

# I

## **Las sentencias del Tribunal Constitucional en el ámbito del Derecho penitenciario (Segundo semestre de 1997)**

Valentín-Javier Sebastián Chena.  
Abogado.

En el primer número de los Cuadernos de Derecho Penitenciario se recopilaban las sentencias que había dictado el Tribunal Constitucional en materia penitenciaria desde su entrada en funcionamiento hasta julio de 1997. La última sentencia que se recogía era la número 128/97, de 14 de julio.

Desde la citada sentencia hasta el momento presente (26 de enero de 1998) se han publicado en el Boletín Oficial del Estado seis nuevas sentencias, las números: 143/97, de 15 de septiembre; 175/97, de 27 de octubre; 193/97, de 11 de noviembre; 200/97, de 24 de noviembre; 201/97, de 25 de noviembre y 237/97, de 22 de diciembre.

Es nuestra intención ofrecer, periódicamente, las sentencias que se vayan dictando en aquella materia. Unas veces, si no aportan nueva doctrina, nos limitaremos a una simple cita; en otros casos, recogeremos los párrafos más sugerentes; en otras ocasiones, haremos un comentario en profundidad de las mismas.

***1. Sentencia 143/97, de 15 de septiembre.***

***(Clasificación: mantenimiento en régimen cerrado, artículo 10 L.O.G.P.)***

Sobre esta sentencia ha preparado un trabajo, que se publica en este mismo número de los Cuadernos de Derecho Penitenciario, nuestro compañero del Servicio de Orientación Jurídica Penitenciaria Joaquín Maldonado Canito, que fue el Letrado que formalizó el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En dicho trabajo se transcriben los fundamentos de mayor interés, por lo que los omitiremos en el presente.

Es conveniente adelantar aquí que en el recurso de amparo se alegó, entre otras cuestiones, la vulneración del artículo 25 de la Constitución por la aplicación de circulares y comunicaciones internas de la Administración Penitenciaria, denominadas "Normas Comunes Tipo", por las que se concretaba el régimen de vida penitenciario establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, por entender que establecía unas clasificaciones que la ley no prevé y restringía los derechos fundamentales de los internos más allá de lo que la regulación permitía.

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

Sí se estimó por el Tribunal Constitucional el motivo en el que se alegaba la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por insuficiencia de motivación; insuficiencia que se había producido en el propio acto originario de la Administración penitenciaria que mantenía el régimen penitenciario excepcional previsto en el artículo 10 de la L.O.G.P. y, posteriormente, de manera autónoma, en las resoluciones judiciales que lo confirmaron.

Con base en tales argumentos el Tribunal concede el amparo y anula tanto los autos judiciales como la resolución de la Junta de Régimen y Administración del Centro penitenciario Madrid II, reponiendo las actuaciones al momento de dictarse la resolución administrativa "para que pueda acordarse otra mejor fundada".

## ***2. Sentencia 175/97, de 27 de octubre.***

***(Comunicaciones: intervención de la correspondencia).***

El derecho a las comunicaciones es el tema más tratado en la jurisprudencia constitucional del periodo que analizamos, tres de las seis sentencias se refieren a quejas por vulneración del citado derecho.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 175/97, de 27 de octubre, analiza con profundidad, por un lado, del marco normativo y la finalidad de las comunicaciones, por otro, la intervención de las mismas: presupuestos y requisitos, su carácter individual y excepcional y la imposibilidad de subsanación de determinadas irregularidades como la falta de comunicación inmediata.

Esta sentencia es, entre las que han tocado este tema, la que aborda de una manera más completa el alcance del derecho a las comunicaciones de los presos. Por ello, considero interesante recoger algunos de sus fundamentos.

*\* Marco normativo constitucional.*

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

*\* Finalidad.*

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

*\* Presupuestos y requisitos de la intervención.*

“Las resoluciones administrativas de intervención de las comunicaciones no sólo han de cumplir los preceptos legales citados, y por tanto el de la motivación prevista en el artículo 51.5 L.O.G.P., sino, en cuanto medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental, los presupuestos y requisitos

exigibles según nuestra reiterada doctrina y que hemos sistematizado de forma genérica en la sentencia 207/96 y, con relación al tema que nos ocupa, recientemente en la sentencia 128/97. Resumidamente, tales presupuestos son la persecución de un fin constitucionalmente legítimo y que este previsto por la Ley; que la medida sea adoptada mediante resolución de la Dirección del Centro especialmente motivada, y notificada al interesado, y que sea comunicada al Juez para que éste pueda ejercer el control sobre la misma. Asimismo, la intervención ha de ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido.”

“Por lo que respecta a la finalidad perseguida por la intervención de las comunicaciones, hay que partir de que el derecho al secreto de éstas no está configurado constitucionalmente con un carácter absoluto, ni en el artículo 18.3 (STC 37/1989) ni -en lo que afecta a los internos en un establecimiento penitenciario- en el artículo 25.2 CE, pues ambos lo garantizan en la forma y con el alcance ya indicados. La legalidad de la medida está prevista en el artículo 51.1 L.O.G.P. que permite la intervención de las comunicaciones y la justifica en razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. Todas ellas se configuran como causas legítimas para ordenar una intervención sobre la correspondencia de un recluso. La exigencia de que la medida esté contemplada en una ley se deriva no sólo de los artículos 25.2 y 53.1 CE sino, además, del artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que requiere que cualquier injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la correspondencia esté prevista por la ley.”

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

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

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

(Todos estos párrafos están recogidos del fundamento jurídico cuarto).

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

“De estos datos se deriva que la primera resolución de 21 de diciembre de 1993 -de la administración penitenciaria- vulneraba el derecho al secreto de las comunicaciones, pues carecía de motivación al no poder reputarse tal la escueta referencia a unos genéricos “motivos de seguridad” que no se concretaban en relación con las circunstancias particulares del recluso y del centro; no aportaba los elementos para hacer posible el juicio de proporcionalidad; no determinaba el alcance temporal de la medida; tampoco se dio cumplimiento a la exigencia de comunicación inmediata al Juzgado, puesto que no consta en éste que se hubiera recibido el Acuerdo.”

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

*\* Carácter individualizado y excepcional de la intervención.*

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

### ***3. Sentencia 193/97, de 11 de noviembre. (Permisos ordinarios: denegación).***

En la sentencia 193/97, de 11 de noviembre, el Tribunal Constitucional reitera su doctrina sobre la finalidad de los permisos e insiste en que la concesión de los permisos no es automática, una vez constatada la concurrencia de los requisitos objetivos previstos en la ley sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación, a la vista de la perturbación que pueden ocasionar con los fines de reeducación y reinserción. Nos remitimos, por tanto, a lo ya recogido en los párrafos 31 a 36 del número 1 de los Cuadernos de Derecho Penitenciario.

En similar sentido, el auto de 29 de septiembre de 1977, de la sección tercera de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, dictado en el recurso de amparo número 3050/1996 (Auto 311/1997 del Repertorio Aranzadi), señala, en su fundamento jurídico único, “*que tales permisos no constituyen un verdadero derecho subjetivo, aunque sí un interés legítimo derivado de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico*”.

#### **4. Sentencia 200/97, de 24 de noviembre.**

**(Comunicaciones: intervención de las orales y las escritas a miembro de organización terrorista)**

Esta sentencia reitera la doctrina de la 175/97, de 27 de octubre, en cuanto al marco normativo constitucional y la finalidad de las comunicaciones, así como en lo que se refiere a presupuestos y requisitos para su intervención, pero recoge ciertas matizaciones que es conveniente analizar.

*\* Los matices sobre la limitación temporal y la individualización de la medida de intervención de las comunicaciones.*

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

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

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

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

Lo cierto es que, desde un punto de vista técnico, con todo el respeto que nos merece cualquier resolución del Tribunal Constitucional y con una manifiesta repulsa a la actividad que desarrolla la organización a la que pertenece el recurrente en amparo, la postura del Ministerio Fiscal parece más ajustada a la doctrina general del Tribunal que la contenida en esta sentencia. La desestimación del amparo supone que se acepta la limitación de las comunicaciones bien por la existencia actual del grupo terrorista ETA, cuestión que no depende por completo del penado, bien por la falta de constancia de la ruptura del preso con dicha organización, lo que obliga al interno a manifestarse expresamente contra sus propias ideas, aunque estas puedan ser calificadas como delictivas, para poder ejercer un derecho.

\* )Es constitucional el artículo 51.5 de la L.O.G.P.?

Hay un último aspecto de esta sentencia que deseo comentar. El Ministerio Fiscal, entre sus alegaciones, se refirió al origen no judicial de la medida restrictiva de las comunicaciones, que convertiría en lesivo del derecho el acto administrativo por su propia condición de tal y que comportaría un cuestionamiento constitucional del artículo 51.5 de la L.O.G.P. El Tribunal Constitucional no entra a resolver esta interesante cuestión por entender que el planteamiento de la misma estuvo ausente en el recurso de reforma formulado contra la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria y únicamente se hizo una vaga referencia en la apelación, por lo que carece de la perseverancia necesaria durante todo el camino procesal.

A falta de una resolución sobre esta cuestión que nos sirva de guía, me permitiré recoger una opinión personal, aunque sólo sea para fomentar el debate, que siempre ayuda a buscar nuevas perspectivas, opinión que quedó reflejada en un dictamen que se me solicitó sobre una situación sustancialmente idéntica a la que es objeto del recurso de amparo que resuelve la sentencia objeto de análisis. Si bien en esta ocasión se trata de un penado y en la que fue objeto de estudio de un preso preventivo, las consideraciones se extienden también a la situación de los penados.

Recojo literalmente algunos de los fundamentos jurídicos de dicho dictamen, emitido el 3 de marzo de 1996:

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

*El apartado 5 del artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria prevé que las comunicaciones orales y escritas previstas en dicho artículo puedan ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente. Tal norma no es aplicable a las comunicaciones del apartado 2, de conformidad con la citada sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, de 20 de junio.*

*Esta excepción a la necesidad, constitucionalmente exigida, de resolución judicial para la intervención de las comunicaciones se ha intentado salvar en ocasiones con otra previsión constitucional: la referencia al artículo 25.2 de la Constitución, que señala, entre otros derechos, que "El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria". En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de marzo de 1995 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1808/95).*

*Ahora bien, sin entrar de momento a analizar la validez de dicha remisión, a la que nos referiremos más adelante, no parece posible hacer uso de la misma cuando no nos encontramos ante una persona condenada sino de una persona privada preventivamente de libertad, respecto a la que la propia legislación penitenciaria - artículo 5 de la Ley Orgánica- concibe un régimen cuyo objeto es retener al interno a*



*disposición de la autoridad judicial, debiendo presidir en dicho régimen el principio de presunción de inocencia.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*Y si analizamos el contenido de otras normas en que se prevé la injerencia en la libertad y secreto de las comunicaciones, por ejemplo, en el artículo 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fue modificado por Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, establecido para casos "de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas", comprobaremos que si bien la intervención de la correspondencia puede ordenarla el Ministerio del Interior o el Director de la Seguridad del Estado -autoridades del máximo nivel-, es precisa para su validez la confirmación judicial.*

*Como regla general se exige siempre la autorización o la confirmación por la autorización judicial de la intervención, por lo que carece de lógica, que en casos menos urgentes, se autorice, con carácter general y sin ninguna limitación, la intervención por una autoridad administrativa, que únicamente deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, puesta en conocimiento que no parece constituirse en un requisito de la legalidad de la decisión." (Nota actualizadora.- En la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional -por ejemplo, entre otras, la*

sentencia 175/97- si se concluye que la comunicación inmediata al Juez de Vigilancia Penitenciaria es un requisito de la legalidad de la decisión).

