

# CUADERNOS DE DERECHO

## PENITENCIARIO Nº 3.

### ÍNDICE

\* PRESENTACIÓN.

Jesús Castrillo Aladro. Vicedecano del I. Colegio de Abogados de Madrid.

*I. LOS FICHEROS DE INTERNOS DE ESPECIAL SEGUIMIENTO (FIES). Análisis de la normativa reguladora, fundamentos de su ilegalidad y exclusión del ordenamiento jurídico.*

Julián Carlos Ríos Martín. Abogado. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)

- 1.- Concepto y regulación.
- 2.- Objetivos y mecanismos de control.
- 3.- Razones de ilegalidad.
- 4.- Posibilidades legales de exclusión del FIES.

**II. LIMITACIONES REGIMENTALES Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN PERSONAL.**

Pedro-Joaquín Maldonado Canito. (Letrado del S.O.J.P.)

1. Introducción.
2. Antecedentes del precepto.
3. La situación derivada del nuevo Reglamento Penitenciario.
4. La aplicación del artículo 75 del R.P., en la práctica.
5. Órgano competente para acordar la medida.
6. Recursos contra su aplicación.

*III. COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO. (Primer trimestre de 1998).*

Valentín J. Sebastián Chena. (Abogado)

- 1.- Sentencia 58/98, de 16 de marzo. (Comunicaciones escritas con abogado: aplicación de las garantías del artículo 51.2 de la L.O.G.P.)
- 2.- Sentencia 69/98, de 30 de marzo. (Procedimiento sancionador. Tutela judicial efectiva: resoluciones estereotipadas que no dan respuesta a lo alegado).
- 3.- Sentencia 75/98, de 31 de marzo. (Permiso ordinario. Concesión por Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, revocación por Audiencia Provincial sin motivación del cambio de criterio).
- 4.- Sentencia 79/98, de 1 de abril. (Libertad condicional. No concesión por falta de garantías de hacer vida honrada en libertad).

# I

## **LOS FICHEROS DE INTERNOS DE ESPECIAL SEGUIMIENTO (FIES).**

**ANÁLISIS DE LA NORMATIVA REGULADORA, FUNDAMENTOS DE SU ILEGALIDAD Y  
EXCLUSIÓN DEL ORDENAMIENTO JURIDICO**

**Julián Carlos Ríos Martín  
Abogado.  
Profesor de Derecho Penal  
de la U.P.Co. (ICADE).**

### **1. CONCEPTO Y REGULACIÓN**

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

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

\* FIES-1 (Control Directo). En este fichero se incluyen las personas especialmente peligrosas y conflictivas, protagonistas e inductoras de alteraciones regimentales muy graves que hayan puesto en peligro la vida o la integridad física de los funcionarios, autoridades, otros internos o personal de la

institución, tanto dentro como fuera de la cárcel, con ocasión de salidas para traslados, diligencias u otros motivos <sup>(1)</sup>.

\* FIES-2 (Narcotraficantes). Se incluyen aquellas personas, **preventivas** o penadas, **presuntas** o autoras de delitos contra la salud pública (tráfico de drogas o estupefacientes) u otros delitos íntimamente ligados a éstos (evasión de divisas, blanqueo de dinero...) cometidos por grupos organizados nacionales o extranjeros, y aquellos que, a través de informes de las fuerzas de seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos <sup>(2)</sup>.

\* FIES-3 (Bandas Armadas). Se incluyen todas aquellas personas ingresadas en prisión por vinculación a bandas armadas o elementos terroristas, y aquellos que, a través de informes de las fuerzas de seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos.

\* FIES-4 (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de I.I.P.P.). Se incluyen los que pertenecen o han pertenecido a este colectivo profesional, cuya integridad física y seguridad es preciso proteger conforme a lo previsto en el art. 8 de las L.O. de las F.C.S.E)

\* FIES-5 (Características Especiales). Se incluyen diversos subgrupos de personas. Temporalmente, aquellas que evolucionan de forma muy positiva en el colectivo Régimen Especial. Aquellas, que vinculadas a la delincuencia común de carácter internacional, sean autoras o **presuntamente** responsables de delitos extraordinariamente violentos contra la libertad sexual, que además hayan causado gran alarma social. Finalmente, también quedan incluidos los reclusos ingresados por negarse a realizar el servicio militar o rehusaren a realizar la prestación social sustitutoria.

## 2. OBJETIVOS Y MECANISMOS DE CONTROL

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

---

<sup>1</sup>.-La única posibilidad de introducir en este fichero a personas es por los motivos establecidos. La inclusión debe quedar suficientemente motivada.

<sup>2</sup>.- La posibilidad de incluir en este fichero a preventivos y presuntos supone un atentado contra el derecho fundamental a la presunción de inocencia; hecho que supone un vulneración de la normativa constitucional.

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

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

Como ocurre en otras parcelas del ordenamiento penitenciario, con la simple indicación formal de que el control realizado no vulnera en ningún caso la legalidad existente, se quiere esconder y suplantar la realidad. Estamos ante una situación de intento de construcción ficticia de una realidad, para *"hacer ver, lo que de ninguna manera es"*. Esta "maniobra" normativa realizada por el legislador penitenciario (Dirección General de Instituciones penitenciarias) es tan visible y clara que no consigue los efectos que pretende de camuflaje de la ilegalidad que pretende, aunque amparándose en esta realidad ficticia que se dispone en la Instrucción, algunos Jueces de Vigilancia no han accedido a excluir del fichero a determinadas personas. En cambio, a otros Jueces, tal situación no se les ha pasado por alto y han declarado en sus resoluciones la ilegalidad del fichero.

