, supuso un replanteamiento de la teoría de las relaciones de especial sujeción, llegando a sostener algunos autores que la referida sentencia lo era de muerte para dicha teoría.

(2) Suele citarse como determinante de esta irrupción el trabajo de GALLEGO ANABITARTE «Las relaciones de especial sujeción y el principio de legalidad de la Administración», publicado en la *Revista de Administración Pública*, número 31, 1961.

(3) Sobre la penetración de la teoría de las relaciones de especial sujeción en España, vid. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de especial sujeción*. Civitas. Madrid, 1994, pp. 223 y ss.. Pormenorizadamente sobre las raíces históricas y dogmáticas de esta teoría, pp. 45 y ss.

(4) STC 2/1987, de 21 de enero; idea repetida en múltiples ocasiones: SSTC 120/1990, 129/1995, 60/1997, 57/1994, etc.

(5) Como bien es sabido, la LOGP no tipifica las faltas, las infracciones disciplinarias, sino que tan sólo establece las sanciones a imponer. Qué es lo que se considera infracción disciplinaria en el ámbito penitenciario, tan sólo nos lo dice el Reglamento Penitenciario (en adelante, RP): arts. 108 y ss. del RP de 1981 que permanecen vigentes tras la entrada en vigor del RP de 1996)

ría que los delitos y las faltas sólo puedan tipificarse mediante ley en sentido formal, pues la determinación de qué es lo que puede considerarse delito o falta sólo compete al poder legislativo, el único democráticamente legitimado para ello. Sin embargo, el TC desestima el referido motivo de amparo argumentando que «la referencia a la legislación vigente en el artículo 25.1 CE, tiene un alcance diferente, al menos en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de contravenciones “faltas” en el seno de una relación de sujeción especial como es la de los internos en establecimientos penitenciarios. En estos casos la reserva de Ley cumple principalmente la función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables, en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias de una determinada conducta». En virtud de esta sujeción especial, añade el TC, «el *ius puniendi* no es el genérico del Estado y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material...». «Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el artículo 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución. Pero ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales. Desde luego una sanción carente de toda base normativa legal, devendrá, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado, pero esa base normativa legal también existiría cuando la Ley, en este caso la Ley General Penitenciaria (arts. 42 y siguientes) se remita, en la especificación y gradación de las infracciones, al Reglamento. Ello permite reconocer la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de Ley, y por ello debe rechazarse la pretensión del recurrente.» (FJ 2.º).

Aunque los efectos de la idea de la relación de sujeción especial se muestran habitualmente la relación con el principio de reserva de ley, el TC también ha extraído de ella consecuencias en lo tocante a la limitación de derechos fundamentales sustantivos. En este sentido pueden citarse las conocidas y polémicas Sentencias 120/1990, de 27 de junio de 1990, y 137/1990, de 30 de julio de 1990. En ellas los recurrentes eran varios presos pertenecientes al grupo terrorista auto-denominado GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre) que venían manteniendo durante ya bastante tiempo una huelga de hambre reivindicativa contra su dispersión. Pues bien, se

quejaban de una resolución judicial que habilitaba a la Administración penitenciaria a alimentar coactivamente por vía parenteral a dichos presos y a administrarles tratamiento médico en contra de su voluntad cuando su vida estuviera en peligro como consecuencia de la huelga de hambre. El TC admite que la alimentación y asistencia sanitaria forzosa afecta a derechos fundamentales de los presos como por ejemplo el derecho a la integridad física y moral (STC 120/1990, FJ 8.º y STC 137/1990, FJ 11.º) o el derecho a la libertad física (STC 120/1990, FJ 11.º y STC 137/1990, FJ 9.º). Sin embargo la lesión de tales derechos en el supuesto planteado se niega con un razonamiento en cuyo punto de partida aparece la aludida idea de las relaciones de especial sujeción. «Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas» (STC 120/1990, FJ 4.º, en el mismo sentido, STC 137/1990, FJ 4.º).

En esta última Sentencia, que fue objeto en su día de una viva polémica y que tuvo dos votos particulares (6), puede apreciarse clara-

(6) Como era de esperar, por lo controvertido del tema, estas resoluciones fueron en su día objeto de una viva polémica. Sus argumentos encontraron no sólo contestación doctrinal, sino dentro ya del propio TC, puesto que la STC 120/1990 contó con dos votos particulares, el primero del Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, y el segundo del Magistrado don Jesús Leguina Villa. Ambos son claros, breves y, a mi juicio, plenamente convincentes en su idea central: la obligación de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los presos no puede justificar el establecimiento de límites adicionales a los derechos de los presos inexistentes para el ciudadano en libertad. La criticada prevalencia no puede justificarse, según el primero de los Magistrados citados, acudiendo a la remisión que el art. 25.2 hace a la LOGP, pues ésta, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas comparados, no contiene una regulación específica de la huelga de hambre que limite los derechos del preso en este ámbito, no pudiendo equipararse a ésta el deber genérico de la Administración de velar por la vida y salud de los internos. Por ello, desde la perspectiva del art. 25.2 sería imposible justificar las limitaciones declaradas constitucionales por la Sentencia analizada (El Reglamento Penitenciario de 1996, en su artículo 210 introduce por primera vez expresamente la posibilidad de asistencia médica coactiva).

mente cómo una idea tan imprecisa como la de las relaciones de especial sujeción sirve al TC para, como por arte de magia, extraer la conclusión de que lo que resultaría ilícito para los ciudadanos libres, es decir, la alimentación forzosa, resulta lícito y necesario para los presos sin embargo ni siquiera se justifica que para la ejecución de la pena, que es lo que la Administración penitenciaria tiene encomendado, resulte imprescindible tal limitación o restricción de derechos fundamentales no anulados propiamente por la pena privativa de libertad.

La construcción de las relaciones de especial sujeción ha sido sometida a una intensa crítica (7) que no procede aquí exponer por-

Para el Magistrado don Jesús Leguina, «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, aún cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás», el «deber de velar por la salud e integridad física de los reclusos termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos» Según este Magistrado el derecho lesionado por la Administración sería el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), entendida como «libertad física que protege a todos no sólo, según dice la sentencia, frente a detenciones, condenas o internamientos arbitrarios, sino también frente a cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza que, oponiéndose a lícitas decisiones personales que sólo conciernen a quien las toma, restrinjan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos».