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

*Duda que no queda resuelta, contrariamente a lo que entiende la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, por la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de julio de 1983, respecto a la que el propio Tribunal, en su sentencia 183/1994, de 20 de junio, señala que su interpretación es una declaración accidental o de obiter dictum, que no se aviene con el sentido más estricto o garantista que merece atribuirse al artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.*

*Duda que, además, en ocasiones, parece compartirse por los legisladores, pues por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, se presentó una Proposición de Ley de modificación del régimen de comunicaciones y visitas de los internos (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, número 119-1, de 10 de abril de 1995), en la que se proponía la modificación del apartado 5 del artículo 51 de la repetida Ley penitenciaria, para que pasara a tener el siguiente contenido: "La suspensión o intervención de las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo sólo podrán serlo mediante previa y motivada autorización judicial".*

*“V. Hasta ahora, descendiendo de lo general a lo más particular, ha quedado de manifiesto la dudosa constitucionalidad del contenido del apartado 5 del artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, por posible vulneración del artículo 18.3 de la Constitución, y, en cualquier caso, aunque el mismo artículo 51.5 no se considerara inconstitucional, si puede fundamentarse jurídicamente que su aplicación a presos preventivos, sin autorización judicial, vulnera los derechos a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Y, descendiendo un grado más, aunque se estimara que su aplicación a los presos preventivos es ajustado a la Constitución, si deberá entenderse que, en el caso objeto de estudio, la decisión de la Administración Penitenciaria, que intervenía todas las comunicaciones orales y escritas, sin mayor fundamentación que la reproducción literal del genérico texto legal, sin ninguna delimitación personal o temporal, sin especificar el interés que precisaba sacrificar*

*un derecho fundamental del recurrente, y que no consta fuera notificado, como exige la Ley, a la autoridad judicial, vulneró el derecho constitucional del señor M. G. a la libertad y secreto de las comunicaciones.”*

**5. Sentencia 201/97, de 25 de noviembre.**

***(Comunicaciones: prohibición del uso del euskera en las comunicaciones telefónicas con familiares, vulnera el derecho a la intimidad familiar)***

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, estima vulnerado el derecho a la intimidad familiar por una decisión del centro penitenciario que prohibió al recurrente el uso del euskera en la comunicación telefónica semanal con sus familiares, que había sido autorizada para potenciar la vinculación del interno con sus allegados.

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

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

**6. Sentencia 237/97, de 22 de diciembre.**

***(Tutela judicial efectiva: incongruencia omisiva).***

En el recurso, resuelto por la sentencia 237/97, de 22 de diciembre, se planteó la vulneración del artículo 24 de la Constitución, por dos motivos: uno, por la indefensión producida en el procedimiento sancionador al no haber recibido respuesta a la petición de ser oído por la Junta de

Régimen y Administración así como de asesoramiento; otro, por no haber dado el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria una respuesta razonada a lo que se le había planteado en relación con la indefensión en el procedimiento sancionador.

El Tribunal decide, por “orden metodológico”, resolver primero la falta de una adecuada respuesta judicial y estima el recurso por falta de congruencia entre lo planteado, indefensión en el procedimiento sancionador, y lo resuelto, haber “quedado desvirtuado el principio de presunción de inocencia”.

Sólo cabe decir respecto a esta resolución, que estima un recurso planteado más de cuatro años antes (recurso de amparo 3,262/1993), que ese mismo “orden metodológico” no ha impedido al Tribunal, en otras sentencias, abordar el verdadero problema de fondo; por ejemplo, de las referidas en este trabajo, las sentencia 143/97, de 15 de septiembre y 201/97, de 25 de noviembre. La infracción pudo existir (véase al respecto la sentencia 229/93, de 12 de julio, parágrafo [57] del número 1 de Cuadernos de Derecho Penitenciario) y el Tribunal Constitucional podría haber resuelto si la misma produjo o no indefensión al recurrente, pues el material donde comprobarlo, las actuaciones administrativas y judiciales, estaban a su disposición.

## **II**

### **El abono de prisión preventiva y la refundición de condenas**

Angel Francisco Gil López.

Abogado. Letrado del Servicio de Orientación  
Jurídica Penitenciaria del I.C.A.M.

El abono del tiempo pasado en prisión preventiva y la refundición de condenas, en su doble configuración de triple de la mayor y cumplimiento máximo o "tope" de los veinte años, son, por la cantidad de dudas que origina entre los penados, dos de los temas de mayor trascendencia en el ámbito del Derecho Penitenciario.

En la práctica, ambas figuras se perciben en el medio carcelario como dos auténticos beneficios, en tanto que las dos suponen una reducción del cumplimiento efectivo de la condena, si bien, la auténtica reducción, por la limitación en el cumplimiento que supone, la constituye la refundición de condenas, ya que el abono de preventiva no deja de ser la reducción de la pena que se está cumpliendo a costa de un tiempo de prisión preventiva ya sufrido antes.

#### **1. EL ABONO DE PRISIÓN PREVENTIVA.**

Regulado en el art. 58 del nuevo Código Penal, el abono de prisión preventiva consiste en la aplicación, a la condena privativa de libertad que se está cumpliendo, del tiempo que se ha permanecido detenido o preso preventivo en la misma causa por la que se esté cumpliendo condena o en otra distinta.

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

Técnicamente, existen dos tipos de abonos de preventiva:

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

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

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

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

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

\* una, que el delito por el que se es condenado con posterioridad se cometa antes de entrar preventivo por un procedimiento por el que luego resulta, por ejemplo, absuelto. (Ejemplo: una persona comete un delito de robo en Enero y posteriormente entra preventivo por una acusación lesiones por la que resulta absuelto)

\* o bien, que una persona haya estado preventivo y antes de resultar, por ejemplo, absuelto por ese procedimiento, cometa un nuevo hecho delictivo (Ejemplo: una persona entre preventivo en Enero acusado de

un delito de robo, en Marzo sale de prisión en libertad provisional, en Mayo es acusado de un delito de lesiones por el que es condenado, y posteriormente resulta absuelto del delito de robo):

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

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

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

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

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



## **2. LA REFUNDICIÓN DE CONDENAS: El artículo 76 del Código Penal.**

En el ámbito de la ejecución de las penas, la refundición de condenas, conforme a lo establecido en el art. 76.1 y 2 del vigente Código Penal, constituye una de los instrumentos más importantes para posibilitar la reducción del cumplimiento efectivo de las condenas y, por consiguiente, en la práctica, uno de los motivos más continuados de consulta en las cárceles.

Hay dos aspectos que deben tenerse muy claros:

\* que la refundición de condenas, más que una refundición, propiamente dicha, habría que concebirla como un procedimiento por el que, respecto de una pluralidad de condenas impuestas, se fija un límite máximo de tiempo de cumplimiento,

\* que la refundición no ha de confundirse con lo que penitenciariamente se conoce como acumulación o enlace de condenas, entendida ésta como la suma aritmética de todas las penas que se están cumpliendo para considerarlas como una única, a efectos de la concesión de la libertad condicional, pero sin suponer ningún recorte o limitación en su cumplimiento, según se prevé en el art. 193.2 del nuevo Reglamento Penitenciario.

La Refundición de Condenas del art. 76 del Código Penal, heredero del anterior art. 70.2 del Código de 1.973, es una limitación legal al cumplimiento de las penas impuestas, mediante el establecimiento de dos tope máximos de cumplimiento: un límite establecido por el hecho de que el tiempo de cumplimiento no podrá exceder del resultado de multiplicar por tres la mayor de las penas en que haya incurrido el condenado; y otro límite fijando el tiempo máximo de cumplimiento en 20 años, salvo las excepciones que se recogen de hasta 25 años -cuando se condene por dos o más delitos y alguno de ellos tenga un pena de hasta veinte años- o de hasta 30 años -cuando se condene por dos o más delitos y alguno este castigado con una pena superior a los veinte años-.

El procedimiento para solicitar de la refundición de condenas, ya como triple de la mayor de las condenas, ya como tope de los 20 años, aparece regulado en el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y conforme a dicho precepto se ha de pedir mediante escrito -que puede encabezar el propio interesado, sin procurador ni letrado-, dirigido al último tribunal sentenciador, entendiéndose por último el que haya dictado el último auto de firmeza de sentencia. En el escrito se indicarán las causas que se quieren refundir. El Juzgado o Tribunal requerido recabará la hoja histórico penal del Ministerio de Justicia para averiguar si es

efectivamente competente por ser el último Juzgado, de ser así pedirá los testimonios de sentencia de todas las condenas a los diversos Juzgados o Tribunales; posteriormente cotejará si las causas pueden considerarse conexas entre sí y, si ello es así, comprobará si la suma de las condenas refundibles es superior al tope de los 20 años o al triple de la mayor de todas las penas impuestas, y si ello es así, procederá mediante auto a estimar la solicitud.

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

Como se puede deducir de lo anterior, lo más importante y lo más trascendente para estimar, o no, una solicitud de Refundición de Condenas, es determinar si concurre, o no, la exigencia de la conexidad.

Hasta la Ley de 8 de Abril de 1.967, origen del antiguo art. 70.2 del Código Penal derogado - reproducido en el actual art. 76- y del art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, únicamente era posible aplicar las limitaciones en el cumplimiento de las penas para las condenas por diversos delitos que hubieran sido juzgadas en un mismo juicio, porque en su momento hubieran sido acumuladas por considerarse conexas.

Es esa Ley de 1.967 la que permite introducir los límites para condenas recaídas en procedimientos distintos, pero para ello se exigió que los delitos o faltas enjuiciados en distintos procesos, habrían de ser conexos entre si a tenor de lo dispuesto en el art. 17 de la norma procesal.