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

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

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

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

- Excarcelaciones para traslado a otra cárcel u hospital.
- Ingreso procedente de un traslado, ya sea de tránsito o destino.
- Las modificaciones en su situación penal y procesal, así como las penitenciarias.
- Los acuerdos de los órganos colegiados y resoluciones de los órganos unipersonales (sanciones, cancelación, destinos, recompensas, intervención de las comunicaciones, propuestas de art. 10, clasificaciones, grados)
- Comunicación con los letrados, indicando nombre de los mismos. (No es legal el control a profesionales por parte de la administración penitenciaria).
- Cualquier incidente regimental **incluso sospechas de que puedan protagonizarlo**. (Vulneración del derecho a la presunción de inocencia, toda vez que sobre esas sospechas pueden derivar restricciones de derechos o un aumento de control).
- Participación en actividades programadas.
- Solicitudes de permisos de salida, **antes de proceder a su estudio por parte del equipo técnico** con indicación del domicilio donde fijaría su residencia. (Estos datos son los que pueden influir subrepticamente en la denegación de los permisos para estas personas. Estar incluido en alguno de los ficheros es uno de los impedimentos, en la práctica, para la concesión de los permisos. Este criterio se maneja hábilmente en la Juntas de régimen, pero el dato no se refleja posteriormente en los acuerdos adoptados. Así el permiso se denegará por otros motivos: importancia del delito o trascendencia social, falta de consolidación de factores positivos, etc...).
- Autos o resoluciones de los Juzgado de Vigilancia o Audiencias que resuelvan quejas planteadas por estas personas, siempre que tengan alguna trascendencia para el régimen del establecimiento.
- Cualquier otra información de interés.

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

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

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

Para narcotraficantes el control aumenta con los siguientes medios:

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

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

- Comunicaciones familiares y con otras personas (con indicación semanal de las personas con las que comunica durante la semana, comunicaciones especiales vis a vis, familiares o de convivencia, indicando el D.N.I. y parentesco de todas ellas. Mensualmente se debe remitir una relación de todas las comunicaciones, **indicando D.N.I. y parentesco de todas las personas con las que se comunica**, llamadas de teléfono, señalando el número y si es posible **datos de la llamada**. Asimismo comunicaciones escritas, aunque la mayoría las tiene intervenidas. Este medio de control para obtener la información vulnera el secreto de las comunicaciones al exigir el control de los comunicantes (cuando éstos son ciudadanos libres) y los datos de la llamada, sin previa declaración de intervención.
- Relaciones con los funcionarios.
- Relaciones con otros internos.
- Rol y capacidad de liderazgo.
- Relaciones y posibles vinculaciones con otros grupos.
- Control sobre el movimiento de sus cuentas de peculio, indagando el origen de sus aportaciones, así como las extracciones para otros internos y ex-internos.

- Cuando se valore la posibilidad de asignarle un destino, deberá cuidar que no sea de los de confianza, que no conlleve la realización de tareas en el exterior o tenga acceso a otros medios de comunicación.
- Ante salidas al exterior del departamento para realizar actividades culturales tienen que observar idénticas prevenciones.
- Durante la celebración de las comunicaciones con el exterior, se tendrán en cuenta las limitaciones y medidas de seguridad o control previstas en la ley.
- Periódicamente y por estrictas razones de seguridad serán cambiados de celda.
- Se **potenciará** respecto de ellos, las medidas de seguridad interior inmediatas (**cacheos, recuentos, requisas**) del art. 65 R.P.

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

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

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

En caso de que las comunicaciones estén intervenidas, las cartas, tanto de entrada como de salida se fotocopiarán todos los días, y se remitirán a la Coordinación de Seguridad. Existe una normativa interna que dispone que cuando transcurran más de 15 días sin que la Coordinación de Seguridad haya

contestado se dé trámite a las mismas. Lo que quiere decir que las cartas se reciben al menos con 15 días de retraso sobre el día en que han llegado a prisión. Esta intervención, en la mayoría de los casos, es por tiempo indefinido. Se va renovando trimestral o mensualmente, aunque no haya existido novedad alguna durante el tiempo de la intervención.

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

### **3. RAZONES DE ILEGALIDAD.**

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

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

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

**Segunda.-** La aplicación del régimen FIES supone una diferenciación de regímenes de vida, dentro del régimen cerrado o especial del artículo 10 LOGP, con restricciones de derechos, no querida ni contemplada por el legislador. Las personas incluidas en el FIES-RE, ahora denominado Control Directo,

tienen un régimen más severo que los internos de una misma clasificación de primer grado (JVP de Granada, auto de 31.07.95). Con la aplicación de este régimen de vida se ignoran no sólo las consecuencias, sino también las causas de su inclusión en el mismo (JVP 3 de Madrid, auto de 10.08.95).

Por el contrario, tanto las autoridades administrativas como la instrucción que lo regula, mantienen que la inclusión en un FIES no afectará a la clasificación, ni al tratamiento, ni a la vida regimental. Pero ello resulta difícil de admitir. Por una razón muy sencilla: ¿cómo se puede lograr "el control adecuado" que demanda el régimen de vida del FIES?. Este control, como cualquier otro, exige "un especial seguimiento", y éste tiene que consistir necesariamente en una mayor vigilancia que afectará, al menos, a la situación regimental. Ello supondrá, una limitación, menoscabo o derogación pura y simple de derechos penitenciarios plasmados legal o reglamentariamente. Se han detectado por información de presos, traslados de módulos dentro de la misma prisión cada semana o cada quince días, traslados de prisión a prisión -en ocasiones hasta 25 en tres años-, intervención arbitraria de correspondencia, cacheos personales indiscriminados, aislamientos, vulneración de la intimidad, y consecuencias que se desconocen pero que de hecho se realizan en cuanto a progresiones/regresiones de grado, concesión/ denegación de permisos. Es evidente que le corresponde a la cárcel la prueba de que esto no es así en cada caso concreto puesto que es la autora del fichero y de la base legal en que se fundamenta (JVP 3 de Madrid, auto de 14.07.1995).

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

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

**Cuarta.-** El fichero carece de la mínima apoyatura legal o reglamentaria (Autos de 22.03.95; 14.07.95; 02.11.1995 del JVP 3 de Madrid). El FIES crea un nuevo régimen de vida no previsto legal ni reglamentariamente. Tampoco está previsto en alguna norma de revisión o abierta que pueda justificar su existencia. La relación de sujeción especial se concreta en la Ley y en el Reglamento, a través de tres grados de tratamiento -cerrado, ordinario y abierto-. No puede admitirse una subespecie de aquella relación, a modo de reduplicación de la sujeción, y por tanto no puede haber ninguna clasificación distinta de las previstas. Es más, la relación jurídica de sujeción especial no puede prolongar la "longa manus" administrativa hasta este extremo.