(7) Centrándonos en su aplicación al ámbito penitenciario y sin ánimo exhaustividad, MAPELLI CAFFARENA subraya, además de otros aspectos, que «la teoría de las relaciones especiales de sujeción se corresponde con una visión retributiva de la pena. En el momento de su ejecución el penado debe sentir la absoluta desprotección jurídica, que se suma al daño físico de la pena.» («El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional»). En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año I. Febrero-octubre 1993. Número I. Universidad Carlos III de Madrid. «BOE», pp. 427 y ss.). TAMARIT SUMALLA destaca la vinculación de dicha teoría con la concepción del Estado que no es propia del Estado de Derecho que consagra nuestra Constitución, así como que la relación penitenciaria carecería del elemento voluntariedad que para parte de la doctrina constituye el fundamento de las relaciones de especial sujeción [*Curso de Derecho Penitenciario (Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996*. Cedecs Editorial, Barcelona, 1966, p. 58)]. RIVERA BEIRAS subraya cómo la teoría de las relaciones de especial sujeción, al configurar los ámbitos a los que se aplica como «espacio ajeno al control del Derecho» ha permitido la limitación de derechos fundamentales del recluso (*La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 368.) También GÓNZALEZ NAVARRO cuestiona la compatibilidad de un Estado de Derecho con las distinciones que tal teoría consagra y que se traducen en una disminución de las garantías jurídicas de los ciudadanos inmersos en tales relaciones («Poder domestica-

menorizadamente. Desde la perspectiva que en esta ponencia nos interesa, es decir, de las relaciones de especial sujeción como forma de explicar las específicas limitaciones que sufren los derechos fundamentales de los presos, baste señalar que en un Estado de Derecho como el que consagra el artículo primero de nuestra Constitución las limitaciones de derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos los presos, sólo son posibles en la medida que las posibilite el sistema de garantías de derechos establecido en nuestro ordenamiento jurídico y en primerísimo lugar en la medida que resulten posibles de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

Resulta innegable que las personas condenadas a una pena de prisión poseen un *status* jurídico sustancialmente más reducido que el de los ciudadanos libres. Pero para explicar jurídicamente esta realidad no es necesario acudir a la fórmula de las relaciones de especial sujeción, pues tal realidad es contemplada expresamente por la Constitución española. Desde esta perspectiva, al menos en el ámbito penitenciario, la analizada construcción teórica se muestra innecesaria.

III. MARCO CONSTITUCIONAL PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL RECLUSO

La Constitución se refiere expresamente a los derechos fundamentales del condenado a una pena privativa de libertad en su artículo 25.2. Este precepto, además de hacer mención al fin resocializador de las penas privativas de libertad, declara 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...»

La Constitución española, pues, en un específico reconocimiento de las peculiaridades de la relación penitenciaria, contempla tres focos de restricción de los derechos fundamentales del preso: el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la legislación penitenciaria. Es esta

dor del Estado y derechos de los reclusos». En: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría, Tomo II. De los Derechos y Deberes Fundamentales*. Madrid, 1991, pp. 1053 y ss.). En la misma línea Díez RIPO-LLÉS apunta que tras la aparición de la Constitución resulta difícilmente justificable el mantenimiento del concepto de las relaciones de especial sujeción («La huelga de hambre en el ámbito penitenciario». En *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, pp. 603 y ss.).

última la que configura el estatuto jurídico del preso. La Constitución reconoce expresamente que los derechos fundamentales de los reclusos pueden ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos libres, en concreto las que establezca la ley penitenciaria. Ahora bien, el artículo 25.2 de la CE no sólo ha de ser entendido como consagrador de específicas limitaciones a los derechos fundamentales de los presos, sino también como consagrador de garantías, de lo que pueden extraerse importantísimas consecuencias.

Esta dimensión garantista del artículo 25.2 CE ha sido destacada expresamente por la reciente y, a mi juicio elogiable, STC 58/1998, de 16 de marzo. En ella se enjuiciaba un supuesto de intervención de la correspondencia epistolar entre un interno y su abogado. Pero lo que ahora interesa de ella son las consideraciones generales que acerca del estatuto jurídico de los presos contiene.

La primera idea a destacar es que el artículo 25.2 CE, no sólo debe ser contemplada como fuente de limitación o relativización de los derechos fundamentales de los presos, sino también como consagración de una garantía: la de la reserva de ley, de tal manera que «cuando de la limitación de un derecho fundamental de un preso se trata y dicho derecho no es de los que están limitados expresa o implícitamente en el fallo condenatorio que condujo a la prisión, la primera exigencia constitucional es que tal previsión se haga mediante ley» (8).

De ello habría que extraer que toda limitación de derechos fundamentales consagrada de forma independiente por el RP sería inconstitucional por contraria a la previsión del artículo 25.2 de la CE. Por poner algún ejemplo, desde esta perspectiva cabría plantearse la constitucionalidad de la previsión que introduce, al margen de la Ley, el RP 1996 respecto a la alimentación y tratamiento médico coactivo establecida en el artículo 210 RP. O por ejemplo, también, la constitucionalidad del artículo 47.4 RP que establece que las comunicaciones telefónicas de los presos con el exterior se efectuarán siempre en presencia de funcionario, lo cual parece indicar que dichas comunicaciones estarán siempre intervenidas. Tal previsión reglamentaria resulta contraria al principio de reserva de ley, al operar una intervención restrictiva limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones, contraviniendo, además, el espíritu de la Ley Orgánica, que confiere a la posibilidad de intervenir las comunicaciones un carácter claramente

(8) Esta idea, aunque de forma más escueta y referida expresamente al tema de las comunicaciones del interno con el exterior, también es recogida por la STC 183/1994.

excepcional. Por lo tanto, no cabría otra forma de salvar la constitucionalidad de tal previsión reglamentaria sino entendiendo que la presencia de funcionario no puede extenderse a escuchar lo hablado telefónicamente por el recluso, sino que, como mucho, deberá ser entendida únicamente como control visual.

Otra idea, importantísima, que apunta la STC 58/1998, aunque no la desarrolla, es que no basta que la limitación del derecho fundamental del preso esté prevista en la ley penitenciaria como establece el artículo 25.2, sino que «el propio adjetivo “penitenciaria” de la ley es rico en sugerencias relativas al necesario contenido material de la finalidad de la limitación, que tendrá que estar anudada a las propias de la institución penitenciaria» (FJ 3.º). Es decir, que no cualquier limitación de un derecho fundamental sería constitucional por estar prevista en la LOGP, sino que sería necesario que tal limitación sirva a los específicos fines que tiene encomendados la Administración penitenciaria. Esta puntualización también es susceptible de generar importantes consecuencias. Así, por poner un ejemplo, podríamos citar la STC 183/1994 en la que aparece implícita tal idea, y en la que se analizaba si, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 LOGP, la Administración penitenciaria estaría legitimada para intervenir las comunicaciones entre el preso y su abogado en supuestos de terrorismo. El TC entiende que no, arguyendo, entre otras razones, que la limitación que del derecho de defensa supone este tipo de intervenciones tan sólo podría justificarse «en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración penitenciaria, que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen el ámbito penitenciario» (FJ 5.º).