Sin embargo, el art. 17 de la Ley concebido para determinar la enjuiciabilidad, o no, de diversos delitos por un mismo juzgado o tribunal, se caracteriza por la diversidad de criterios de conexión, de tipo subjetivo, instrumental o medial, o mixtos, como los que se recogen en el punto 5º, que exigen, para considerar conexas diversas infracciones, que diversos delitos se imputaren a una misma persona al incoársele causa por cualquiera de ellos (condición subjetiva), que tengan analogía o relación, entre sí (condición objetiva) y que no estuviese ya sentenciados (condición excluyente de hechos sentenciados ya por fallos firmes, anteriores en fecha a los que ahora, al incoarse la causa, se enjuicien).

Bajo tal pluralidad de criterios el Tribunal Supremo ha utilizado como pautas para apreciar o no la conexidad, el tiempo, el lugar, el bien jurídico protegido lesionado, preceptos infringidos, modus operandi del agente, entre otros (STS 24-6-94 y otras como las de 2-7-97, 13-7-94, 15-3-85, 8-5-91, 10-2-92, 6-11-92, 14-6-92, 18-5-94).

Ante tal pluralidad de criterios, que en más de una ocasión daban lugar a grandes arbitrariedades en la apreciación de la conexidad, el punto de inflexión lo marca la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 1.992 que, bajo los principios de racionalidad, de cumplimiento del mandato constitucional del art. 25.2, de orientación resocializadora del sistema penológico, de proporcionalidad, de favorecimiento al reo y de concepción del Derecho como orientado a la justicia, como suma de equilibrios, viene a introducir la posibilidad de realizar una interpretación EXTENSIVA Y ANALÓGICA del concepto de conexidad de la refundición de condenas.

Desde entonces la línea jurisprudencial se ha asentado con una diversidad de sentencias que han venido a ampliar el campo de los criterios de interpretación extensiva. Así, entre otros: a) el Principio de reeducación y reinserción social de la pena (STS de 18 de febrero de 1994); b) el principio de unidad de ejecución y unidad de cumplimiento de las condenas, según el cual el tratamiento penitenciario se inspira en la conveniencia de operar sobre la totalidad de las penas impuestas en la sentencia o condenas pendientes de ejecución; así el sistema de individualización a que se refiere el art. 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, debe girar sobre el binomio personalidad criminal-duración de la pena; c) el principio de humanismo penal (STS 8-3-94, 15-11-95); d) la interpretación de la conexidad del art. 70.2 -hoy 76- dentro de la disciplina del concurso real de delitos y sistema de pena única (STS. 15-4-94, 3-11-95, 27-12-95, 19-5-97).

De conformidad con los anteriores criterios para determinar la existencia, o no, de la conexidad "solo debe atenderse a si -los diversos delitos- han podido ser enjuiciados en un solo proceso y existirá siempre que la acumulación no se transforme en una exclusión de la punibilidad para todo delito posterior". STS. 10-11-95. Ya que "si una persona supiera que no ha de cumplir las penas por los delitos posteriores a otras ya firmemente impuestas se crearía un sentimiento de impunidad singularmente peligroso y contrario a la finalidad de prevención especial de la sanción. De este modo "los períodos de acumulación de penas se cortan desde el momento en que existe la condena de carácter firme" (STS. 29-11-95). De acuerdo con esta doctrina "se deben considerar acumulables... las penas impuestas a todos los hechos ocurridos antes de la fecha de firmeza de la primera sentencia que adquirió tal condición; correlativamente, los que fueron cometidos con posterioridad a dicha fecha deben ser tratados con el mismo criterio, por sin acumulación a los anteriores" (STS. 21-3, 1-4 y 12-12 de 1.995)

En este sentido, se puede intentar explicar lo anterior con dos ejemplos:

1. Si una persona comete varios hechos delictivos en un período de tiempo de varios días, al ser detenido, cada uno de los delitos habrá sido repartido entre los distintos Juzgados de Instrucción que estuvieren de guardia cuando se perpetraron cada uno de los distintos hechos. De este modo, si los distintos procedimientos no fueran acumulados en un mismo juicio, cualquiera que sea la fecha en que sea dictada la

firmeza de las sentencias dictadas por cada una de los delitos, cabrá pedir la aplicación del límite del art. 76 del Código, al juzgado o tribunal que dicte el último auto de sentencia firme.

Si después de haber sido dictada sentencia firme por los todos los delitos anteriores, la persona en cuestión comete una nueva infracción penal, conforme al criterio jurisprudencial esta última no se puede refundir con los anteriores ya que técnicamente es imposible que se pudiera juzgar esa nueva infracción penal en un mismo juicio con los anteriores delitos, puesto que ya habrían sido dictadas condenas que han ganado firmeza.

De la misma manera, si se comete un hecho delictivo, por el que se es juzgado y condenado en sentencia firme, y después se perpetran otros delitos, aquella condena firme nunca podrá refundirse con las condenas por los posteriores delitos que se cometieron, al perpetrarse estos siguientes delitos después de la firmeza de la sentencia del primero, haciéndose imposible el que se pudiera juzgar con el resto en un mismo juicio.

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

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

No obstante todo lo anterior, recientemente, ha empezado a surgir una línea jurisprudencial que establece que los principios constitucionales que prohíben las penas degradantes y propugnan la reeducación y la reinserción social de las penas, han de prevalecer sobre la estricta interpretación de la conexidad cuando el límite temporal, sobre todo cuando el total de las condenas excedería de los 30 años antes, o de los 20, ahora (STS 27-12-94).

Paradigma de esta última línea de pronunciamientos judiciales es el Auto de 23 de Enero de 1.996 de la Audiencia Provincial de Vizcaya que después de una pormenorizada enumeración de los principios sobre los que se sostiene la doctrina jurisprudencial sobre la refundición -principio de humanidad, de analogía en favor del reo y de reeducación y reinserción social-, considera extinguida la vigencia de la conexión

delictiva como presupuesto de aplicación de la regla 2ª del antiguo art. 70 del CP, y aprueba la refundición de dos condenas firmes con una por quebrantamiento y un delito cometido durante ese quebrantamiento.

Lo anterior supone una auténtica quiebra de todo lo referido hasta ahora, ya que evidentemente cuando se quebranta una condena es porque se está cumpliendo una sentencia firme, en principio irrefundible con cualquier tipo de delito posterior.

### **3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA REFUNDICIÓN DE CONDENAS**

#### **A. La toxicomanía como factor de conexidad.**

En este sentido, existe una corriente doctrinal, encabezada por nuestro compañero Julián Carlos RÍOS (Manual Práctico para la Defensa de las Personas Presas) según la cual, en aplicación de la interpretación extensiva y analógica que permite la STS. de 31 de Mayo de 1.992, la finalidad reeducativa de la pena privativa de libertad, establecida en el art. 25.2 de la Constitución, y el principio de individualización de la pena, la condición de toxicómano de la persona en las distintas infracciones penales perpetradas podría concebirse como "un elemento de conexión entre varios delitos aún cuando los tipos fuesen diferentes y cometidos en momentos temporales distantes entre sí".

#### **B. Quebrantamiento de condenas refundidas.**

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

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

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

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

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

En este sentido, existe alguna opinión concordante con esta tesis, como la que se recoge en la IX REUNIÓN DE JUECES DE VIGILANCIA en la que se desarrolla el argumento de que la aplicación de los beneficios del art. 76.1 operan de manera que las penas dejan de cumplirse cuando se alcanza el máximo fijado, actuando como pura reducción de la pena aplicable y no como si de una nueva pena, resultante o autónoma se tratase.

### **C. Problemas que surgen con el Código Penal de 1995.**

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

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

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

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

En la práctica, una pauta de solución nos la puede ofrecer los criterios de revisión de condenas que prevé las disposiciones transitorias del nuevo Código Penal, en el sentido de estar, principalmente a la opinión

del reo a la hora de optar por la aplicación de uno y otro código en lo que se refiere a la ejecución de la pena, en lo referente, sobre todo, a la posibilidad de redimir, o no.

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

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

En este mismo sentido, como argumento teórico de solución al respecto, existe una tesis, según la cual el Código Penal podría desglosarse perfectamente, en una parte puramente procedimental referida al cumplimiento concreto de las penas, con autonomía y entidad propia respecto del resto del Código, de manera que, aunque no se hubiera producido la revisión de la condena respecto de la pena a imponer, si podría el reo acogerse al nuevo Código Penal en el concreto aspecto del máximo de cumplimiento de condena fijado en el nuevo texto legal, de modo y manera que, una persona cuya condena superior a los 20 años de prisión no hubiera sido revisada, si podría pedir que se le aplicara el nuevo máximo de cumplimiento de 20 años del vigente art. 76.

#### **D. No refundibilidad de las condenas ya licenciadas.**

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

Para estos supuestos, existe una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 1997 que viene a referir que, conforme a la doctrina jurisprudencial (STSS. 1-7-94 y 31-10-96), la inclusión de determinadas condenas en una refundición a los efectos de la aplicación del art. 70.2 -hoy art. 76- CP., no puede quedar al albur de una tramitación más o menos rápida o lenta, circunstancia ordinariamente ajena a la conducta del penado, sino que es necesario que todas las condenas de la misma época, incluso aunque ya haya sido cumplida la pena, se tengan en cuenta para fijar los límites correspondientes a tal refundición.

#### **E. Futura competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria.**

Por último, puede resultar importante no dejar de indicar la existencia de un Proyecto de Ley Orgánica que regularía las competencias de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que en la actualidad se encuentra en tramitación parlamentaria de presentación de enmiendas, en el que se atribuiría al Juez de Vigilancia Penitenciaria la competencia para resolver la Refundición de Condenas.

## **III**

### **Los permisos de salida.**

### **Las resoluciones de la sección 5<sup>o</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en materia de permisos penitenciarios.**

Margarita Aguilera Reija.

Abogado. Letrado del Servicio de Orientación  
Jurídica Penitenciaria del I.C.A.M.

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Los permisos de salida de los internos en los establecimientos penitenciarios constituyen una de las más interesantes novedades del Derecho de ejecución de las penas privativas de libertad en la segunda mitad del siglo XX.



Históricamente, los permisos aparecen como desarrollo de las ideas fundamentales del sistema progresivo, en el que la pena de prisión se contempla como una sucesión de fases que acentúan paulatinamente la preparación del recluso para la vuelta a la vida en libertad. La última de esas fases es la libertad condicional, la penúltima es conocida como el tercer grado. La misma lógica del sistema, que permite una libertad anticipada a título de prueba o un período continuado en que el interno hace vida libre durante el día, lleva a permitir la posibilidad de salir del establecimiento durante algunos días, por razones humanitarias, utilitarias y resocializadoras.