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

1) Art. 25.2. C.E. que establece que el condenado a pena de prisión que estuviese cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena, y la Ley penitenciaria.

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

3).- Art. 3.2. (L.O. 10/95, de 23 de noviembre que aprueba el Código penal). No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.

4).- L.O. 1/79 de 26 de septiembre L.O.G.P. La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por ley, los reglamentos y las sentencias judiciales. A este respecto el artículo 3 L.O.G.P. señala que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos, y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecer diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición, o cualesquiera otra circunstancia de análoga naturaleza.

Si el Reglamento no puede innovar la Ley, ni contradecirla, ni limitarla, ni modificarla, no es legalmente posible que una instrucción pueda hacerlo. Con arreglo al artículo 18 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 y art. 21 LRJAPyPAC, las circulares e instrucciones sólo pueden referirse a la organización interna de los servicios dependientes de los subsecretarios y Directores Generales. Este fichero, como señala el Juzgado de vigilancia nº 3 de Madrid en su auto 08-08-1994, solamente puede tener eficacia ad intra de la propia administración penitenciaria,

sin repercusión, ni formal ni material en el régimen, y mucho menos en el tratamiento penitenciario. Este carácter interno es lo que justifica que la eficacia de las circulares e instrucciones no esté condicionada a su publicación (art. 37.10 LRJAP y PAC) como sucede con las leyes (art. 2.1 CC) y con las disposiciones administrativas (art. 52 LRJAP y PAC). Por ello, en la medida en que las repetidas circulares pretendieran alterar, matizar, o simplemente interpretar las disposiciones legales o reglamentarias de alcance general, podrían incurrir en nulidad (art. 51 LRJAP y PAC), con mayor razón cuando incidieran sobre materias que, como las penas, gozan en nuestro ordenamiento de reserva de ley (vid. art. 26 LRJAE).

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

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

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

Las Circulares e Instrucciones en sentido propio, carecen de valor reglamentario. Son meras normas internas que se dirigen a los subordinados en la jerarquía administrativa y no pueden producir efectos externos, sino que agotan su eficacia en el interior del "ordenamiento derivado" en que se producen<sup>(3)</sup>. Esto significa:

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

---

<sup>3</sup>.- STS 20 de diciembre de 1966; STS 30 de junio de 1996; STC 102/1988 de 8 de junio.

b) No poseen eficacia habilitante, esto es, no pueden crear "ex novo" potestades que incidan sobre la esfera jurídica de terceros. Por ello no pueden vincular a particulares, y tampoco a jueces y magistrados (<sup>4</sup>).

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

Por todo ello, son normas que no precisan su publicación en el BOE (<sup>5</sup>), y no necesitan para producirse una autorización legal distinta de la simple habilitación para emanar circulares e instrucciones que se confiere al órgano administrativo.

Sin embargo, en no pocas ocasiones, las circulares e instrucciones encubren verdaderos reglamentos, por lo que debe ser el contenido y el fin de la circular o instrucción el que determine su auténtica naturaleza jurídica (<sup>6</sup>).

¿Cómo identificar cuándo una Instrucción o circular encubre unos reglamentos? Se han dado tres notas en presencia de las cuales la instrucción debe ser considerada de naturaleza administrativa(<sup>7</sup>):

- a) Se someten a sujeciones nuevas a los administrados.
- b) Comportan una decisión de carácter general seguida de simples medidas de aplicación.
- c) Crean una nueva regla imperativa.

Aunque reúnan estas notas, si falta el requisito de publicación en el BOE la jurisprudencia les niega el valor reglamentario pero no las anula. **Sólo cuando es imposible su acomodo, porque ha procedido a modificar el contenido de normas superiores, violando el principio de jerarquía normativa, se declara la nulidad de la misma** (<sup>8</sup>).

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

---

<sup>4</sup>.- STS 18 de noviembre de 1987; STS de 17 de febrero de 1987.

<sup>5</sup>.- STS 31 de enero de 1967; STS 13 de diciembre de 1969; STS 5 de marzo de 1976; STS 9 de marzo de 1994; STC 150/1994 de 23 de mayo. La publicación en el BOE no afecta a la validez sino a la eficacia.

<sup>6</sup>.- Cfr., BAENA DEL ALCAZAR., M., "Instrucciones y circulares como fuente del Derecho administrativo", RAP nº 48 (1965), p. 118 y nota 39).

<sup>7</sup>.- BAENA DEL ALCAZAR, M., op. cit., p. 121.

<sup>8</sup>.- V.Gr. la anulación que lleva a cabo la STS de 26 de mayo de 1976.

AUTORIZACION LEGAL distinta de la simple habilitación para emanar este tipo de normas que se haya conferido a la autoridad administrativa competente (<sup>9</sup>).

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

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

El derecho a la libertad personal implica que no se pueden realizar privaciones o restricciones de la libertad ilegítimas o arbitrarias, ni imponer límites a las esferas de autonomía física del individuo que desconozcan el contenido esencial del derecho establecido en el art. 17. C.E. Esto es, que lo desnaturalicen, lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección.<sup>10</sup>

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

Efectivamente, la protección de la libertad personal se construye, sobre todo, a través de la interdicción de sus limitaciones no justificadas constitucionalmente.<sup>11</sup>

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

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

---

<sup>9</sup>.- LOPEZ BENITEZ, M., "Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial", civitas, Madrid, 1994, p.375.

<sup>10</sup>.- FREIXES SANJUAN, M T., y REMOTTI, J.C., "El derecho a la libertad personal", Barcelona, PPU, 1993, p. 14.

<sup>11</sup>.- GARCIA MORILLO, J., "El derecho a la libertad personal", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 63-64.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es doctrina consolidada que quien limita el ejercicio de un derecho fundamental ostenta la carga de realizar un juicio de oportunidad que acredite la necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas, siendo inexcusable su motivación.<sup>12</sup>

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

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

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

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

**Séptima.-** Contradice el sistema de individualización científica en que se basa el ordenamiento penitenciario español, toda vez que la inclusión no deviene de una personalidad o características de la persona que es el objeto primario y único del sistema penitenciario de individualización científica, sino de un hecho puramente objetivo: delito, trayectoria penitenciaria, criminalidad organizada (JVP núm. 3 de

---

<sup>12</sup>.- STC 52/1995, 23 feb., FJ 5; STC 291/1993 oct., FJ 2; STC 62/1982 15 OCT. FJ.