La remisión del artículo 25.2 CE a la ley penitenciaria no puede entenderse, pues, como un cheque en blanco a favor del legislador, pues ello supondría la posibilidad de reducción a la nada del estatuto jurídico de los presos, además de una contradicción interna en el propio artículo 25.2, que, no ha de olvidarse, también enfatiza que «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo...».

El legislador penitenciario sigue, pues, sometido a límites en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales de los presos. Entre estos límites, a parte del ya apuntado, cabe destacar los que emanan del principio de proporcionalidad, al que me referiré, muy brevemente, en el siguiente epígrafe.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

a) El principio o criterio de la proporcionalidad presupone la existencia de un conflicto entre un derecho fundamental y otro derecho o bien constitucional y sirve para comprobar que tal conflicto se ha solucionado correctamente. Opera, pues, como canon de constitucionalidad no sólo en el momento de aplicación de las normas que posibilitan la restricción de derechos, sino también en el momento de la creación normativa, aunque la aplicación de tal principio para controlar la constitucionalidad de una disposición legal «deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes» (STC 55/1996, FJ 6.º).

Prescindiendo de estas diferencias, la regla de la proporcionalidad se desglosa en tres principios: la idoneidad o adecuación de la limitación o medida restrictiva para la consecución del fin perseguido; la necesidad de la misma, es decir, la inexistencia de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la obtención de la finalidad perseguida; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, que exige que el beneficio obtenido justifique por su valor la concreta restricción del derecho fundamental en cuestión (9).

Evidentemente el principio de proporcionalidad está necesitado de una mayor concreción de su contenido con el fin de excluir el innegable peligro de su instrumentalización para justificar decisiones voluntaristas. También es cierto que las reglas que lo integran quizá encontrarán mejor acomodo bajo otras nomenclaturas o denominaciones. Sin embargo, aun admitiendo dichas carencias, resulta innegable el papel cada día más fuerte que ha adquirido la idea de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional y la capacidad de rendimiento de los principios que lo integran.

b) En materia penitenciaria, el TC aún no ha tenido ocasión de aplicar el criterio de proporcionalidad para enjuiciar la constitucio-

(9) Sobre el principio de proporcionalidad, *vid.* BARNES VAZQUEZ, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 495 y ss., MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 117 y ss. El TC en sentencias del más diverso contenido ha aludido o empleado el criterio de la proporcionalidad como canon de constitucionalidad.

nalidad de una norma. Su capacidad de rendimiento es, sin embargo, elevada. Por poner un ejemplo, creo que la aplicación de dicho criterio podría llevarnos a la conclusión de la inconstitucionalidad del artículo 51.5 LOGP, en cuanto establece que el Director del establecimiento puede suspender o intervenir motivadamente las comunicaciones orales y escritas del preso, debiendo dar cuenta posterior de ello a la autoridad judicial competente. Obsérvese que este precepto está excepcionando la garantía de la resolución judicial previa, requisito consagrado con carácter general en el artículo 18.3 CE que garantiza el secreto de las comunicaciones «salvo resolución judicial». En el enjuiciamiento de esta previsión legal habría que indagar sobre la existencia de razones que justifiquen que en el ámbito penitenciario se prescindiera con carácter general de la resolución judicial previa para el levantamiento del secreto de las comunicaciones. Estas razones no son ni mucho menos obvias. No resulta evidente que la seguridad y buen orden del establecimiento o el interés del tratamiento, que son las razones que *ex* artículo 51 LOGP justificarían la intervención y suspensión de las comunicaciones, puedan verse irreversiblemente lesionados por posponer la apertura de una carta a la resolución del Juez de Vigilancia tampoco se observa dificultad alguna en pedir autorización judicial previa para la denegación o intervención de las comunicaciones que se verifican durante las visitas, pues éstas se celebran en días previamente fijados por el Consejo de Dirección (art. 42.1.ª RP). Difícilmente son imaginables supuestos no amparados en figuras como el estado de necesidad en los que posponer la restricción del derecho a la autorización judicial frustrara los fines de la medida (10). Téngase además en cuenta que el órgano judicial competente para adoptar tal medida sería el Juez de Vigilancia Penitenciaria, figura creada precisamente, y entre otras finalidades, para la salvaguarda de los derechos de los privados de libertad (art. 76.1 LOGP y art. 94.1 LOPJ).

A salvo una más detenida argumentación, en este momento imposible, los razonamientos expuestos permiten dudar que la supresión de la garantía judicial, o lo que es lo mismo, que los preceptos de la legislación penitenciaria que así lo establecen, superen en segundo juicio del baremo de proporcionalidad: el principio de mínima restricción o de necesidad, que no se satisface cuando el fin legítimo perse-

(10) En cualquier caso, para estos supuestos cualificados por la urgencia podía haberse previsto un precepto, de carácter excepcional, similar al art. 579.4 L.E.Crim.

guido igualmente podría alcanzarse con un menor sacrificio del derecho fundamental (11).

c) Pero aun partiendo de la constitucionalidad de la norma que posibilita la limitación de derechos fundamentales en determinadas circunstancias, nada excusa el examinar la constitucionalidad de la aplicación concreta de la norma en cuestión, es decir, si en el supuesto concreto realmente existía la necesidad de adoptar la medida restrictiva del derecho, si el conflicto de intereses que refleja toda norma limitativa de derechos se ha resuelto correctamente. Desde esta perspectiva resulta evidente la importancia de la motivación de la decisión restrictiva del derecho, motivación que «constituye el único medio para constatar que la ya tan drásticamente limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva» (STC 170/1996, FJ 5.º). El Tribunal Constitucional desde su primera jurisprudencia ha hecho hincapié en que «la motivación no es sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos» (STC 26/1981), ineludible cuando de una medida limitativa de derechos fundamentales se trata. La importancia de la motivación deviene, pues, a parte de su carácter instrumental respecto del derecho de defensa, de ser el único medio para comprobar si la limitación del derecho fundamental en cuestión es constitucionalmente correcta, es decir, si responde a la consecución de fines constitucionalmente legítimos, si se han observado los requisitos constitucionales y si la medida puede reputarse idónea, necesaria y proporcionada (STC 200/1997, FJ 2.º), habiéndose equiparado la ausencia o insuficiencia de la motivación a la lesión del derecho fundamental en cuestión.

d) Evidentemente el TC ha tenido múltiples ocasiones de enjuiciar si una concreta medida restrictiva puede considerarse justificada desde la perspectiva del derecho fundamental afectado. Veamos algún ejemplo de cómo aplica las ideas arriba expuestas.