Los permisos de salida se encuentran recogidos en las legislaciones penitenciarias de todos los países europeos y aparecen en los Textos Internacionales. El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su reunión de 12 de febrero de 1987, aprobó el Conjunto de Normas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos, conocidas como Normas Penitenciarias Europeas, en las que se establece en su artículo 70.2:

*"Los programas de tratamiento deberán incluir una disposición relativa a los permisos penitenciarios, a los que se recurrirá todo lo posible por razones médicas, educativas, profesionales, familiares y otros motivos sociales"*

## 2. MODALIDADES

En nuestro sistema penitenciario se prevén dos modalidades de permisos de salida según la finalidad de los mismos: A) **permisos extraordinarios**, responden a criterios meramente humanitaria y B) **permisos ordinarios**, responden a criterios de reeducación y reinserción social de condenado (art. 25.2 C.E.), integrándose dentro de las actividades constitutivas del tratamiento penitenciario.

### 2.1. Los permisos extraordinarios

Los permisos extraordinarios se conceden por motivos humanitarios, *"en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas."* (art. 47.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

El nuevo Reglamento Penitenciario introduce un supuesto nuevo: el permiso extraordinario para el alumbramiento de persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad. Esta innovación debe ser bien recibida, porque da cobertura legal a las parejas de hecho y porque la ampliación es respetuosa con el principio de legalidad, ya que el art. 47.1 de la LOGP establece una enumeración de situaciones que no es cerrada.

A su vez, el referido Reglamento introduce otra modificación no acorde con el principio de legalidad y de jerarquía normativa ya que donde la ley dice que se podrán conceder permisos "*por otros importantes y comprobados motivos*", el Reglamento añade "*de análogas características*". Esto implica una limitación más allá de donde marca la ley, extralimitándose las funciones propias de un reglamento que sólo debe desarrollar el contenido de la ley.

La duración de los permisos extraordinarios viene determinada por la finalidad de los mismos y no puede exceder del límite fijado para los permisos ordinarios. (art. 155.2 del Reglamento Penitenciario).

Una innovación positiva que introduce el Nuevo Reglamento son los permisos extraordinarios de salida por razones médicas, para los penados clasificados en segundo o tercer grado. Hasta 12 horas para consulta ambulatoria extrapenitenciaria y dos días cuando deban ingresar en un hospital extrapenitenciario. En este último caso si el interno tuviera que permanecer más de dos días, la prolongación del permiso por el tiempo necesario deberá ser autorizada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando se trate de penados clasificados en segundo grado o por el Centro Directivo para los clasificados en tercer grado. (art. 155.4 RP). Este tipo de permisos pueden ser utilizados durante la tramitación de la libertad condicional para enfermos graves con padecimientos incurables.

Tanto los presos preventivos como los penados pueden disfrutar de estos permisos. En el caso de penados es indiferente el grado penitenciario en el que se encuentren. No obstante, para los que estén clasificados en primer grado precisan autorización expresa del Juez de Vigilancia. En el caso de los presos preventivos es necesaria la autorización del Juzgado que mantenga la situación de prisión provisional.

## **2.2. Los permisos ordinarios**

### *2.2.a. Carácter de los permisos ordinarios*

Los permisos ordinarios, por su parte constituyen un importante **elemento de tratamiento como preparación para la vida en libertad** (art. 47.2 LOGP y art. 154 RP). Son, por ello, la concreción legal del mandato constitucional que señala como fin de las penas privativas de libertad la reinserción social de los penados. Debe ser este fin reeducativo el horizonte interpretativo en el momento de la valoración de las circunstancias concurrentes en cada penado a efectos de la concesión o denegación del permiso.

Los permisos ordinarios fortalecen los vínculos familiares, mitigan las tensiones propias del internamiento, y las consecuencias de la vida cotidiana en prisión con el subsiguiente alejamiento de la

realidad diaria. Asimismo, constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad, asimismo le proporciona información sobre el medio social en el que han de integrarse e indican cual es la evolución de la persona presa. Todo ello en definitiva representa la culminación, juntamente con el régimen abierto de la fase inmediatamente anterior a la reintegración plena en la sociedad.

Los permisos, según Bueno Arus, no deben ser en ningún caso considerados como mero beneficios o recompensas por buen comportamiento, sino **derechos subjetivos del penado**, ya que las medidas de reinserción social y de tratamiento no son recompensas. La comunicación humana es una necesidad que tiene su origen en la propia dignidad de la persona, -la cual es un derecho fundamental, según el art. 10.1 de la Constitución-. A su vez, el art. 3 del Reglamento declara expresamente que "el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma.

#### *2.2.b. Requisitos y finalidad*

La Ley General Penitenciaria regula la concesión de permisos con arreglo a determinados requisitos: estar en segundo o tercer grado, haber cumplido la cuarta parte de la condena, no observar mala conducta –que se traduce en inexistencia de sanciones graves o muy graves o cancelación de las impuestas-, y para una determinada finalidad: preparación para la vida en libertad, directamente vinculada con un mandato de la Constitución.

Una vez constatada la concurrencia de los requisitos objetivos previstos en la ley, la concesión de los permisos no es automática sino que, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina (Sentencias 112/96, de 24 de junio; 2/97, de 13 enero y 193/97, de 11 de noviembre), además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación, a la vista de la perturbación que pueden ocasionar con los fines de reeducación y reinserción. Un ejemplo claro es cuando pueda resultar perjudicial para el tratamiento; es posible que, en algunos casos, exista un grave riesgo de que un interno que está realizando un trabajo de desintoxicación de drogas en el centro penitenciario recaiga, al interrumpir el tratamiento, durante el permiso.

En este sentido el art. 156.1 del Reglamento Penitenciario establece que el informe del equipo técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

Algunos de estos conceptos son indeterminados lo que pueden generar situaciones de arbitrariedad y de inseguridad jurídica. En las resoluciones denegatorias de permisos de la Junta de Tratamiento, alguno de los motivos de denegación más comunes son: trayectoria penitenciaria irregular, largo período hasta su libertad, falta de garantía de hacer buen uso del permiso, mal uso del permiso anterior o incumplimiento de condiciones impuestas, positivo en analítica, manipulación o negativa a su realización, ser considerado perjudicial para su tratamiento, ausencia de arraigo en nuestro país, ausencia de vinculación familiar, falta de consolidación de factores positivos, escasa participación o interés en las actividades, variables de riesgo, etc.

La concurrencia de circunstancias desfavorables para la concesión del permiso, deberá estar debidamente acreditado y motivado en la resolución en la que se deniegue, de tal manera que permita, con posterioridad, al Juez de Vigilancia Penitenciaria controlar la existencia de las mismas.

De este modo, negar a un penado un permiso cuando reúna los expresados requisitos y no se hayan cubierto los topes máximos legales (35 días de permiso al año a los presos clasificados en segundo grado y 48 días a los clasificados en tercer grado), sin la acreditación de un riesgo serio y fundado de que el permiso puede resultar perjudicial (en un sentido amplio que comprende la comisión de nuevos delitos, el quebrantamiento, interrupción de su programa de tratamiento) constituye una decisión arbitraria y, por lo tanto, no ajustada de Derecho.

En definitiva, los permisos de salida constituyen, un derecho subjetivo de los internos, condicionado a la existencia de los requisitos que la ley establece, cuya apreciación requiere un juicio de valor de componentes objetivos y subjetivos, realizado con arreglo al espíritu de la norma y susceptibles de control jurídico.

### **3. LOS PERMISOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID.**

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, encargada de resolver los recursos en materia penitenciaria, ha ido definiendo y concretando, a través de sus resoluciones, los requisitos para poder disfrutar de permisos y la finalidad de los mismos, creando con ello una mayor seguridad jurídica.

Recojo, a continuación, un resumen de los autos más interesantes en materia de permisos, desglosados en los siguientes apartados:

- a) Largo periodo de tiempo hasta la libertad.
- b) Ausencia de arraigo en nuestro país.
- c) Drogodependencia, falta de garantía de hacer buen uso del permiso.

- d) Falta de consolidación de los factores positivos, mala conducta en prisión.
- e) Mal uso del permiso anterior o incumplimiento de las condiciones impuestas.
- f) Riesgo de hacer mal uso.
- g) Gravedad del delito cometido.
- h) Las resoluciones deben estar motivadas
- i) Acumulación de solicitudes de permiso.

#### **a) Largo período de tiempo hasta la libertad**

"La pena en efecto es larga, 14 años, 4 meses y 18 días. Sin embargo el acusado ha cumplido no ya la cuarta parte de la condena sino la mitad en virtud de las redenciones ganadas ya que cumple tres cuartas partes en noviembre de 1998 (dentro de dos años), lo que demuestra que el interno está ganando redenciones de forma ordinaria y aún extraordinaria. A ello ha de añadirse que consta que está sometido a una programa de desintoxicación, y que no consta consumo ni tenencia de drogas - pues son faltas disciplinarias sancionables y no hay sanción alguna - y en fin que el interno lleva ininterrumpidamente en prisión más de cinco años, restan menos de dos para que cumpla tres cuartas partes de la condena y o bien se inicia en la preparación para la libertad mediante la concesión de los permisos que puedan corresponderle o la fase de preparación para la libertad puede no existir. Consta que el acusado tiene familia y por todo ello el riesgo de mal uso de permiso existe, pero es el riesgo tolerable y tolerado por la ley." AUTO 793/96 del 12.11.96, JVP 2, CAUSA 1127/95

"La lejanía en el cumplimiento de la condena no es un factor positivo para conceder el permiso pero tampoco es un factor negativo para denegarlo, salvo que se entienda que están excluidos de esos beneficios los condenados a penas largas privativas de libertad, y ello no sólo no es así, sino que, en esos condenados, generalmente muy prisionalizados, la preparación para la libertad ha de ser más paulatina y lenta y, por lo mismo, más prolongada, o dicho de otra forma, ha de iniciarse cuando la libertad aún está lejana." AUTO 410/97 15.4.1997 JVP 2 EXP 368/94

"El largo tiempo hasta la libertad no es un motivo en si, pues conllevaría la imposibilidad o enorme dificultad de obtener permiso en cualquier condena de larga duración. Mas bien debe pensarse que a mayor longitud de la condena desde más lejos ha de arrancarse en la preparación para la libertad." AUTO 447/97 25.4.97 JVP 2 EXP 840/94

"En cuanto al largo tiempo que resta para la libertad deben hacerse dos consideraciones: La primera es que ello es una consecuencia fatal e inexorable particularmente en caso de largas condenas siempre que el interno, tras cumplir la cuarta parte de la misma y observar buena conducta solicita un permiso. Pues

por definición la parte que resta por cumplir - tres cuartas partes, o la mitad si obtienen la condena condicional- es tres veces o al menos dos más larga que la ya cumplida. Pudo la ley fijar las condiciones para acceder a los permisos en otra fracción más alta de la pena, pero si no lo hizo, es absurdo invocar lo obvio como una razón de denegación de aquellos.