Madrid, auto de 14.07.1995). A este respecto, el art. 72 LOGP establece que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional. En todo caso, es necesario la individualización para su inclusión en el FIES; por ello el JVP de Granada obliga a que "la cárcel remita al juzgado la relación de todos los internos ubicados en el llamado departamento FIES de régimen especial con un estudio actualizado, realizado por el equipo de observación y tratamiento, de la personalidad y evolución penitenciaria de los internos y de aquellas circunstancias que han motivado su inclusión en dicho régimen especial, así como los cambios que se hayan observado en su conducta con un programa individualizado de recuperación, tal como contempla la Circular 7/95, a fin de que el juzgado autorice, su procediese el art. 10 LOGP que implica la ubicación en dichos departamentos especiales. Asimismo se notificará esta resolución a la DGIP a fin de que dando cumplimiento a la misma cualquier inclusión en el denominado fichero FIES de régimen especial RE-1 (o de control directo) se comunique a este juzgado para su autorización de dicho régimen, si procediera, en cumplimiento de lo establecido en el art. 76.j en relación con el art. 10 LOGP. Tal clasificación deberá notificarse al interno.

**Octava.-** El fichero es abiertamente inútil desde la finalidad resocializadora de la administración penitenciaria. En principio, el fichero tiene como objetivo la obtención de información a través de la observación que se pueda obtener aplicando medios de control directo sobre el preso, con el objetivo de poder llevar a cabo con más eficacia las finalidades que tiene encomendadas. Ante esto cabe hacer las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

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

Para la clasificación se **ponderará la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno**, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso, para el buen éxito del tratamiento (art. 63 LOGP).

c.- Para las personas definidas **como peligrosas e inadaptadas existe una valoración técnico-pericial con el fin de decretar el régimen cerrado** o el ingreso en departamentos especiales (art. 10 LOGP). Para esta determinación deben ponderarse la concurrencia de los siguientes factores (art. 102.5 R.P.):

- Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta o antisocial.
- Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentas.
- Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas.
- Participación activa en motines, agresiones físicas, amenazas o coacciones.
- Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves de manera reiterada y sostenida en el tiempo,
- Introducción o posesión de armas de fuego en el establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

Este régimen de vida se **caracterizará por una limitación de las actividades en común con los otros internos y un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine**. Este régimen cerrado será de aplicación a aquellos penados que, bien inicialmente, bien por su involución en su personalidad o conducta, sean clasificados en primer grado por tratarse de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados a los regímenes ordinarios y abiertos (art. 89 R.P.). Ello supone que ha de existir una información previa, obtenida legalmente a través de los medios y métodos establecidos legalmente.

d.- La información no es solamente recogida y utilizada al inicio de la condena, sino **que cada seis meses los penados deben ser estudiados individualmente para evaluar y reconsiderar**, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo de tratamiento individualizado. Así mismo la central de observación estudiará aquellos internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para las juntas de tratamiento de los establecimientos o grupos o tipos de aquéllos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del centro directivo (Art. 109 R.P.)

e.- Un paso más en el conocimiento de las personas presas se hace necesaria en la progresión y regresión de grado, que se hará depender de la evolución en el tratamiento: **"dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global el interno..."**. La regresión cuando se aprecie una regresión negativa en el pronóstico de integración social y la personalidad o conducta del interno (art. 106 R.P.).

f.- Incluso, para aquellos que rechacen libremente o no colaboren en cualquier técnica de estudio de su personalidad, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de las mismas se realizarán mediante la **observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario** de los equipos técnicos que tengan relación con el interno.

g.- Respecto de la información que se pueda obtener de las comunicaciones, existe todo **un sistema de restricciones e intervenciones y suspensiones** legalmente previsto y judicialmente controlado (art. 51 LOGP) del que podrá hacer uso el director de la cárcel cuando las comunicaciones puedan afectar a la seguridad, interés del tratamiento o al buen orden del establecimiento. O, de igual forma cuando existan razones fundadas para creer que los comunicantes están preparando alguna actuación delictiva (art. 44.a) R.P.)

h.- Cuando el preso tenga comportamientos que atenten contra la vida o integridad física de otros internos o funcionarios, existe el régimen disciplinario para controlar esas situaciones; en concreto la sanción más estricta: **el aislamiento**. Y lógicamente la incoación de un procedimiento si la infracción está tipificada en el código penal.

**Novena.-** La normativa que regula los ficheros supone una vulneración del derecho fundamental a la intimidad. La sentencia de 19 de enero de 1995 analiza el concepto de domicilio en el marco del derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 C.E.) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.) Este derecho se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado. El domicilio es a efectos de protección "cualquier lugar cerrado en el que transcurre la vida privada individual y familiar, sirviendo como residencia estable o transitoria (STS 31.01.95). Tal derecho deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 10.1 C.E.)

De ello se deduce que el domicilio, en el sentido de la Constitución, no es sólo el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito erigido por una persona para desarrollar en él alguna actividad. En este sentido se ha dicho por la STC 22/84 que el derecho a la inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta. En este mismo sentido el art. 87.2 de la LOPJ demuestra que el ámbito de intimidad que corresponde al derecho fundamental es más amplio que el de habitación o morada.

Ante estos extremos, la normativa que permite cacheos personales diarios, registros de las celdas diarios, cambios de celda habitualmente, control visual nocturno cada hora, circunstancias añadidas al especial régimen de vida de las personas clasificadas en régimen cerrado (21 horas de celda en total aislamiento) anulan todo espacio íntimo del ciudadano preso.