En la Sentencia 57/1994, de 28 de febrero, el TC tuvo que pronunciarse sobre la cuestionada constitucionalidad de la orden de un funcionario consistente en que el preso recurrente debía desnudarse completamente ante aquél y realizar flexiones en el registro a practicar después de una comunicación especial. Alegaba el recurrente que tales órdenes, además de constituir un trato vejatorio, vulneraban su derecho a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 CE.

(11) Sobre el particular, *vid.* más pormenorizadamente MARTINEZ ESCAMILLA, «La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso». Tecnos, Madrid, 2000, pp. 84 y ss.

El TC dicta una sentencia estimatoria sumamente interesante, no ya por la decisión concreta adoptada, sino fundamentalmente por las pautas de enjuiciamiento que sigue. No suscita para el TC ninguna duda el hecho que medidas como la impugnada afectan al derecho a la intimidad invocado. El problema, entonces, residirá en determinar en qué circunstancias o bajo qué condiciones tal derecho fundamental, que no tiene un carácter absoluto, puede verse limitado. En la contestación de este interrogante el TC sienta las siguientes pautas generales:

1. En primer lugar, y esto es sumamente importante, el TC entiende que la apelación a un interés general no puede, sin más, legitimar una medida limitativa de derechos, pues «si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia» (STC 37/1989, FJ 7.º). Es por ello que en el supuesto sometido a su consideración el TC entiende insuficiente para justificar la procedencia de la medida impugnada la alegación del Abogado del Estado, personado en el proceso de amparo, según la cual la intromisión en la intimidad estaría legitimada en la medida que los registros y cacheos en la persona de los internos no son sino medios de la Administración penitenciaria para cumplir la finalidad que la ley le tiene encomendada de velar por el orden y la seguridad del centro.

2. Más allá de ese interés genérico sería preciso la existencia de motivos concretos que justificaran que en el caso concreto el interés general se hallaba en peligro, es decir, que existía un conflicto real de intereses entre el derecho a la intimidad del preso y el orden y la seguridad del centro. Estimó el TC que tal requisito no concurría en el supuesto enjuiciado, pues la Administración penitenciaria en ningún momento alegó ni probó que en el Centro existiera una situación preexistente especialmente conflictiva que hiciera necesaria la adopción indiscriminada de medias como la analizada, ni tampoco se adujo que el comportamiento del interno diera lugar a sospechas fundadas o indicios serios de que el recluso tratase de introducir en el establecimiento penitenciario objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del centro o la integridad física o la salud de los internos.

3. Por último, añade el TC que para comprobar la legitimidad constitucional de la intromisión en la intimidad es absolutamente imprescindible «la fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria y atendidas las circunstancias del caso, el

sacrificio del derecho fundamental» (STC 57/1994, FJ 7.º). En el supuesto enjuiciado la medida impugnada careció de fundamentación, es decir, de la motivación de la medida limitativa del derecho en cuestión, por lo que no puede sino considerarse lesiva del derecho invocado.

e) Motivada por el órgano competente la medida limitativa de derechos, el problema, a veces difícil de resolver, reside en decidir si las razones esgrimidas justifican realmente la restricción del derecho. Para ello resulta de utilidad, aunque en modo alguno una varita mágica, el ya mencionado principio de proporcionalidad, debiéndose tener siempre presentes los fines legítimos de la norma aplicada, así como la naturaleza excepcional de toda medida limitativa de derechos fundamentales. Las resoluciones del TC valorando la suficiencia de las razones esgrimidas para la restricción de derechos son muy numerosas. Baste un ejemplo.

En la STC 170/1996, de 29 de octubre, el TC tuvo que enjuiciar si el Acuerdo impugnado, por el cual la Administración penitenciaria intervenía las comunicaciones orales y escritas del interno recurrente, lesionaba o no el derecho al secreto de las comunicaciones, para lo cual tuvo que decidir si las razones esgrimidas en dicho Acuerdo eran suficientes para justificar la medida. Recordemos que el artículo 51 LOGP permite al Director del Centro intervenir las comunicaciones del interno, por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.

El Acuerdo de intervención ofrecía una motivación bastante más extensa que la que suele acompañar a estos actos administrativos. Se hacía alusión a los antecedentes del interno: cuatro evasiones consumadas, varios intentos de evasión, múltiples sanciones graves, participación en alteraciones del orden, conexiones con grupos conflictivos de internos y su clasificación en el artículo 10 LOGP, «Primera Fase» (12). No obstante, el TC considera insuficiente la motivación ofrecida, pues ninguno de los motivos esgrimidos sería idóneo para justificar la medida. Estima el TC que la intervención de las comunicaciones no puede ser considerada una consecuencia más de la aplicación del artículo 10 LOGP (régimen cerrado) y, respecto al resto de los motivos esgrimidos, no se establece la conexión entre ellos y la adopción del Acuerdo de intervención. «Tan sólo la referencia a los diferentes intentos de evasión que obran en el expediente del interno podrían guardar alguna relación con la intervención de las comunicaciones en el caso hipotético, no esgrimido por el Acuerdo,

(12) Sobre el significado de «Primera Fase», *vid. infra*. nota 18.

de que existieran sospechas de que planeara una nueva evasión y de que con tal fin utilizara sus contactos con el exterior. Pero tal posibilidad no pasa de ser una simple suposición a la que no se alude para nada en el acto administrativo. Es decir, el Acuerdo impugnado no justifica en absoluto la necesidad de tan drástica medida» (FJ 6.º).

Esta Sentencia contó con un voto particular discrepante, según el cual, prescindiendo de la alusión al régimen cerrado, el resto de los datos enumerados: intentos de evasión, sanciones, participación en alteraciones del orden, etc., deberían reputarse suficientes para justificar el Acuerdo, siendo evidente su incidencia en el orden y seguridad del centro.