La segunda consideración es que cuanto más larga es la condena tanto más lejano a la libertad ha de ser el punto de arranque de preparación para la misma. Es evidente que la privación de libertad por sí sola no prepara para la libertad y que el acomodo a las normas jurídicas y sociales propias de la libertad (no a las propias de la prisión por más que el respeto a toda norma sea siempre un valor educacional) es difícilmente compatible con condenas especialmente prolongadas. Por ello a mayor duración del tiempo de prisión, mayor debe ser también la duración del período de acomodación a una nueva vida en libertad, lo que aconseja razonablemente iniciar desde lejos dicho proceso de acomodación. AUTO 586/97 de 29.5.1997 JVP 2 EXP 2415/93

"Debe de quedar claro que todos los internos tienen el derecho a que se posibilite su reinserción social y a que se inicie con la antelación razonable y en el seno del tratamiento penitenciario la preparación para la vida en libertad de suerte que esta no llegue bruscamente tras una dilatada privación de la misma, y en esa preparación los permisos penitenciarios son pieza esencial del sistema.

En el presente caso sin embargo se dan circunstancias muy singulares. Pues los permisos penitenciarios en cuanto formas de preparación para la libertad exigen unos requisitos mínimos para su concesión -buena conducta, cumplimiento de una cuarta parte de la pena impuesta- pero a partir de ello su concesión ni es discrecional ni es obligada sino que debe fundarse razonablemente según en juicio apriorístico y de probabilidad resulten positivos para la evolución de interno y no dañinos al resto de la sociedad de la que aquel sigue formando parte. En el primer orden de ideas debe valorarse cual sea la urgencia de la preparación para la vida en libertad, en el segundo, preponderantemente, el riesgo de quebrantamiento y de comisión de un nuevo delito y, también aunque secundaria y colateralmente la posibilidad de comprensión por los demás del hecho mismo de "ver en la calle" al condenado, pues si el derecho penal y penitenciario sustituye con ventaja al la venganza privada, perderá en parte su prestigio si llega a soluciones socialmente incompatibles. Ciertamente que el Juez debe hacer lo que es justo guste o no pero sin olvidar que la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 de la C.C.) no es patrimonio exclusivo de los jueces y que el Poder Judicial también emana del pueblo como el resto de poderes del Estado. (art. 2 C.E.)

A partir de estas ideas ha de decirse que si la longitud de la condena es muy larga, en el presente caso de 24 años, y la lejanía de una eventual libertad condicional es tal que no se prevé hasta Diciembre del 2003, si bien a mayor extensión de la condena, más amplio ha de ser el tiempo de preparación para la libertad

y más distante de ésta el punto de arranque de dicha preparación... (AUTO N° 670/97 2.7.97 JVP 3 EXP 552/95)

"Los dos argumentos que se dan para denegar el permiso son el largo tiempo de condena pendiente hasta la libertad y la necesidad de que el interno sienta el efecto intimidatorio de la pena. El primero de ellos no es una argumento sino algo obvio en cualquier condena larga una vez cumplidos los requisitos legalmente exigidos para el permiso. El segundo parte de la base de que la concesión del permiso suprime o mengua singularmente el efecto de la pena. Pero es lo cierto que también la pérdida de libertad se valora más negativamente cuando se ha gozado de libertad siquiera durante unos días. Y que ni puede afirmarse científicamente que la pena sea menos terrible por una breve interrupción de la situación de prisión, ni la pena tiene por objetivo principal la intimidación del delincuente sino otros como la restitución y, sobre todo, la prevención especial y la capacidad de reinserción. Por ello no se comparten las razones para la denegación del permiso y se estima que el mismo debe concederse en extensión de cinco días." AUTO 755/97 17.7.97 JVP N°2 EXP 697/95.

#### **b) Ausencia de arraigo en nuestro país**

"Aún cuando efectivamente se trata de un ciudadano extranjero sin arraigo familiar en nuestro país, hay que tener en consideración que cuenta con un lugar donde permanecer dada la acogida y tutela ofrecida por la Asociación Cristiana de Presos". AUTO 758/96 del 4 11.96 JVP 2 CAUSA 1097/95

#### **c) Drogodependencia, falta de garantías de hacer buen uso del permiso**

"El interno carece de sanciones. No puede por tanto presumirse la tenencia o consumo de drogas ya que tanto la una como el otro constituyen infracciones disciplinarias. Lleva más de tres años seguidos en prisión. Ha de cumplir 10 años 11 meses y 30 días desde Julio de 1993. Se espera que cumpla la totalidad de la pena en abril de 2000 y tres cuartas partes en junio de 1988 lo que demuestra la capacidad de buena conducta y de obtención de redenciones. En estas condiciones a falta de menos de dos años para cumplir tres cuartas partes de la condena se está en el caso de iniciar la preparación para la libertad por lo que tiene sentido tras más de tres años de prisión ininterrumpida la concesión del permiso solicitado, de no haberse producido cambio a peor en la situación del interno" AUTO 806/96 15.11.96, JVP 2, EXP 297/95

"El interno ha de cumplir una condena de 15 años de prisión, que si se dan las redenciones extinguirá definitivamente en marzo de 1988, no puede darse por segura su drogodependencia actual pues carece de sanciones disciplinarias que se correspondan con la tenencia o consumo de drogas. Hubo

ciertamente una regresión en grado en el año 1994 y una nueva progresión a 2º en septiembre de 1995. En estas condiciones no puede olvidarse que la preparación para la libertad es incompatible en principio, con la permanencia ininterrumpida en prisión durante un período especialmente largo..." AUTO 855/96 de 26.11.96, JVP 2 EXP 159/96

"El interno no ha observado mala conducta, como resulta de la inexistencia de anotaciones en su contra: no tienen sanciones sin cancelar, ni recurridas; tampoco está incurso en expediente disciplinario. Por tanto se cumple también el último requisito exigido por el artículo 154 RP (buena conducta). Y a partir de estos datos el recurso ha de prosperar, porque ni es prematuro comenzar la preparación para la vida en libertad cuando la posibilidad de ésta, según la razonable previsión del Centro Penitenciario, se tendrá a finales de 1988, ni la gravedad del delito cometido es un dato que por sí solo tenga entidad suficiente para justificar la denegación del permiso. AUTO 828/96 de 20.11.96, JVP N°2 EXP 761/95.

"Se afirma que no ha superado su drogodependencia pero ni consta acreditada la misma ni constan sanciones por tenencia o consumo de drogas en prisión. Por el contrario el interno trabaja en el economato, lo que no deja de ser un puesto de trabajo efectivo y de relativa confianza, y ha de tenerse en cuenta que el trabajo, y sobretodo el hábito de trabajo que tantas veces se pierde en prisión contra el deseo e incluso el mandato constitucional, es uno de los mas poderosos factores de reinserción social." AUTO 410/97 15.4.1997 JVP 2 EXP 368/94

"En relación a la drogodependencia no superada y relacionada con su actividad delictiva, es de observar que lo que en el informe del Centro Penitenciario es la ausencia de prueba de tratamiento de deshabitación, en el auto del Juzgado pasa a ser prueba de drogodependencia no superada. Afirmación esta última que en cuanto a la realidad de los hechos el tribunal no puede afirmar que sea incierta pero que no resulta del precedente informe del Centro ni de los datos obrantes en la causa. Pues por un lado, aquel informe no afirma la drogodependencia, y por otro, conforme al reglamento penitenciario (tanto el derogado cuanto el vigente) la tenencia y el consumo de drogas en prisión son faltas disciplinarias y ni consta sanción alguna en su expediente, ni se afirma que en cualquier ocasión haya arrojado un resultado positivo en analítica o se haya negado a su realización, ni es fácil pensar que una toxicomanía persistentemente condicionante no se hubiera puesto de manifiesto en alguna ocasión en los diez años que el interno ha cumplido en privación de libertad ininterrumpidamente." AUTO 586/97 de 29.5.97 JVP 2 EXP 2415/93

"El condenado ha tardado 16 meses en cumplir la cuarta parte de una condena de más de 10 años de prisión lo que conlleva que ha estado ganando redenciones ordinarias y extraordinarias. Ciertamente es reincidente y con múltiples ingresos en prisión, lo que se atribuye a su drogodependencia, y tiene previsto el cumplimiento de la condena en el año 2001 y de sus 3/4 partes septiembre de 1999. En la fecha de los informes estaba en tratamiento de drogodependencia con evolución favorable. En estas condiciones la relativa



lejanía (tres años) del momento en que puede ganar la libertad no debe entenderse como un obstáculo absoluto a la concesión del permiso. Este puede resultar negativo si abandona el programa o tratamiento, pero también un estímulo para perseverar en él y una prueba de la capacidad de enfrentamiento a la droga en libertad que es donde definitivamente ha de ser capaz de superar su adicción.

Por ello el Tribunal estima que un permiso breve -cuatro días- puede resultar beneficioso al interno si bien condiciona su concesión a que hasta la fecha presente haya mantenido el tratamiento de deshabituación que seguía, o se encuentra deshabituado." AUTO 677/97 4.7.97 JVP N°2 EXP 757/96

"El permiso penitenciario estaba probablemente correctamente denegado. Se dice probablemente porque "positivo al control de orina practicado" es un dato claramente insuficiente para el juzgador. Positivo ¿a cannábicos?, ¿a opiáceos?, ¿a cocaína?, ¿a benzodiazepinas?... Es evidente que ni el grado de adicción, ni la peligrosidad como factor criminógeno de las distintas drogas son iguales. Pero el dato que no conoce el Juzgador es seguro que lo conoce la Administración y ha de pensarse que actuó con corrección en la idea de que el consumo de alguna droga revelaba un mal uso del permiso. Ahora bien, si por un lado, en este orden de cosas, la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria es esencialmente revisora, esa cualidad no puede elevarse al extremo de que atente al principio de justicia personalizada propio de toda jurisdicción y especialmente reforzado en todo lo que atañe al tratamiento penitenciario y a la revisión del mismo por los órganos jurisdiccionales competentes, por lo que a veces no basta con juzgar si una resolución fue acertada entonces y es preciso razonar sobre si lo sigue siendo ahora.