**Décima.-** Desde otra perspectiva, y quizás más grave, la cárcel como institución cerrada y total, está alejada lo suficiente de su esencia y finalidad. Hace gala además de su opacidad ante los órganos jurisdiccionales de control, como para que se cree aún más la ausencia de control por normas de carácter secreto. (auto del JVP 3 Madrid de 14.07.1995)

## **4. POSIBILIDADES LEGALES DE EXCLUSIÓN DEL FIES**

Existen varias posibilidades de excluir a presos de los ficheros de especial seguimiento.

1.- La puerta la abrió el Tribunal Constitucional, mediante resolución de 15 de septiembre de 1994 (auto 241/94), por la que acordó la suspensión de las medidas derivadas de la inclusión en dicho fichero por entender que el tratamiento ordenado por la Circular que lo regula incidía directamente en las posibilidades de movimiento y de comunicación de individuos sometidos a penas privativas de libertad y, dado que aquella privación añadida sobre bienes tan esenciales es en sí misma irreversible, se procedió a acordar la suspensión del tratamiento penitenciario del que eran objeto los presos.

Aunque la decisión del Tribunal Constitucional únicamente suspendió la aplicación del régimen FIES a los dos recurrentes, sin embargo, la propia autoridad penitenciaria o, en su defecto, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (art. 76.1 LOGP) pueden suspender todas las medidas restrictivas de tratamiento que vienen aplicándose a los internos llamados FIES, en virtud de la argumentación adoptada por el Tribunal Constitucional (Autos JVP núm. 1 de Madrid de 17.08.95, 22.02.95, 23.02.95).

Para ello hay que recurrir al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y argumentar los derechos que se ven restringidos (intimidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad) y toda la argumentación que se ha expuesto a lo largo de este artículo.

2.- También puede hacerse la exclusión argumentando la ausencia de motivación e individualización en la resolución. En este sentido el auto NÚM. 571/97 de 28 de mayo de 1997 dictado por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, señala que *"el recurso debe prosperar, con el efecto de excluir al interno del mencionado fichero, pues si la mera condena por delito de tráfico de drogas, sin más especificaciones, es insuficiente para afirmar que el penado deba ser incluido entre determinados grupos de internos a fin de poder ejercer "un control adecuado frente a fórmulas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario". No se han agotado las razones para que el cambio en la norma de apoyo suponga un mantenimiento de la situación del interno, ni se han expuesto no ya las razones formales para el mantenimiento en la inclusión sino tampoco las razones jurídicas para la inclusión inicial en ese fichero (fichero que pretende por una parte ser útil y de otra no afectar para nada la vida del interno lo que es dudosamente compatible, pues raro será que el control adecuado y el especial seguimiento no afecten cuando menos a la vida regimental y probablemente también a la vigilancia y al propio sistema de clasificación). En definitiva, la inclusión en ese fichero, y por tanto la consideración como integrante de un grupo de internos de las características antedichas, requiere una motivación que por ninguna parte aparece en el expediente"*.

Esta motivación debe ser más clara cuando algunos internos estaban incluidos en este fichero cuando estaba en vigor la circular de 2 de agosto de 1991 que ha sido derogada. Tras la derogación de esa circular con arreglo a la cual fue incluido en el FIES en 1992, rige la Instrucción 21/96 de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios sin que consten las razones, tras esa instrucción, que aconsejan mantener en dicho fichero al interno incluido en él conforme a la circular derogada. Asimismo, se establece la exclusión de los presos preventivos (auto 323/97, A.P. 5ª Madrid).

3.- Una tercera posibilidad se abre por la vía del art. 6 de la LOPJ (JVP 3 de Madrid auto de 22.03.95). Esta norma posibilita la inaplicación de la circular FIES, toda vez que el mandato de la LOPJ es de inaplicación de reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa.

4.- La exclusión total del ordenamiento jurídico en base el control de constitucionalidad y legalidad ordinaria que corresponde a los jueces y magistrados respecto de disposiciones normativas sin rango de ley, inaplicándolas cuando estén en contradicción con lo previsto en la Constitución y las leyes. Su fundamento se encuentra en el art. 106.1 C.E. y debe hacer por la vía contencioso-administrativa.

5.- Cualquier acto de la administración penitenciaria realizado en aplicación de la instrucción que suponga una mayor restricción de la libertad respecto de lo preceptuado en la ley y el reglamento penitenciario, puede ser impugnado ante la jurisdicción ordinaria por la vía sumaria y preferente de la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (Ley 62/78 de 26 de diciembre, arts. 6 y siguientes, garantía contencioso-administrativa) y una vez agotada la vía previa puede ser objeto de recurso de amparo ante el TC (art. 43 LOTC).<sup>13 14 15 16 17</sup>.

---

<sup>13</sup>.- En tal sentido, vid. STC 47/1990, de 20 de marzo, resolviendo el Recurso de Amparo 1609/1987. En ella se admite el Recurso de Amparo contra actos en aplicación de instrucciones que violen derechos fundamentales, una vez agotada la vía previa que puede tramitarse por la vía sumaria y preferente de la ley 62/78 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

<sup>14</sup>.- Artículo 39 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: “1.-Las disposiciones de carácter general que dictaren la Administración del Estado, así como las Entidades locales y Corporaciones e Instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, una vez aprobados definitivamente en vía administrativa 2.- También será admisible la impugnación de los actos que se produjeren en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.”

<sup>15</sup>.- Artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.”

<sup>16</sup>.- ARROYO ZAPATERO, L., Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en REDC N. 8 (1983), p. 27.

<sup>17</sup>.- Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley (artículo 17.1, inciso segundo, de la Constitución).

## LIMITACIONES REGIMENTALES Y MEDIDAS DE PROTECCION PERSONAL

Pedro-Joaquín Maldonado Canito  
Abogado. Letrado del Servicio de Orientación  
Jurídica Penitenciaria del I.C.A.M.

**ARTICULO 75. *Limitaciones regimentales y medidas de protección personal.***  
(Reglamento Penitenciario. Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.)

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

-----

### 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 75 del Reglamento Penitenciario (en adelante R.P.) permite al Centro Penitenciario la adopción de medidas que impliquen limitaciones en la situación regimental a la que se encuentra sometido el interno. La norma, por la amplitud con que define los casos en que resulta posible la limitación y por no manifestar en que consisten las medidas que pueden llevarse a cabo, facilita, en exceso, la justificación de una actuación que debería entenderse como excepcionalísima. El riesgo consiguiente es la posible arbitrariedad en su aplicación.