Como apunta el voto particular la incidencia de las circunstancias apuntadas en el orden regimental y en la seguridad del centro es evidente. Pero lo que en modo alguno el texto del Acuerdo permite afirmar es la existencia de un auténtico conflicto entre el secreto de las comunicaciones y el orden y seguridad del establecimiento, conflicto que, obviamente, es presupuesto para la limitación del derecho fundamental, no bastando que el levantamiento del secreto pueda repercutir en una mayor seguridad y orden, sin que sean las propias comunicaciones y su secreto las que generen un auténtico riesgo para el orden y la seguridad del centro. Es por ello que considero correcta la opinión mayoritaria. Tanto el Acuerdo de intervención como el voto particular que defiende su constitucionalidad, parecen aceptar la idea de la intervención de las comunicaciones como respuesta a la probada peligrosidad del recurrente, como un medio más de control y vigilancia. Evidentemente la intervención generalizada de las comunicaciones de los presos, sobre todo de aquellos más conflictivos, podría, en términos generales, repercutir beneficiosamente en la seguridad y orden del centro. Sin embargo, hacer bastar esa utilidad genérica para justificar tal injerencia supondría prescindir del carácter excepcional que a la posibilidad de intervención y de suspensión de las comunicaciones le ha conferido el legislador penitenciario, tal y como se deduce del tenor del artículo 51 de la ley penitenciaria (13).

V. EL STATUS LIBERTATIS DEL PRESO

Las resoluciones del TC que se acaban de citar, en cuanto acen-túan la estricta necesidad de la limitación del derecho, así como el

(13) Mas detenidamente, *vid.* MARTINEZ ESCAMILLA, «La suspensión e inter-
vención de las comunicaciones del preso», p. 66 y ss.

requisito de su explícita justificación para que tal restricción pueda considerarse legítima y correctamente practicada, merecen sin duda una valoración positiva. Sin embargo hay otros aspectos de la jurisprudencia del TC a mi juicio susceptibles de crítica, no ya solamente por la solución que proponen en el caso concreto, sino porque denotan que quizá el TC no haya reflexionado con el suficiente detenimiento acerca de cuestiones tan importantes como pueden ser, por ejemplo, la naturaleza y límites del estatuto jurídico del que cumple una pena privativa de libertad. Intentaré explicar esta afirmación con un ejemplo: cómo el TC ha abordado y ha solucionado aquellos supuestos en los que el recluso acudía a él invocando el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE).

La primera sentencia que aborda la invocación del derecho a la libertad por un preso fue la STC 2/1987, de 27 de enero, ya comentada por otros motivos. El recurrente se quejaba de que la Administración le había impuesto dos sanciones de aislamiento en celda (doce y siete días). Ello vulneraría el artículo 25.3 CE en cuanto prohíbe a la Administración imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen una privación de libertad. El TC negó tal vulneración, y lo que ahora importa destacar es uno de los argumentos básicos empleados: el preso no puede invocar el derecho fundamental a la libertad pues ha sido privado de éste mediante sentencia firme. Al estar privado ya de su libertad en la prisión, la sanción de aislamiento no puede ser considerada como una privación de libertad, «sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión, como ha dicho nuestra doctrina, ello «no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por sentencia judicial» (FJ 3.º).

Más recientemente el TC ha incidido en esta idea. En las Sentencias 2/1997, de 13 de enero; 81/1997, de 22 de abril; 75/1998, de 31 de marzo y 88/1998, de 21 de abril, contradiciendo una anterior, la STC 112/1996, de 24 de junio, el TC niega que la denegación de permiso de salida pueda afectar al derecho a la libertad consagrado en el artículo 17.1 CE. Aparte de barajar argumentos referidos en la institución de los permisos de salida, en las citadas resoluciones se retoma la idea de que «la previa imposición de una pena de prisión conlleva la imposibilidad de fundar una pretensión de amparo frente a la denegación de un permiso de salida invocando el derecho fundamental a la libertad, pues es la Sentencia firme condenatoria –adoptada tras un proceso judicial debido– la que constituye título legítimo de privación de ese derecho fundamental» (STC 2/1997, FJ 3.º, por todas), por lo que «las cuestiones relacionadas con la concesión o denegación de

permisos de salida se sitúan esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria» (STC 75/1998, FJ 3.º). Estas Sentencias merecerían un comentario pormenorizado por el interés del problema de fondo que abordan –los permisos de salida– así como por el peculiar método de resolución propuesto (14). Pero ahora interesa fundamentalmente destacar un par de ideas generales.

Las resoluciones citadas son a mi juicio criticables. En primer lugar porque utilizan un concepto de libertad carente de matices y graduaciones, graduaciones cuya existencia es innegable incluso dentro del concepto restrictivo de «libertad física» o «ambulatoria» del artículo 17.1 CE. Como ha señalado nuestra doctrina, «hoy el modelo ordinario de ejecución permite una amplia posibilidad de movimientos dentro y fuera de la prisión. Esto es posible entre otras cosas porque la libertad ambulatoria se puede dosificar y graduar y la pena privativa de libertad sólo puede restringir esta proporcionalmente preservando en todo caso la dignidad humana que requiere respetar en esencia el derecho fundamental» (15).

(14) Lo que a mi juicio resulta más incomprensible de las Sentencias citadas es el innegable interés que reflejan en dejar claro que el preso no puede invocar su derecho a la libertad frente a una modificación legal, por importante que sea, de las condiciones de cumplimiento de la pena. No causa sino sorpresa que el TC, tras negar tajantemente tal extremo, afirme que a lo que sí afecta la aplicación de los permisos de salida es a algo tan falto de contornos definidos como «el valor superior de la libertad» al que alude el artículo primero de la Constitución. Igualmente sorprendente es la consecuencia que de tal afirmación se deriva: «en la medida que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior» (STC 2/1997, FJ 3.º). Ello, aplicado a los permisos de salida quiere decir que el TC, a la hora de valorar la suficiencia de su motivación, no sólo va a limitarse a comprobar si tal motivación incurre en insuficiencia, manifiesta irrazonabilidad o error patente, sino que este estándar de control se vuelve más rígido, de tal manera que para considerar satisfecho el derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que la denegación del permiso se funde en criterios conformes con los principios constitucionales y legales que inspiran tal institución. (SSTC 2/1997 FJ 4.º, 81/1997 FJ 7.º, 78/1998 FJ 3.º, 88/1998 FJ 6.º). Es decir, por el tortuoso camino diseñado, el TC llega a la conclusión que el estándar de revisión de las resoluciones judiciales que deniegan un permiso de salida es el mismo que el que se aplica a las resoluciones que afectan a un derecho fundamental sustantivo. Con tan tortuoso camino lo único que logra el TC es salvar a toda costa una afirmación que no me parece ni mucho menos evidente: que instituciones como los permisos de salida en modo alguno afectan al derecho fundamental a la libertad.