En este punto las consecuencias de haber "dado positivo" han sido suficientemente duras: pérdida de oportunidad de progresar a tercer grado - lo que supondría la libertad condicional desde hace hoy más de un año- e inexistencia de permisos desde marzo de 1996 al menos hasta noviembre de igual año y casi con toda probabilidad hasta ahora. Y ese dato de que las consecuencias de un error o una infracción pueden resultar desproporcionados no debió ocultarse al Juez de Vigilancia Penitenciaria al menos en el momento de resolverse el recurso de reforma el 22-11-96, más aún cuando ese "dar positivo" tras varios años -no menos de cinco- en prisión bien se debe a una acción aislada, bien pone de manifiesto un fracaso en ese terreno tanto de la pena como de su forma de cumplimiento, que no puede pretender corregirse con la mera supresión de los permisos, pues o es un hecho aislado o la adicción o, al menos la afición al consumo se ha mantenido en prisión. En consecuencia ello debió tenerse en cuenta cuando menos en el auto de 22.11.96 a la hora de poner fin a una ya dilatada privación de permisos cuando la libertad provisional está muy próxima. Debe pues estimarse el recurso." AUTO 768/97 18.7.97 JVP N° 2 EXP 379/91.

"Las razones alegadas por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario para denegar el permiso solicitado por el recurrente, y recogidas por el Juez de Vigilancia, deben mantenerse, dadas las circunstancias que concurren en el interno. Lejanía del cumplimiento de las 3/4 partes de la condena

(noviembre 99), etiología toxicofílica, reconocida en sentencia, siendo expulsado del programa de tóxicos del Centro y readmitido posteriormente, lo que en futuras revisiones de su expediente con motivo de solicitud de nuevos permisos, permitirá observar si su reincorporación es positiva y en su caso contemplar la concesión de ulteriores permisos, siendo el solicitado ahora, prematuro el concederlo dadas las razones expuestas." AUTO 776/97 22.7.97 JVP 2 EXP 283/95

**d) Falta de consolidación de los factores positivos, mala conducta en prisión.**

"El condenado lleva en prisión desde 1987. Quebrantó condena en 1989, reingresó en prisión en agosto de ese año. Observó conducta irregular hasta 1991 incluso cometiendo delito de lesiones al parecer ya en prisión. Desde entonces su conducta es excelente. Ese "desde entonces" significa cinco años antes de denegarse el permiso. En este punto hablar como primer motivo para denegar el permiso la falta de consolidación de factores positivos tras cinco años de excelente conducta, y con una evolución que se concreta en un comportamiento -se cita textualmente- "participativo, centrado y con buena conducta" es extremar el concepto de lo que se entiende por consolidación. AUTO 447/97 25.4.97 JVP 2. EXP 840/97.

"Alega la Junta de Régimen, en un escueto escrito, la trayectoria irregular del interno, para denegar el permiso solicitado, y sin que al expediente conste unida justificación alguna de esa irregular trayectoria, el Juez de Vigilancia Penitenciaria deniega el permiso, supeditándolo a que se someta el interno a tratamiento de drogodependencia, pero curiosamente tampoco consta en el expediente dato alguno relativo a tal adicción. Ante tal falta de datos, no existen, objetivamente, razones o motivos para denegar el permiso solicitado, y habiendo disfrutado ya de otros con anterioridad, sin que se hayan producido anomalías o irregularidades en su disfrute, es conveniente, a la vista del tiempo transcurrido en prisión acceder a la solicitud del interno, como paso previo para preparar su vida en libertad, que se prevé cercana". AUTO 569/97 de 28.5.1997 JVP 2 EXP 180/91

**e) Mal uso del permiso anterior o incumplimiento de condiciones impuestas**

"Es cierto que el apelante no se reincorporó tras un permiso y delinquiró durante el mismo. Es de pensar que ello conllevó, además de la sanción penal correspondiente, medidas disciplinarias e incluso un regresión de grado en el tratamiento penitenciario. Pero ocurrió todo ello hace más de cinco años -los que lleva el acusado privado de libertad de forma ininterrumpida- y las consecuencias de su acción no pueden prolongarse indefinidamente. Es cierto que conceder el permiso supone siempre un riesgo pero si cinco años largos de prisión ininterrumpida no han limitado razonablemente ese riesgo, habría que poner en entredicho el tratamiento penitenciario, el cual contempla la posibilidad de fallos o moras -por ejemplo quebrantar los

permisos de salida- pero apunta, aún dentro del riesgo que conlleva la preparación para la libertad porque dicha preparación exista y no se produzca de golpe -de la oscuridad a la luz- sino paulatinamente, como mal menor a la pura inexistencia de preparación. Si el tratamiento asume lícitamente un riesgo, también los jueces, dentro de lo razonable, aceptando la posibilidad de un error, temiendo incluso en lo más profundo de su conciencia por las eventuales consecuencias del mismo, deben asumirlo. AUTO 769/96 del 6.11.96, JVP 2 EXP 356/94

"La sospecha de un mal uso del permiso se apoya en un dato no fiable; no fiable porque ningún elemento indica que el interno continúe consumiendo drogas. Sin duda que ello es posible, pero si durante su estancia en prisión (lleva desde 1993 sin interrupción) no ha cometido ninguna falta relacionada con las drogas, la presunción más armónica es la favorable al interno: que no ha continuado consumiendo, por lo que no cabe inferir que durante el permiso sea probable la comisión de un nuevo delito" AUTO 777/96 8.11.96 JVP 2 EXP 513/96.

"Independientemente de la concurrencia de los requisitos legales establecidos en la legislación penitenciaria para la concesión de permiso ordinario, que en el presente caso se dan. La Junta de Régimen estima, y así lo ha ratificado el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que dada la trayectoria delictiva del penado (seis ingresos, por delito de robo con intimidación), éste ha hecho del delito su modo de vida, no habiendo madurado, a pesar del tiempo transcurrido en prisión. Es cierto, por otra parte, que no consta en el expediente del interno ninguna sanción, ni comisión de falta disciplinaria; goza de una situación socio-familiar aceptable, teniendo al padre gravemente enfermo. No ha disfrutado aún de permiso alguno. Estas consideraciones, en unión de la cercanía de la fecha en el cumplimiento de las 3/4 partes de condena (agosto de 1998) hacen valorar a la Sala la conveniencia de que empiece a hacer uso de algún permiso, para que a la vista de su resultado, se pueda computar si su actitud ha cambiado, respecto a sus hábitos en vida social; forma, por otra parte, de ir preparando al recluso para su vida en libertad. Por ello, y dadas las circunstancias familiares, es prudente acceder a la solicitud del interno y concederle el permiso solicitado." AUTO 476/97 29.4.1997 JVP 3 EXP 1062/95

#### **f) Riesgo de hacer mal uso del permiso**

"Nunca a priori pueden tenerse todas las garantías de buen uso del permiso. Siempre existe un riesgo que, de concretarse en quebrantamiento de permiso o, pero aún, en la comisión de un delito durante el mismo, será enjuiciado " a posteriori" como un grave error judicial. Pero es un riesgo prevenido por la ley que incluso prevé las consecuencias de ese mal uso del permiso, por lo que el Juez si se cumplen razonadamente las condiciones para concederlo ni puede poner en cuestión la norma, ni sentirse paralizado por un miedo al error que naturalmente siente, que le hace representarse como no excluible la posibilidad futura de lesión de

bienes jurídicos de terceros inocentes, pero que debe vencer si el riesgo se presenta como remoto y la alternativa a no asumirlo es convertir en pura declaración teórica los principios de progresividad, tratamiento individualizado y reinserción social con su inexorable compañía de preparación para la libertad, que, quizá incluso con más optimismo que el que pueda sentir el Juez personalmente, proclama nuestra ley general penitenciaria inspirada en principios constitucionales. Y en este caso ponderando el largo período de prisión cumplida, la inexistencia de datos sobre mala conducta en prisión cumplida, la inexistencia de datos sobre mala conducta en prisión, la presumible labor de reinserción que debe entenderse tras tanto tiempo en prisión, so pena de poner en tela de juicio el funcionamiento del entero sistema penitenciario, y lo inexorable de una futura libertad para la que es necesaria una acomodación progresiva, las razones se inclinan, de forma decidida por la concesión del permiso solicitado. AUTO 586/97 de 29.5.1997 JVP 2 EXP 2415/93

"Su irregular conducta en el Centro, que le ha deparado la imposición de sanciones por comisión de faltas muy graves y graves, unido a su politoxicomanía, que le ha hecho desenvolverse en ambientes marginales y delincuenciales, sin tener familia o punto de acogida en el exterior del Centro, hacen que, por ahora, sea o se presente como poco viable la concesión de permiso ante la ausencia de garantía de hacer buen uso del mismo, por lo que mientras no varíen las circunstancias, se ha de mantener el criterio adoptado pro el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria." AUTO N°806/97 23.7.1997 JVP N°2 EXP 1788/93

"El permiso como preparación para la vida en libertad tiene sentido si se hace buen uso del mismo. Pero si el interno estaba ya en régimen de semilibertad -tercer grado- y por reiterados consumos de droga ha sido regresado al segundo grado, las garantías de hacer buen uso del permiso desaparecen. Debe pues desestimarse el permiso." AUTO 676/97 4.7.97 JVP N°2 EXP 1337/89

#### **g) Gravedad del delito**

"La Juez de Vigilancia Penitenciaria apoya su decisión denegatoria en los mismos motivos por los que el Equipo de Tratamiento informó desfavorablemente la petición. Pero sucede que ninguno de ellos tiene entidad para fundamentar la sospecha de un mal uso del permiso. Así no cabe invocar la larga duración de la condena cuando está próximo el cumplimiento de las tres cuartas partes (febrero de 1997) y de la totalidad (junio 1989) y en consecuencia, comienza a ser necesaria la acomodación a la vida en libertad. Por otro lado, la invocación de la gravedad del delito cometido suponen manejar un criterio de desigualdad no recogido por el legislador. Y por último, que el interno fuera condenado por poseer 400 gramos de cocaína es un dato insuficiente para establecer la probabilidad de su pertenencia a una organización y de la comisión de un nuevo delito" AUTO 770/96 de 6.11.1996 JVP 2 EXP 1283/95

"La tipología delictiva, la reincidencia y la alarma social del delito no son atendibles. La primera porque precisamente en razón de la gravedad de los hechos -homicidio- es larga la condena impuesta, la reincidencia porque no está acreditada, y la alarma social porque si el reo está desde 1991 en prisión es lógico pensar que haya disminuido la alarma que cause la excarcelación temporal de un homicida pues sólo lo será para quien ignore dicho carácter temporal de la misma y en todo caso es un riesgo legalmente asumido en cuanto que el cumplimiento en ninguna pena está excluido de tratamiento individualizado, en el cual los permisos de salida como forma de preparación para la libertad pueden cobrar singular relieve. En fin, no es estadísticamente el homicidio delito que suele cometerse de nuevo, como ocurre por el contrario con otros delitos mucho menos graves." AUTO 449/97 25.4.1997 JVP N°3 EXP 458/94."