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

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

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

## **2. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO**

El precepto que comentamos encuentra su origen en el artículo 32 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo.

Señalaba este artículo: *“Las limitaciones en el régimen de los detenidos y presos vendrán determinadas por la exigencia de asegurar su persona, por las de seguridad y orden de los Establecimientos y por la de impedir la influencia negativa de unos internos sobre otros.”*

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

Debe resaltarse, además, que del tenor literal de la norma se deduce que la pretensión original era únicamente la protección de detenidos y presos preventivos. Ninguna alusión hace a los penados,

como hace el artículo 75 del actual Reglamento. No obstante, lo anterior no era óbice para que la Administración Penitenciaria extendiera su aplicación, en muchas ocasiones, sin justificación alguna, a los penados; lo que suponía una limitación adicional a la ya restringida libertad personal de los internos.

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

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

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

### **3. LA SITUACIÓN DERIVADA DEL NUEVO REGLAMENTO**

La implantación del nuevo Reglamento (Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero) ha supuesto la “universalización” de las medidas que implican limitaciones regimentales. El artículo 75 del nuevo Reglamento extiende la aplicación de aquellas a los penados. Por lo menos -escaso consuelo-, ya no hay aplicaciones al margen del Reglamento.

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

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

De aquí surge inmediatamente una conclusión: el modelo que en la actualidad se utiliza en los Establecimientos Penitenciarios, esto es, el aislamiento forzoso con base en el artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario, no tiene encaje en esta norma que debería aplicarse, de una manera motivada, durante el tiempo mínimo imprescindible y únicamente, cuando no resulte posible otro tipo de actuación.

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

#### **4. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 75 EN LA PRÁCTICA.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria no es un simple requisito formal, por lo que este no debe limitarse a tener por recibida tal comunicación. Dar cuenta es algo más que poner en

conocimiento, tiene un matiz que supone justificar ante otro la actuación o decisión. Entiendo que la actitud del órgano judicial no puede de ningún modo ser pasiva o de mera recepción de la resolución sino que deberá examinar la actuación y pronunciarse acerca de si es ajustada o no.

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

El mismo criterio se vuelve a recoger en la Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de octubre de 1990, en el apartado L, así como en la Reunión de mayo de 1992 en su apartado L) nº 67.

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

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

régimen que, en la práctica, es de aislamiento, sin límite temporal. En este caso debería comunicarse, igualmente, al juez competente el traslado.

## **5. ÓRGANO COMPETENTE PARA ACORDAR LA MEDIDA.**

La aplicación de las limitaciones del artículo 75 R.P. se realiza por el Director del Establecimiento.

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

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

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

## **6. RECURSOS CONTRA SU APLICACIÓN**

### **A) Queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria.**

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

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

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

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

B) Recurso de reforma.

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

C) Recurso de apelación.

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

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

La mencionada disposición de la L.O.P.J. señala la improcedencia del recurso de apelación cuando la resolución del Juez de Vigilancia, en materia de régimen penitenciario y demás materias

que no se refieran a ejecución de penas, se haya dictado “*resolviendo un recurso de apelación (es como un recurso de alzada) contra resolución administrativa*”. Entiendo, aunque algunas Audiencias Provinciales no lo comparten, que sólo hay un caso: los procedimientos disciplinarios; es el único caso en que la Ley Penitenciaria habla expresamente de que contra la resolución administrativa cabe recurso (artículo 44 de la L.O.G.P.). Es igualmente el único caso en el que al hablar de las competencias del Juez de Vigilancia (artículo 76 de L.O.G.P.) se prevé que el Juez resolverá por vía de recurso.

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

En este sentido el Tribunal Constitucional, en su sentencia 349/93, de 22 de noviembre, ha señalado (aunque no se trata de la aplicación de esta disposición): “*la decisión judicial de inadmisión sólo será constitucionalmente válida si se apoya en una causa a la que la norma legal anude tal efecto, correspondiendo la apreciación de tal relación causal al órgano judicial; pero, en aplicación razonada de la norma que, en todo caso, deberá interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental. De tal manera, que incurre en inconstitucionalidad merecedora de amparo la inadmisión que, fundamentada en una interpretación restrictiva o desfavorable, impida la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En definitiva, la limitación injustificada o arbitraria del acceso a los recursos legalmente previstos constituye una lesión al derecho consagrado en el artículo 24.1 C.E.*”

D) ¿Recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa?

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

En cuanto a la desviación de poder es conveniente recordar que “*para que pueda apreciarse la existencia de desviación de poder, se requiere que la Administración en el ejercicio de sus competencias se aparte del logro de un fin de interés general normalmente determinado, expresa o implícitamente, por el precepto o preceptos legales que atribuyen la potestad para actuar; es decir, que persiga con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, o un fin público distinto del previsto en la norma habilitante -artículo 83.3 LJCA-, idea que en el fondo subyace igualmente en el artículo 106.1 CE, al atribuir a los Tribunales el control de la legalidad de*

*la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.*” (STS 3ª 11 de Noviembre de 1993).

No debe descartarse que algunos Jueces de Vigilancia consideren que, al igual que los traslados, la aplicación de limitaciones regimentales queda fuera de su competencia. En estos casos, antes de acudir al recurso contencioso-administrativo ordinario, sería conveniente analizar si la limitación supone la restricción de algún derecho fundamental que permita formalizar el recurso amparándose en la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. Aunque si efectivamente vulnerase derechos fundamentales no debería existir ningún problema para considerar que la competencia es del Juez de Vigilancia, de conformidad con el artículo 76.2.g), antes mencionado.

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

## III

### **Las sentencias del Tribunal Constitucional en el ámbito del Derecho penitenciario (Primer trimestre de 1998)**

Valentín-Javier Sebastián Chena.  
Abogado.

En números anteriores de los Cuadernos de Derecho Penitenciario hemos señalado nuestra intención de ofrecer, periódicamente, las sentencias que el Tribunal Constitucional vaya dictando en aquella materia. Desde el número precedente, que recogía las correspondientes al segundo semestre de 1997, no son muchas las sentencias dictadas (4) pero entiendo que, por su variedad y por la importancia que tiene una de ellas, la 58/1998, de 16 de marzo, para nuestra profesión, resulta interesante aprovechar este nuevo número de los Cuadernos para recoger los fundamentos más importantes.