(15) MAPELLI CAFARENA, «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario». En: *Estudios Penales y Criminológicos XVI*, p. 313.

Así, según la idea criticada, un preso no podría invocar el artículo 17.1 CE aunque se le mantuviera atado durante una semana a los pies de su cama, imposibilitando cualquier tipo de movimientos dentro del centro penitenciario –a salvo, claro está, la invocación del artículo 15 CE, en cuanto proscribía las penas o tratos inhumanos y degradantes–; o se le mantuviera arbitrariamente aislado en una celda. O, por ejemplo, siguiendo la línea apuntada, podría afirmarse que la denegación arbitraria del régimen abierto o incluso de la libertad condicional no afectan al artículo 17.1 CE, puesto que éstas no son sino formas de cumplimiento de una pena privativa de libertad. Efectivamente, la reciente Sentencia 79/1998, de 1 de abril, niega con toda claridad que la denegación de la libertad condicional pueda suponer una lesión del derecho fundamental a la libertad (16).

En segundo lugar, quisiera brevemente apuntar una perspectiva que permanece oculta en las sentencias comentadas. En estas se dice que el preso no puede invocar la libertad porque ha sido privado de ella por sentencia. Efectivamente la forma más típica de privación de libertad en un Estado de Derecho es la que tiene lugar como consecuencia de una condena penal. Sin embargo, no es en la propia Sentencia condenatoria donde se define el contenido de esa privación de

(16) El recurrente se quejaba de la denegación, tanto por el Juzgado de Vigilancia como por la Audiencia Provincial, de la anticipación de la libertad condicional con base en el art. 60 del Reglamento Penitenciario, entonces vigente, por tener el interno cumplida la edad de setenta años, pese a la propuesta favorable a su concesión de la Junta de Régimen y Administración del centro. Según el TC en modo alguno puede entenderse como arbitraria o infundada la decisión de los órganos judiciales de denegar la concesión de la libertad condicional en el caso enjuiciado, por estimar que la Administración penitenciaria no había ofrecido datos suficientes en su propuesta, en orden a acreditar debidamente la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos para la concesión del beneficio de la libertad condicional... (FJ 4.º). En concreto, la Audiencia Provincial argumentaba que «si bien es cierto que, desde un plano objetivo, hay elementos (la edad del interno, el apoyo familiar y sus recursos económicos) que abonaría una posible vida honrada en libertad, no es menos que, desde un plano subjetivo, ninguna motivación al cambio conductual, a la vida adaptada a la normativa, se percibe en el interno (nada dice el informe del centro acerca de ello).» (Auto de 24 de abril de 1996). Además de la negación de la afectación del art. 17.1 CE, considero criticable de la Sentencia comentada el que el TC considere constitucionalmente correcta una resolución que, como la recurrida de la Audiencia, convierte el silencio de la Administración acerca de la motivación del interno de no volver a delinquir, en la negación del requisito de ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad. Si el órgano judicial consideraba necesario conocer ese aspecto motivacional, lo lógico hubiera sido recabar informes al respecto y no repercutir negativamente en el interno una omisión de la Administración. En este sentido, SEBASTIAN CHENA, en: *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, núm. 3. Suplemento correspondiente a *OTROSÍ*, mayo 1988. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid., p. 24.

libertad. Donde se decide en qué consiste dicha privación de libertad es en las fuentes del Derecho penitenciario, básicamente en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en su Reglamento. Es la legislación penitenciaria la que configura no sólo el *status* jurídico del preso, los derechos y deberes que lo integran, sino también su *status libertatis*. Así establece que el fallo condenatorio puede ejecutarse de diferentes maneras: en régimen cerrado, en régimen ordinario, o incluso en régimen abierto, pudiendo cumplirse también el último periodo de la condena en libertad condicional, e incluso en casos excepcionales adelantarse la concesión de ésta (17). Es decir, sería la legislación penitenciaria, al regular cómo se ejecuta la pena privativa de libertad, la que configura ésta de una forma más restrictiva o más flexible, estableciendo graduaciones, etc., por lo que cualquier restricción sustancial del *status libertatis* que la legislación asigna al preso podría considerarse que afecta a su derecho a la libertad (18).

(17) Cuestiones estas últimas reguladas en el Código Penal (arts. 90 y ss.)

(18) Esta idea es totalmente minoritaria en la jurisprudencia del TC y tan sólo se ve plasmada en cierta medida en un voto particular del Magistrado Carles Viver a la STC 119/1996, según el cual con la imposición de una pena privativa de libertad se modifica sustancialmente, pero no se suprime, el *status libertatis* de la persona. Ese *status libertatis* modificado integraría el ámbito del art. 17.1 CE, de lo cual se extraería, a parte de las ideas ya apuntadas, otra importante consecuencia: que las restricciones relevantes de dicho *status* requerirían la adecuada cobertura legal que exige el art. 25.2 CE para poder limitar los derechos fundamentales.

Baste como ejemplo el problema básico de fondo que planteaba el recurso de amparo que dio lugar a la STC 119/1996 y en el que dicha Sentencia no llegó a entrar. Se trataba de la realidad penitenciaria según la cual el régimen de vida de los centros de régimen cerrado, ante la falta de concreción del art. 10 LOGP y del art. 46 del antiguo Reglamento, se regía por lo establecido en Circulares emanadas de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que reciben la denominación de «Normas Comunes Tipo». El problema reside en que el contenido de dichas Circulares en muchos casos no se limitaba a la organización de un servicio, sino que llegaba a restringir o suprimir derechos de los internos, realidad ésta criticada con especial énfasis en la VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Así, mediante dichas Circulares, el régimen cerrado se subdividía en tres fases, siendo la Primera Fase la de mayor rigor disciplinario y la aplicada al demandante de amparo. El contenido de dicho régimen de vida, al tiempo de los hechos que dieron lugar al recurso, venía definido en las Normas Comunes Tipo que entraron en vigor el 31 de agosto de 1991 y mediante las cuales para los internos clasificados en Primera Fase, por ejemplo, se limitaba el tiempo de patio a dos horas diarias, no pudiendo permanecer, en ningún caso, más de dos reclusos juntos. Es decir, mediante esta normativa de orden interno, al margen totalmente de la Ley Orgánica y su Reglamento, se posibilitaba que el penado y también el preventivo clasificado en primer grado primera fase pudiera pasar en su celda en solitario hasta veintidós horas diarias, lo cual se acercaba bastante al contenido de una sanción de aislamiento en celda. Desde la perspectiva que se mantiene tanto en el voto particular como en este trabajo, tales Circulares serían inconstitucionales en cuanto, al margen del principio de reserva de ley, estarían recortando de forma relevante el *status libertatis* del recluso.