#### **h) Las resoluciones deben estar motivadas**

"En el interno recurrente concurren los requisitos de carácter objetivo exigidos por el art. 154 del vigente Reglamentos Penitenciario para poder obtener un permiso de salida. No existe en el expediente que obra en este Tribunal, sin embargo, informe alguno en el que se argumenten las razones por las que el Centro Penitenciario denegó su solicitud, por lo que la Sala ignora si las mismas son o no fundadas . Por ello, al no apreciarse concurrente ninguna circunstancia negativa por la que se considere conveniente rechazar tal petición se ha de conceder el permiso que el interno solicitó." AUTO 629/97 12.6.97 JVP N° 2 EXP 576/86

#### **i) Acumulación de solicitudes de permiso**

"Se deniega el permiso ya que si bien puede tener sentido conceder un permiso y observar que uso se hace del mismo y que proyección positiva o negativa tiene, no es lógico ni prudente acumular dos permisos o más en un principio, sin perjuicio de que puedan concederse al ritmo adecuado una vez que se compruebe, en su caso, el buen uso del primero. AUTO 793/96 del 12.11.96, JVP 2, CAUSA 1127/95

#### **BIBLIOGRAFIA.**

- Bueno Arus "Los permisos de salida y las competencias de los Jueces de Vigilancia" III Reunión de la Jueces de Vigilancia Penitenciaria, (Madrid, octubre 1985)
- García Valdes "Comentarios a la Legislación Penitenciaria"
- Tamarit Sumalla "Curso de Derecho Penitenciario"
- Moya Hurtado de Mendoza en su estudio "Problemas generales de los permisos de salida" págs 201 a 209 y 227 a 232.

## **I V**

### **Régimen cerrado: Una situación excepcional que requiere una justificación individualizada.**

(Comentarios a la luz de la sentencia del  
Tribunal Constitucional 143/97 de 15 de septiembre)

Pedro-Joaquín Maldonado Canito.

Abogado. Letrado del Servicio de Orientación

Jurídica Penitenciaria del I.C.A.M.

## 1.- INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional 143/97, de 15 de septiembre, es de un excepcional interés por los temas que aborda y las decisiones a que llega. El objeto del recurso fue la posible vulneración del artículo 25 de la Constitución por la existencia de una Circular que establecía unas “Normas Comunes Tipo” aplicables a los internos en régimen cerrado, así como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de una fundamentación específica del mantenimiento de un interno en régimen cerrado tanto en la resolución administrativa como en las posteriores judiciales.

El Tribunal Constitucional desestimó el primero de los motivos señalados pero admitió el segundo llegando a la anulación de la propia resolución administrativa por falta de motivación.

En este trabajo, que a continuación desarrollo, he pretendido analizar tanto la postura que tuve la oportunidad de defender, al haberme hecho cargo de la defensa del interno desde que se le notificó la resolución administrativa de mantenimiento en régimen cerrado, como la finalmente adoptada por el Tribunal Constitucional.

## 2.- CATEGORÍAS JURÍDICAS LIMITADORAS DEL STATUS LIBERTATIS.

El artículo 25 de la Constitución establece “... *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...*”

Las personas que se encuentren privadas de libertad, sometidas al cumplimiento de una pena, gozan, en principio, de los mismos derechos que los ciudadanos libres. Ahora bien, su situación de privación de libertad supone un *status libertatis* con unas características diferentes, configurado por tres categorías jurídicas: el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Estas tres categorías jurídicas constituidas por la resolución judicial, el pacto y la norma, determinarán, en su caso, ciertas restricciones y limitaciones en sus derechos.

En el desarrollo de las citadas categorías jurídicas se incurre, en ocasiones, en limitaciones que van más allá del ámbito determinado por las áreas de restricción definidas por aquéllas. Los principales conflictos surgen cuando las restricciones se fundamentan en el sentido de la pena o en la norma penitenciaria, puesto que el contenido del fallo condenatorio se encuentra amparado por una decisión judicial sometida al principio de legalidad, “*nulla poena sine lege*”.

Cuando el análisis se aborda desde la perspectiva del sentido de la pena<sup>1</sup> el conflicto se centra en la orientación que debe darse a la misma. Entendemos que frente a criterios retribucionistas y ejemplarizadores (prevención especial y prevención general) nuestra Constitución, en el apartado 2 del artículo 25 C.E., contiene la piedra angular:

*“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.”*

Cuál debe ser el sentido de la pena es claro y determinante porque así lo manifiesta la propia Constitución, sin embargo el ámbito social determina cierto alejamiento de este principio básico para imprimir, en determinados momentos, matices retributivos y ejemplarizadores de la pena de ningún modo acordes con el precepto constitucional.

La tercera categoría jurídica restrictiva del *status libertatis* viene configurada por la ley penitenciaria, cuyo desarrollo administrativo se extiende, en ocasiones, más allá de los preceptos legales con la consiguiente transgresión de la norma, cuya dimensión se pretende ampliar. Así sucede, a mi entender, con determinadas Circulares y Comunicaciones Internas de la Administración Penitenciaria y, más concretamente en el caso de las “Normas Comunes Tipo” que basadas en criterios de unificación a la hora de aplicar las normas incurren en ocasiones en restricciones no previstas por la Ley Orgánica General Penitenciaria ni, siquiera, por el Reglamento.

En tal sentido se pronuncia el Voto particular de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/1996, de 8 de julio, expresado por el Excelentísimo Señor Don Carlos Vives Pi-Suñer, al que se adhiere el Excelentísimo Señor Don Tomás S. Vives Antón. En este voto particular, al analizarse la aplicación de la Orden Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, de 2 de Agosto de 1991, sobre “Normas Comunes Tipo para internos clasificados en primer grado de tratamiento o con aplicación del régimen del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, en la que se contiene una determinada aplicación de la medida de aislamiento, se indica que *“la medida de aislamiento impugnada en el presente proceso constitucional afecta al derecho a la libertad proclamado en el artículo 17 CE<sup>2</sup>. (...) En efecto, aunque no pueda afirmarse que la medida de aislamiento en celda sea,*

---

<sup>1</sup> El sentido de la pena, según WELZEL, es “el aspecto expiatorio, que es a la vez función y fundamento de ella, en cuanto retribución justa del hecho tiene por función hacer visible ante todos su desvalor, y afirmar con ello el juicio ético-social; y es fundamento en cuanto el postulado del mantenimiento del desarrollo justo del mundo hace que sea correcto que el delincuente sufra también conforme a la extensión de su culpabilidad”.

<sup>2</sup> La citada afectación al derecho a la libertad, como menciona el voto particular, recogiendo doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, ha sido calificada como “una grave restricción de la ya



*en rigor, privativa de libertad si que se constata que en el aislamiento prolongado se suprimen de modo evidente otras manifestaciones remanente de la citada libertad: el penado sometido a un régimen de vida regido en su casi totalidad por el aislamiento ve restringida su ya extraordinariamente limitada esfera vital a un ámbito aún más reducido. Por ello una medida de aislamiento de la índole de la cuestionada (veintidós horas diarias), al afectar a la libertad, solo resultaría admisible ex art. 25.2 CE si tiene cobertura en una ley”.*

El sentir de la jurisprudencia constitucional, al interpretar la aplicación del art. 17 CE al privado de libertad, ha sido el siguiente: *“Al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión; como ha dicho nuestra doctrina “no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de la libertad impuesta exclusivamente por sentencia judicial” (STC 2/1987, fundamento jurídico tercero).*

Admitiendo esta doctrina como plenamente válida, no puede por menos que afirmarse: *“Si bien es cierto que el interno de un establecimiento penitenciario se ve privado en lo primordial de su libertad -lo que deja fuera del art. 25.3 CE ulteriores restricciones de la misma, a las que ya no puede denominarse propiamente, en ese sentido, <<privaciones>>, ello no comporta que su nuevo status libertatis -modificado (SSTC 2/1987, 57/1994 y 35/1996), pero no suprimido- no integre el ámbito del art. 17 CE y que, en consecuencia, las restricciones relevantes del mismo no hayan de tener la adecuada cobertura legal que requiere el art. 25.2 CE para poder limitar los derechos fundamentales del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución.”*

Considero que las escasas previsiones de la Ley penitenciaria producen consecuencias indeseadas que han de ser atajadas, ya que de lo contrario una interpretación extensiva puede provocar consecuencias no queridas y gravemente atentatorias a los derechos fundamentales.

El mencionado voto particular de la sentencia 119/1996, indica: *“ Más allá de las insuficientes y genéricas referencias a la <<limitación de las actividades en común>> y al <<mayor control y vigilancia de los internos>>, no se encuentra en el precepto transcrito alusión alguna a medidas de aislamiento en celda de la especie ahora impugnada, cuya contundencia en la restricción del derecho a la libertad viene confirmada por la cercanía de su contenido a la de la sanción más grave en el ámbito penitenciario”.*

---

restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena”. En este sentido STC 74/1985 (RTC 1985,74) fundamento jurídico 4.º; también SSTC 297/1993 (RTC 1993, 297), 97/1995 (RTC 1995, 97), 129/1995

Concluye el voto particular manifestando: *“Debe, pues, afirmarse que la restricción del derecho a la libertad no aparece regulada en la ley con el carácter de expresividad exigido taxativamente por el art. 25.2 CE. Tampoco cabe apreciar que se establezcan en el precepto transcrito de la Ley Orgánica General Penitenciaria los rasgos cualitativos y cuantitativos indispensables para cubrir una posterior especificación reglamentaria. Por todo ello estimo que debería haberse entrado en el análisis de la cuestión de la legalidad de las medidas de aislamiento impuestas y, en aplicación de cuanto queda expuesto, debería haberse otorgado el amparo solicitado y anulado los Acuerdos impugnados, ya que su adopción se basó en una mera Circular carente de la Cobertura legal que exige el art. 25.2 CE.”*

### **3.- TRATAMIENTO DE LAS “NORMAS COMUNES TIPO”, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

A través de las Normas Comunes Tipo se articula por la Administración Penitenciaria, entre otras cuestiones, el desarrollo del modo de vida de los internos, atendiendo a su clasificación. En muchas ocasiones se crean subclasificaciones, generadoras de diferentes derechos y restricciones que producen diferencias entre internos del mismo grado que no tienen su acogida en la Ley Orgánica Penitenciaria.

Este era mi parecer -y lo sigue siendo- y el del Ministerio Fiscal respecto a la Circular de 2 de Agosto de 1991, que, en palabras de este, contiene “normas de rango administrativo y cuasiinfrareglamentario con las que, y en abierta colisión con la ratio del artículo 10 de la L.O.G.P. se pretende ampliar este precepto”.