Las cuatro nuevas sentencias son los números: 58/1998, de 16 de marzo (Suplemento del B.O.E. nº 96, de 22 de abril); 69/1998, de 30 de marzo; 75/1998, de 31 de marzo y 79/1998, de 1 de abril (todas ellas en Suplemento del B.O.E. nº 108, de 6 de mayo).

Como en otras ocasiones, unas veces nos limitaremos a transcribir los párrafos más sugerentes; otras, haremos un comentario, con detenimiento, de las mismas.

#### ***1. Sentencia 58/1998, de 16 de marzo.***

***(Comunicaciones escritas con abogado: aplicación de las garantías del artículo 51.2 de la L.O.G.P.)***

El objeto del recurso era un acuerdo del Establecimiento Penitenciario Puerto II por el que, de manera genérica, fueron intervenidas al recurrente una carta que pretendía remitir a su abogado y otras dos que recibió del mismo. Se trataba de

dilucidar -señala la propia sentencia- si la garantía de no intervención de las comunicaciones entre internos y sus Abogados, salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo (requisitos acumulativos y no alternativos), se refiere únicamente a las comunicaciones orales o también deben entenderse incluidas en esta previsión las comunicaciones escritas por correspondencia.

Y la conclusión a que llega la Sentencia es:

“Así, puede, y constitucionalmente debe, entenderse que el sistema de garantías reforzadas para la intervención del artículo 51.2 L.O.G.P. comprende las comunicaciones escritas, del tipo que sean, entre preso y Abogado y que la alusión de dicho apartado a la <<celebración de departamentos apropiados>> no supone una exclusión de las comunicaciones escritas sino una mera especificación del modo en que deben celebrarse las orales” (Fundamento jurídico 7º).

La consecuencia es que el Tribunal Constitucional estima que la intervención administrativa y los autos del Juzgado de Vigilancia y de la Audiencia Provincial vulneración los derechos del recurrente al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 C.C.) y a la defensa (artículo 24.2 C.E).

Los principales argumentos, en los que se da respuesta a las objeciones planteadas por el Ministerio Fiscal, son los siguientes:

“El hondo detrimento que sufre el derecho de defensa a raíz de este tipo de intervenciones, se basa en la peculiar trascendencia instrumental que tiene el ejercicio de este derecho para quien se encuentra privado de libertad y pretende combatir jurídicamente dichas situación o las condiciones en las que se desarrolla. Que dicho detrimento se produce por la intervención de las comunicaciones del preso con el Abogado y por el hecho de que dichas intervención sea administrativa, es algo tan ostensible que no requiere especiales esfuerzos argumentativos, a la vista tanto de la importancia que el secreto de tales comunicaciones tiene para el adecuado diseño de la estrategia defensiva (como subraya el T.E.D.H. en su Sentencias de 28 de junio de 1984 -Caso Campbell y Fell contra Reino Unido-, párrafos 111 y ss; y de 25 de marzo de 1992 -Caso Campbell contra el Reino Unido-, párrafos 46 y s.), lo que demanda las máximas garantías para su limitación, como del hecho de que su objeto puede ser la propia atribución de infracciones penales o administrativas en la Administración Penitenciaria.” (Fundamento jurídico 5º, párrafo 3º)

“Por lo demás, debemos advertir, de acuerdo con jurisprudencia del T.E.D.H. (Sentencia de 25 de marzo de 1992 -Caso Campbell contra el Reino Unido-, párrafo 50) y frente a lo que alega el Fiscal, que el peculiar detrimento del derecho de defensa que se deriva de la intervención administrativa de la correspondencia no queda suficientemente paliado por el hecho de que el interno y su Abogado puedan siempre someter sus comunicaciones al régimen de mayores garantías de la comunicación oral presencial, pues será frecuente que dicho tipo de comunicaciones sea de imposible o costosa realización por la distancia que pueda separar el establecimiento penitenciario del lugar en el que el Abogado tiene su despacho profesional” (Fundamento jurídico 5, párrafo 4°)

Finalmente, la sentencia, señala que la acreditación de que la comunicación va dirigida al Abogado o proviene de este, es posible, por lo que la Administración penitenciaria deberá poner las medidas necesarias para garantizar la acreditación de la identidad del Abogado.

## **2. Sentencia 69/1998, de 30 de marzo.**

***(Procedimiento sancionador. Tutela judicial efectiva: resoluciones estereotipadas que no dan respuesta a lo alegado).***

El Tribunal Constitucional, una vez más, vuelve a analizar, en un caso de procedimiento sancionador penitenciario, la suficiencia o insuficiencia de la respuesta ofrecida por un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria mediante una resolución por medio de impresos.

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

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

**3. Sentencia 75/1998, de 31 de marzo.**

**(Permiso ordinario. Concesión por Juzgado de Vigilancia, revocación por Audiencia Provincial sin motivación del cambio de criterio).**

Para comprender debidamente la trascendencia de esta resolución es preciso recoger los antecedentes del asunto. El Equipo de Observación y Tratamiento del Centro Penitenciario de Valencia informó favorablemente la concesión de un permiso al interno; pese al informe, muy positivo, la Junta de Régimen y Administración, sin motivación alguna, denegó la concesión del permiso. Presentada queja ante el Juez de Vigilancia, este aceptó la misma y revocó el acuerdo denegatorio, concediendo el permiso, por entender concurrían todos los requisitos exigidos por el Reglamento Penitenciario. La resolución fue recurrida por el Ministerio Fiscal, primero en reforma y después en apelación. La Audiencia Provincial de Valencia estima el recurso por restarle al penado “varios meses para la extinción total de la pena”, añadiendo que, por ello, “no se advierte por ahora razón suficiente para conceder el permiso”.