Con los pronunciamientos criticados el TC, implícitamente, parece estar adoptando una concepción según la cual las instituciones o figuras que recoge la legislación penitenciaria y que suponen una flexibilización de la forma de ejecución por conllevar unos más amplios márgenes de libertad (como por ejemplo los permisos de salida, régimen abierto, libertad condicional, etc.) son concesiones graciosas del legislador y por lo tanto no pueden generar derechos subjetivos y menos derechos fundamentales, ni su negación arbitraria la lesión de tales derechos. Pero esta trascendente conclusión a mi juicio no es tan obvia y hubiera requerido una justificación expresa por parte del TC. Éste no explica ni justifica por qué tales instituciones no pueden formar parte del *status libertatis* del preso, más o menos limitado según el modo de ejecución aplicable y, por lo tanto, constitutivo de un reducto de libertad susceptible de protección.

VI. LA POSIBLE MODULACIÓN DEL CONTENIDO DE ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ATENCIÓN A LAS PECULIARIDADES DE LA RELACIÓN PENITENCIARIA: EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

Otra cuestión que podría suscitar interesantes reflexiones y que sugiere el estudio de la jurisprudencia constitucional en materia penitenciaria es la posible necesidad de modular el contenido tradicionalmente atribuido a algunos derechos fundamentales en atención a las peculiaridades de la relación penitenciaria. Intentaré explicar esta idea con el ejemplo de las visitas íntimas de los presos, tema tratado por la STC 89/1987, de 3 de junio, desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal y familiar consagrada en el artículo 18.1 CE, y con el ejemplo del derecho a recibir visitas de familiares y amigos.

No cabe ninguna duda de que el preso es titular del derecho a la intimidad, si bien la pena privativa de libertad, en cuanto supone un estrecho sometimiento a un poder público y por las condiciones en que se ejecuta (compartimento de celdas, sometimiento a registros, cacheos, etc.), lógicamente conlleva una importante restricción del ámbito de la intimidad.

La STC 89/1987 enjuiciaba si la denegación de visitas íntimas afectaba al derecho a la intimidad. El TC desestimó el amparo al entender que las relaciones sexuales no entran en el ámbito de protección del derecho invocado, puesto que, si bien no cabe duda «que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de

los reductos más sagrados, lo que el Derecho puede proteger, y el nuestro protege, es la intimidad misma, no las relaciones privadas e íntimas de los hombres». Es decir, el TC entiende que la denegación de una visita íntima, con independencia de su arbitrariedad o justificación, no afecta al derecho a la intimidad, por ser tales relaciones una manifestación más de la libertad a secas. Se sigue de ello que quienes están privados de libertad se ven impedidos de su práctica sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno. Esta decisión requiere algunos comentarios.

En primer lugar, nótese que la decisión y argumentación transcrita no sólo sería aplicable a la denegación de visita íntima, sino también a la denegación de cualquier comunicación con familiares o amigos (19), pues tales comunicaciones tampoco serían, utilizando las expresiones del TC, un derecho en sí mismo considerado, sino una manifestación más de la libertad, de la que el preso ha sido privado. Es decir, que, previsiblemente, según el TC la negación administrativa arbitraria de la comunicación con un amigo o familiar no lesionaría derecho fundamental alguno.

Esta conclusión puede resultar paradójica. En los casos de intervención arbitraria o inmotivada de las comunicaciones resulta evidente, y así lo ha declarado el TC (SSTC 127/1996, 170/1996, 175/1997, 200/1997, entre otras), que se lesionaría el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), por lo que la decisión de intervención podría ser impugnada en amparo. Imaginemos que al interno se le concede una comunicación oral o un vis a vis, pero condicionada a alguna medida que atente contra la intimidad (por ej. la comunicación interna es grabada en cámara de vídeo). En este caso el interno podría acudir ante el TC invocando su derecho fundamental a la intimidad familiar y personal (art. 18.1 CE). Es por ello que resulta a primera vista como mínimo «chocante» que si el Director del centro adopta una decisión aparentemente mucho más drástica que las anteriores, como pudiera ser la de suspender radicalmente las comunicaciones, el interno no pueda recurrir en amparo por el simple hecho de que no existe un derecho fundamental afectado, salvo que tal medida se considerara un trato inhumano o degradante, vulnerador del artículo 15 CE (20).

(19) El art. 51.1 LOGP contempla la posibilidad no sólo de que el Director del centro penitenciario intervenga las comunicaciones del interno, sino también de que las suspenda o restrinja respecto a determinadas personas, siempre por razones de seguridad, de interés del tratamiento y de buen orden del establecimiento.

(20) Se ha apuntado la posibilidad de localizar el «derecho a comunicar» dentro del ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

Afirmar que la denegación de las comunicaciones en general o con determinadas personas afecta al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) chocaría con el obstáculo del contenido restrictivo que el TC ha venido atribuyendo a dicho derecho, configurando la intimidad como «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 73/1982, 231/1988, 197/1991, 57/1994, 143/1994, etc.). Se configura, pues, como una especie de «derecho de resistencia», pero no como un «derecho expansivo» que incluya el derecho del sujeto a iniciar y mantener relaciones con otras personas (21).

Según la definición transcrita, el derecho a la intimidad parece configurado pensando en el supuesto normal, es decir, el de los ciudadanos no privados de libertad. Sería muy extraño, aunque posible, el caso de un ciudadano libre que acude ante el TC pidiendo su amparo porque algún poder público le ha obstaculizado el ejercicio de sus relaciones interpersonales, sexuales, amistosas o familiares, por lo que el TC no ha tenido ocasión de plantearse si un aspecto tan importante del ser humano como es su aspecto social o interpersonal no está protegido por ningún derecho fundamental. Sí ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en el caso de recurrentes presos

En este sentido JIMÉNEZ CAMPO escribe: «de modo especial es esto predicable de la situación del detenido o preso, para quien –falta de aquella libertad que es presupuesto para el ejercicio de éste– el «derecho a comunicarse» dentro de las condiciones a las que se refiere el art. 25.2 de la Constitución, sí adquiere relevancia, de tal manera que los actos de la Administración penitenciaria que apliquen arbitrariamente las normas reguladoras del régimen de comunicaciones en este extremo podrán considerarse lesivos del derecho reconocido en el artículo 18.3 y residenciables, por tanto, agotada la vía jurisdiccional ordinaria, ante el Tribunal Constitucional mediante el oportuno recurso de amparo» («La garantía constitucional del secreto a las comunicaciones». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 5. Núm. 20. Mayo-Agosto 1987, pp. 35 y ss.)