No es, sin embargo, el criterio del Tribunal Constitucional, que en la reciente Sentencia 143/1997, de 15 de Septiembre de 1997, publicada en el B.O.E. del 16 de Octubre, que tenía como objeto un recurso que formalice, tras agotar los correspondientes recursos ante la autoridad judicial penitenciaria, contra la aplicación a un interno de la citada Circular de 2 de Agosto de 1991, en concreto con la aplicación del régimen previsto en el art. 10 de la L.O.G.P., “Segunda Fase”. La Sentencia en su fundamento jurídico *segundo dice*: “... resultaría imprescindible que las denominadas “Normas Comunes Tipo” aplicadas al recurrente hubieran restringido, más allá de lo permitido por la Ley Penitenciaria, un derecho fundamental del actor de los incluidos en el título 1 de la C.E. Sin embargo, la demanda no concreta tal lesión ni ésta se deduce del análisis de las normas que la Circular de 2 de agosto de 1991 dedica a regular la denominada “Segunda Fase” aplicada. Tal Circular regula los cacheos y requisas, las salidas de las celdas, la limpieza de éstas y de las zonas comunes, la tenencia de ropa y enseres íntimos, el número de horas de vida en común que, como ya dijimos, se fija entre cuatro y seis días, etcétera, sin que se detecte ninguna determinación que restrinja un derecho fundamental de los aludidos o reduzca de forma esencial el ya mermado status libertatis del penado fuera o más allá del marco diseñado por la ley penitenciaria y su reglamento.”

---

(RTC 1995, 129) y 195/1995(RTC 1995, 195).

#### **4.- EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL RÉGIMEN CERRADO.**

La Sentencia 143/1997, de 15 de Septiembre, describe la aplicación del art. 10 L.O.G.P. como una medida de carácter excepcional. Así, en su fundamento jurídico cuatro, manifiesta: “... la clasificación de un penado en un determinado grado configura el estatuto jurídico del preso, siendo el régimen cerrado previsto en el art. 10 L.O.G.P. el más riguroso y el que implica una mayor limitación del ya sustancialmente restringido status libertatis, por lo que la legislación penitenciaria confiere a su aplicación un carácter excepcional ( art. 10.2 L.O.G.P. y el art. 38.1 R.P. aplicable) para los penados clasificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los de régimen ordinario y abierto, circunstancias éstas que han de ser apreciadas “ por causas objetivas en resolución motivada” (art. 10.1 L.O.G.P.). Tal carácter excepcional se deriva no sólo del mayor control y vigilancia a que se ven sometidos los clasificados en dicho régimen y por la limitación de las actividades en común, pautas con las que genéricamente define la Ley penitenciaria el régimen cerrado sino por las negativas consecuencias que su aplicación comporta en otros aspectos de la vida penitenciaria. Por ello la aplicación del régimen cerrado ha de reservarse a aquellos supuestos en los que los fines de la relación penitenciaria no puedan ser obtenidos por otros medios menos restrictivos de derechos.”

Por otra parte, acotar el límite temporal de la medida tiene su fundamento en el respeto a los derechos fundamentales como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1996, de 29 de Octubre, que, en su fundamento jurídico cuarto, indica: “El mantenimiento de una medida restrictiva de derechos, como la analizada más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de los fines que la justifican, podría lesionar efectivamente el derecho afectado, en este caso el derecho al secreto de las comunicaciones (SSTC 206/1991 (RTC 1991, 206), fundamento jurídico 4.º, 41/1996 (RTC 1996, 41), fundamento jurídico 2.º, etc). Los arts. 51 y 10.3, párrafo segundo de la LOGP y los correlativos preceptos del Reglamento Penitenciario de 1981 (RCL 1981, 1427, 1814 y ApNDL 11181), en concreto los arts. 91.1 y 98.4 (y arts. 41 y siguientes del Reglamento Penitenciario de 1996 (RCL 1996, 521 y 1522)), llevan implícita la exigencia de levantamiento de la intervención en el momento en que deje de ser necesaria por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron, en cuanto se legitima exclusivamente como medida imprescindible por razones de seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento

#### **5.- ANTE UNA MEDIDA EXCEPCIONAL UNA MOTIVACIÓN INDIVIDUALIZADA**

El derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de derechos e intereses legítimos (artículo 24.1 de la Constitución), entre cuyas garantías se encuentra el derecho a obtener una resolución motivada, supone que ante situaciones excepcionales no es suficiente una

motivación genérica que no se cuestione la validez de la medida excepcional y que no dé una respuesta razonable a la misma.

La sentencia objeto de análisis señala, en su fundamento jurídico quinto:

*“(…) En lo que a los Autos del Juzgado de Vigilancia se refiere, aun señalando que ni la concisión ni el uso de modelos implica necesariamente una falta o insuficiencia de motivación (SSTC 184/1988, 125/1989, 74/1990, 169/1996, entre otras), lo cierto es que la respuesta ofrecida no satisface la exigencia derivada del art. 24. 1 C.E. El órgano judicial en los dos Autos impugnados se limitó a ofrecer una motivación tan genérica que puede ser aplicada a cualquier recurso interpuesto frente a la aplicación del art. 10 L.O.G.P., y sin razonamiento concreto alguno en torno al supuesto de autos que permita afirmar que el acuerdo administrativo fue realmente revisado por el órgano judicial, máxime teniendo en cuenta que el recurrente no se limitaba a solicitar una progresión de grado, sino que cuestionaba la validez y suficiencia de la razón ofrecida por la Administración penitenciaria para justificar la aplicación del régimen cerrado”.*

*“Por otra parte, no cabe estimar suficiente la remisión genérica en la resolución del Juez a los informes obrantes en el expediente y la del Tribunal al hecho de que aquéllos señalaran la existencia de una evolución favorable de la conducta del penado, fundamentalmente porque los referidos informes resultan equívocos y no especificatorios de los datos exigibles a los que parecen referirse puesto que ni siquiera incorporan (como hubiera sido necesario para establecer el contraste) las causas objetivas motivadamente apreciadas en la disposición inicial, según establece el art. 10.1 de la L.O.G.P.”*

Llama la atención que la falta de motivación esté referida no, como ha ocurrido en otras ocasiones, a que lo genérico de la resolución del recurso ante el Juez de Vigilancia sirva para la resolución de cualquier recurso que se le plantee sino a que puede servir para resolver cualquier recurso que se interponga en relación a la aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Continúa la sentencia del Tribunal Constitucional refiriéndose ahora a la resolución que dictó la Audiencia Provincial de Madrid:

*“No puede, pues, tampoco considerarse suficiente ex art. 24.1 la respuesta ofrecida por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, ya que este órgano judicial desestima el recurso de apelación interpuesto, como antes decíamos, por considerar suficiente la fundamentación administrativa y judicial obtenida desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, pero sin revisar la aplicación del régimen cerrado desde el prisma de la legislación penitenciaria, que es lo que en primer término le compete y lo pretendido por el actor. Así, aunque en una primera lectura del Auto*

*podría darnos a entender que justifica el mantenimiento del régimen cerrado por la persistencia de las causas que en su día motivaron la aplicación del art. 10 L.O.G.P., tal alusión no tanto se realiza para justificar la legalidad del acuerdo como para calificarlo de suficientemente motivado. En cualquier caso, tal remisión implícita por la Audiencia Provincial a las causas objetivas determinantes de la calificación inicial no implicaría una calificación favorable de la legalidad del acuerdo administrativo porque la Audiencia Provincial desconoce aquellas causas, valoradas en el inicial acuerdo de aplicación del art. 10 L.O.G.P., acuerdo inicial que no figura en el expediente, por lo que difícilmente pudo el órgano judicial tenerlas en cuenta para ratificar el proceder de la Administración Penitenciaria.” (Fundamento Jurídico 5.º)*

## **6.- ANULACIÓN DE RAÍZ DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

Llama la atención que la resolución objeto de estudio, después de señalar que las resoluciones judiciales han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente entre a analizar la carencia de motivación de la resolución administrativa que acordaba el mantenimiento en régimen cerrado y que la consecuencia de ese estudio sea que el citado derecho fue igualmente vulnerado por la propia resolución administrativa y acabe declarando la nulidad del mismo.

Dice la sentencia en su fundamento jurídico sexto:

*“La estimación del motivo de amparo analizado debe conllevar la anulación de las resoluciones judiciales recurridas. Pero asimismo del acuerdo de 1 de julio de 1992 de la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario de Madrid II, que dictó la resolución revisada, a cuyo acto cabe atribuir la inicial falta de motivación exigible puesto que se fundó de modo escueto en la inexistencia de una evolución favorable en la conducta del penado que deducía de los informes obrantes en el expediente sin expresar, ni menos explicar, las causas objetivas de dicha carencia de evolución, máxime cuando la remisión tenía lugar respecto de unos informes en que tales causas no aparecían y esta motivación lo es también para el conocimiento del destinatario y para que los órganos jurisdiccionales revisorios puedan examinar los fundamentos de la misma y que en el caso no corrigieron, como antes se dice, esta deficiencia.”*

La actuación de los Organos Jurisdiccionales a la hora de analizar la fundamentación administrativa, incurre en una práctica errónea aunque no por ello menos frecuente, y es adoptar como válida la resolución administrativa al considerar la presunción de legalidad que se predica de los actos administrativos -desde una postura que, en otros ámbitos, al menos en la teoría, esta superada hace

tiempo-, lo que produce situaciones poco deseables en las resoluciones judiciales, al entender como justificada la decisión de la Administración por sus simples razonamientos, aún a pesar de la insuficiencia de estos, como así ha sucedido en el supuesto que estamos contemplando.

Todo ello supone partir de una incorrecta aproximación al concepto de presunción de legalidad y su significado teleológico, que no es otro que asegurar la ejecutividad de los actos, impidiendo que la reclamación de un particular pueda paralizar los efectos de la acción administrativa.

Tanto el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria como la propia Audiencia Provincial han entendido que la Administración había justificado plenamente su decisión, olvidando que la habilitación que la norma otorga a la Administración para facultar su poder discrecional no es otro que la exigencia de justificación, entre otras cosas porque su actuación esta reglada y con sometimiento al imperio de la Ley.

En este sentido sí la ausencia de razonamiento de la actuación de la Administración penitenciaria es tal, que se impide conocer los motivos que han llevado a adoptar una decisión se está eludiendo la posible revisión del acto, impidiendo a los órganos judiciales el control del sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución), burlándose de esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva. En estas circunstancias, que se dan en el caso objeto de estudio, entendemos que el propio Tribunal Constitucional puede, como hizo, sustituir a la administración en sus pronunciamientos y revocar aquellas resoluciones cuyo contenido vulnera manifiestamente los preceptos de la Constitución.