El Tribunal Constitucional concede el amparo al recurrente por entender que el cambio de criterio de la decisión judicial exige una específica justificación que no existe en el caso objeto del recurso. Sus palabras son las siguientes (fundamento jurídico 4º, párrafos 5 y 6):

“...en el caso presente concurren dos circunstancias que hacen más exigente el canon constitucional de enjuiciamiento de la suficiencia de la motivación. Como se ha expuesto en el fundamento jurídico 3º, letra B), estamos en el ámbito de una resolución que afecta al valor superior libertad, pero, además, se trata de una resolución judicial que revoca otra dictada con anterioridad en primera instancia, apartándose el Tribunal de apelación de los razonamientos que llevaron al Juez de Vigilancia a autorizar el permiso de salida solicitado. Y aunque el Tribunal ad quem puede, evidentemente, apartarse de la resolución recurrida (STC 307/1993), el cambio de criterio de la decisión judicial exige una específica justificación (STC 59/1997, fundamento jurídico 4º) que exponga por qué el criterio expresado -en este caso los meses que restan para acceder a la libertad condicional- se impone sobre el resto de argumentos que tuvo en cuenta el Juez de Vigilancia.”

“Al no cumplir razonadamente estas específicas exigencias de motivación, hemos de concluir que el recurrente no obtuvo la tutela judicial efectiva de su interés legítimo, al ver revocado el permiso penitenciario judicialmente concedido en primera instancia por una

posterior resolución judicial insuficientemente fundada, todo lo cual nos lleva a otorgar el amparo solicitado.”

En un plano más general, esta sentencia, en su fundamento jurídico 3º, recuerda la doctrina del Tribunal (SSTC 112/96, 2, 81 y 193/97) sobre el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva con relación a la motivación de las resoluciones sobre los permisos de salida, en los siguientes términos:

“A) La previa imposición de una pena de prisión conlleva la imposibilidad de fundar una pretensión de amparo frente a la denegación del permiso penitenciario de salida invocando el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17.1 C.E.), pues es la sentencia firme condenatoria –adoptada tras el proceso judicial debido- la que constituye título legítimo de privación de ese derecho fundamental (STC 2/1997, F.J. 3º). Hemos dicho que el disfrute de esta clase de permisos no representa para el interno el paso a una auténtica situación de libertad (STC 81/97, F.J. 3º), sino tan sólo una medida de <<preparación para la vida en libertad>>, y, por lo tanto, su denegación tampoco puede ser interpretada propiamente como un empeoramiento del *status libertatis* del interno modificado por la condena privativa de libertad (al que se hace referencia en las SSTC 2/87, 57/94 y 35/96) por lo que las cuestiones relacionadas con la concesión o denegación de permisos de salida se sitúan esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria.”

“B) En el ámbito general de la tutela judicial efectiva, el alcance del control de este Tribunal sobre la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales únicamente se extiende a valorar si las mismas no incurrir en irrazonabilidad manifiesta, arbitrariedad o insuficiencia de motivación (SSTC 14/91, F.J. 2º; 148/94, F.J. 4º). Ahora bien, **este estándar general de control sufre una modulación en el ámbito de los permisos de salida, por cuanto la situación de prisión sobre la que actúan supone una radical exclusión del valor superior de la libertad, por lo que en esta materia es exigible una motivación concordante con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de dicho valor superior** (SSTC 2, 81 y 193/97). Si la denegación de un permiso de salida no puede lesionar el derecho fundamental a la libertad personal, como se expuso anteriormente, ello no obsta para que tal decisión afecte de alguna manera a la libertad ya que los permisos <<representan para el condenado a una pena privativa de libertad el disfrute de una cierta situación de libertad de la que de ordinario, y con fundamento en la propia condena que así lo legitima, carece>> STC 81/97, F.J. 4º). Para respetar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que la resolución que deniegue la concesión del permiso de salida se funde en criterios conformes con los principios legales y constitucionales a los que está orientada la institución”.

#### **4. Sentencia 79/1998, de 1 de abril.**

*(Libertad condicional. No concesión por falta de garantías de hacer vida honrada en libertad).*

El objeto del recurso de amparo es la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria 4 de Barcelona, ratificada por la Audiencia Provincial, de denegar el beneficio de libertad condicional (por edad, con base en el artículo 60 del antiguo Reglamento Penitenciario) por no estar acreditado que el interno ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad.

La Audiencia Provincial razonaba que si bien había elementos que, desde un plano objetivo, abonaban la tesis de un vida honrada: apoyo familiar, edad, recursos económicos; sin embargo, desde el plano subjetivo, no se percibía en el interno, porque nada decía el informe del centro, que existiera una motivación a un cambio de conducta, lo que se consideraba exigible atendiendo a su dilatada trayectoria delictiva (estafas, falsificaciones, apropiaciones indebidas).

El Ministerio Fiscal, ante el Tribunal Constitucional, solicitó la estimación del recurso por estimar insuficiente la motivación de las resoluciones judiciales, al no establecerse “una relación de causalidad bastante y suficiente entre los antecedentes y la previsión de futuro de llevar una vida honrada en libertad, entendida como previsión racional de no reincidir en delitos”.

El Tribunal deniega el amparo con base en la siguiente fundamentación:

“...en modo alguno puede entenderse como arbitraria o infundada la decisión de los órganos judiciales de denegar la concesión de la libertad condicional en el presente caso, por estimar que la Administración Penitenciaria no había ofrecido datos suficientes en su propuesta, en orden a acreditar debidamente la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos para la concesión del beneficio de la libertad condicional, y muy especialmente el de las garantías de hacer vida honrada en libertad, máxime tratándose de un supuesto de libertad anticipada por razón de edad, y habida cuenta de la finalidad resocializadora de la institución” (Fundamento jurídico cuarto).

Y la pregunta que surge tras leer la sentencia es: ¿Qué culpa tiene el recurrente de que el Centro no recogiera datos en su informe/propuesta del Centro acerca de las garantías de hacer vida honrada en libertad?.

Entiendo que, realizando el Centro una propuesta que no es vinculante, si el Juez de Vigilancia Penitenciaria considera que hay aspectos que no quedan cubiertos en el informe

penitenciario puede y debe solicitar que se le ilustre sobre los mismos, en lugar de ampararse en la falta de información, de la que no es responsable el interno, para denegar la libertad condicional.