(21) Por disonante con este contexto, llama la atención la STC 201/1995, de 25 de noviembre, que declara lesionado el derecho a la intimidad familiar de un preso al que la Administración penitenciaria impidió comunicar telefónicamente con su familia en euskera. Argumenta el TC que la Administración no justificó la concurrencia de las razones que según la Ley penitenciaria permiten la intervención de las comunicaciones, que, como regla, han de celebrarse de manera que se respete al máximo la intimidad. Sin embargo, hubiera sido deseable a mi juicio una mayor aclaración del punto de partida, creo que correcto, de la Sentencia: que la prohibición de hablar en euskera con la familia afecta al derecho a la intimidad familiar. En cualquier caso, esta resolución avalaría en planteamiento que en el texto se propone: si condicionar la comunicación telefónica del preso a la utilización del castellano puede vulnerar el derecho a la intimidad, con más razón éste resultará afectado por la denegación incondicionada a comunicar.

(STC 89/1987) y probablemente dicha ocasión vuelva a repetirse. Para entonces creo que no deberían olvidarse las peculiaridades de la relación penitenciaria, en cuyo ámbito las relaciones interpersonales están mediatizadas por un poder público, siendo necesario para su mantenimiento el visto bueno de la Administración. Y en atención a dichas peculiaridades modular el contenido tradicionalmente atribuido al derecho a la libertad personal y familiar.

Si algún día se decidiera extender el ámbito de protección del artículo 18.1 CE a las relaciones interpersonales y familiares, la vía para tal ampliación parece evidente: la prevista en el artículo 10.2 CE en cuanto establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». El TC español ha afirmado en alguna ocasión que el acudir a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos es una «vía interpretativa impuesta» por el artículo 10.2 para la interpretación de los derechos fundamentales (SSTC 114/1984, FJ 3.º; 176/1988, FJ 2.º; 139/1989, FJ 5.º, entre otras). Pues bien, el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar», habiendo considerado el TEDH que incluye el derecho del individuo a iniciar y desarrollar relaciones con otras personas (22). Y en lo que aquí interesa, ha de destacarse que el TEDH viene localizando dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 el régimen de visitas de los privados de libertad con sus familiares y amigos, así como los permisos de salida (Sentencia de 27 de abril de 1988 –caso Boyle y Rice–) (23).

(22) Ampliamente al respecto, LEZERTUA: «El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En: *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar. Cuadernos de Derecho Judicial* 1996, XXII, Madrid, 1997, pp. 49 y ss. RUIZ MIGEL, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Civitas, Madrid, 1994.

(23) En esta resolución el TEDH analiza las quejas de los demandantes (padres del preso) relativas a la limitación del número de visitas (una visita de una hora al mes), denegación de un permiso de salida y, sobre todo y en general, acerca del trato más desfavorable que recibía el preso en sus relaciones con el exterior en la prisión a la que había sido trasladado en comparación con otros establecimientos penitenciarios. Entiende el TEDH que la limitación del número de visitas que puede recibir el

Lo expuesto no pretende ser sino un ejemplo de cómo podría moldearse el contenido que tradicionalmente se le viene atribuyendo a algunos derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, en atención a las peculiaridades de la relación penitenciaria (24).

VII. LA REINSERCIÓN SOCIAL: UNA ASIGNATURA TODAVÍA PENDIENTE

Para concluir, una muy breve referencia a la (re)inserción social como fin de la pena privativa de libertad.

El artículo 25.2 de la CE proclama que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. La ciencia penal española hace mucho tiempo que se muestra abiertamente escéptica acerca del fin resocializador de la pena de prisión y la aceptación como un hecho de que la cárcel no reinserta ha derivado en un abandono del debate al respecto. Las dificultades para hacer del cumplimiento de la pena de prisión un instrumento de reinserción son evidentes. Al mismo tiempo la aparición de nuevas formas de delincuencia, cuyos protagonistas están perfectamente instalados en el orden socioeconómico, incide en la insuficiencia de la reinserción para definir el sentido de la prisión, además de evidenciar los resultados a veces incomprensibles de la aplicación de una legislación penitenciaria articulada en torno a la idea de resocialización. Sin embargo, no es menos cierto que la mayoría de la población penitenciaria sigue caracterizándose por su marginación. Frente a esta mayoría no puede olvidarse que la reinserción social sigue siendo un mandato constitucional necesitado de desarro-

interno en el centro penitenciario no vulnera el art. 8.1 del Convenio, en atención a las razonables exigencias de la reclusión y a la facultad discrecional que se debe conceder a las autoridades nacionales para regular las relaciones del preso con su familia, abogando por aplicar a los reclusos un régimen uniforme, evitando cualquier apariencia de arbitrariedad. No obstante, como ya se ha indicado, el punto de partida es que tales cuestiones entran dentro del ámbito del art. 8.1 del Convenio.

(24) En el mismo sentido DUQUE VILLANUEVA, «El derecho a la intimidad personal y familiar». En: *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, XXII; Madrid, 1997, pp. 99 y ss. Por supuesto, la vía propuesta también sería aplicable fuera del ámbito penitenciario para abordar problemas que pueden plantearse en el ámbito familiar, como la separación entre miembros de la familia. Sobre este particular, ampliamente, GILLO SÁNCHEZ-GALIANO: «Intimidad y familia». En: *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, XXII; Madrid, 1997, pp. 217 y ss.

llo y de aplicación. A pesar de que el artículo 25.2 de la Constitución está incluido dentro del capítulo que regula los derechos fundamentales y las libertades públicas, el TC, desde sus primeras sentencias afirmó que tal declaración constitucional no es fuente de derechos subjetivos a favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos todavía de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, si bien constituye un mandato al legislador para orientar la política legal y penitenciaria en ese preciso sentido (entre otras, SSTC 2/1987, 19/1988, 28/1988, 150/1991, 209/1993, 72/1994, 2/1992, 81/1997, 75/1998, 88/1998). Con ello el TC vació en gran parte de contenido tal declaración, pues si bien admite que la función de reinserción de la pena constituya un parámetro desde el que valorar la constitucionalidad de las leyes, niega que tal función pueda sustentar una pretensión individual frente a decisiones administrativas o judiciales. Creo que esta doctrina también debería ser sometida a revisión.

