

Universidad de Barcelona

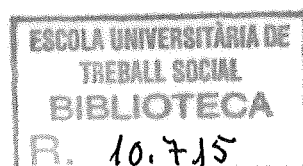
Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA, INTEGRIDAD
FÍSICA, INTIMIDAD Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
EN LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA**

Tesis presentada por Josep Corbella Duch
para optar al título de doctor en Derecho

Director: Prof. Dr. Joan Córdoba Roda

Barcelona, abril de 1997



insidiosos, mediante los que se penetra en el domicilio u otros ámbitos cerrados, a los que tan acostumbrados nos tienen los medios de comunicación, y, especialmente, los dedicados a ciertos personajes con notoriedad social.

Las formas de ejecución del delito son las mismas que las previstas para la captación de conversaciones, pero lo referencia a la utilización de artificios técnicos para la grabación y reproducción de la imagen, permite incriminar el empleo de medios específicos, cámaras fotográficas, teleobjetivos, máquinas filmadoras, rayos láser, etc.

El consentimiento de la víctima convierte la conducta en atípica. La captación y reproducción in consentida de imágenes tomadas en espacios abiertos al público, en opinión de Morales Prats, no es constitutiva de infracción penal, quedando comprendida en el ámbito de protección civil establecido por la L.O. 1/82.

Luzón Peña (310) considera que los fotomontajes, el espionaje o el sometimiento a vigilancia, no son constitutivos de infracción penal.

B.- Protección de la intimidad informática.- Se contiene en el art. 197.2, que describe el tipo básico de los delitos informáticos, ya que impone

(310) LUZÓN PEÑA, M. - "Protección penal de la intimidad y derecho a la información", A.D.P.C.P.

las mismas penas que las previstas en el número anterior (prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses) a quienes, sin estar autorizados, se apoderen, utilicen o modifiquen, en perjuicio de terceros, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos; a los que, por cualquier medio, accedan a los mismos, y, a quien los altere o utilice en perjuicio del titular o de un tercero.

En la protección de la denominada libertad informática o “habeas data”, consistente en el ejercicio de las facultades positivas o de control sobre el uso informático de los datos personales del individuo, la norma penal no abarca la fase de recogida de datos personales para su introducción en un fichero informático, que, en su caso, será merecedora de sanción administrativa conforme a la LORTAD, requiere la presencia del elemento subjetivo consistente en actuar “en perjuicio de tercero”, y la ausencia de una causa de justificación que se incluyen en la expresión “sin estar autorizado”.

El art. 197.2, que no incluye la interceptación, grabación o reproducción ilícita de comunicaciones informáticas, para cuya sanción debe acudirse a lo dispuesto en el art. 197.1, utilizando la misma técnica de tipificación del delito cortado en dos actos, describe diferentes conductas delictivas: El apoderamiento, la utilización y la modificación, en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, por un lado;

el acceso a tales ficheros, por otro, y, finalmente, la alteración o utilización de los mismos, en perjuicio del titular o de un tercero, haciendo extensiva la protección penal a cualquier otro tipo de archivos o registros públicos o privados, esto es, a los registros y archivos convencionales, y los no automatizados, lo que es lo mismo que decir a toda clase de archivos o registros.

Apoderarse, utilizar o modificar, integrar la conducta de tomar o coger los datos registrados, esto es, incorporados o almacenados en un fichero o soporte informático, y copiarlos o servirse de ellos. Por modificar debemos entender toda conducta que suponga realizar una alteración o cambio de los datos registrados o almacenados, de tal forma que la información resultante después de producida no se corresponde a la realidad.

Los datos que integran el contenido sensible o núcleo duro de la intimidad (referidos a la salud, ideología, vida sexual, creencias religiosas de la persona), tampoco se hallan comprendidos en el art. 197.2, por cuanto constituyen un tipo agravado del delito previsto en el apartado 5 del propio art. 197.

La expresión “en perjuicio de tercero”, origina diversos problemas para interpretar la disposición normativa. En principio, tercero es toda persona distinta del sujeto activo del delito, y parece que también distinta del titular de los datos sobre los que se ejecuta la acción típica, ya que en el último inciso del art. 197.2 se refiere a éste y al tercero. Morales Prats,

para evitar la existencia de un tipo penal en su conjunto carente de sentido, integrando las disposiciones de la LORTAD y de la Directiva 95/46 de la Unión Europea en la interpretación del art. 197.2 C.P. opina que el concepto “tercero” se refiere al titular de los datos personales, a quien dichas normas identifican como afectado o interesado.

El contenido del art. 197.2 se superpone a los preceptos sancionadores establecidos en la LORTAD, y, al propio tiempo, crea dificultades para la delimitación de los tipos penales y administrativos debido a que las dos disposiciones utilizan expresiones diferentes. Por ello, quizás hubiese sido más aconsejable trasladar al C.P. las disposiciones de la LORTAD (como se ha hecho con la Ley sobre técnicas de reproducción asistida humana) o, en otro caso, incluir las disposiciones penales en la propia LORTAD.

C.- Tipos agravados.- Se contienen diferentes modalidades agravadas en la tipificación de los delitos contra la intimidad:

1.- Con carácter general.

El primer párrafo del art. 197.3, impone la pena de 2 a 5 años de prisión a quien, además de realizar las conductas de descubrimiento, interceptación, apoderamiento, utilización o alteración de datos mencionadas en los anteriores tipos básicos, procede a la difusión, revelación o cesión a terceros de los datos o imágenes.

Agrava todas las conductas básicas realizadas por un mismo sujeto activo que, por sí mismo, ejecuta las acciones de apoderamiento, descubrimiento, utilización, o interceptación, escucha, grabación o reproducción, y, después procede a divulgar los datos conocidos.

La expresión cesión parece que se quiere incidir expresamente en la utilización de datos contenidos en ficheros informáticos, puesto que en este ámbito se utiliza el concepto de cesión o transferencia de datos.

2.- En razón del cargo.

El art. 197.4 impone la pena de 3 a 5 años de prisión a las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, archivos o registros, que realicen las conductas descritas en los tipos básicos, con lo cual se configurará un tipo básico específico para tales profesionales, y, la misma pena en su mitad superior, si difunden, ceden o revelan los datos reservados, lo que constituye una agravación específica.

La determinación de las personas encargadas o responsables de los ficheros, archivos o registros, debe hacerse de forma restrictiva, incluyendo sólo a quienes les haya sido conferido el cargo por disposición legal o convencional dentro del organigrama de una entidad u organización, y que ostenten facultades decisorias sobre la organización, contenido y uso del tratamiento de datos personales, conforme al art. 3.d) de la LORTAD.

El tipo agravado del art. 197.4 se justifica por la posición de garante que tiene asignado el encargado o responsable de los ficheros o registros, respecto de la correcta utilización y la seguridad de los datos personales contenidos en los mismos, conforme al art. 9 de la LORTAD.

3.- En razón de los datos que son objeto material del delito.

El art. 197.5 configura un tipo agravado protegiendo especialmente los denominados datos especialmente sensibles o núcleo duro de la intimidad, y los datos personales referidos a menores o incapaces, estableciendo que, cuando los hechos descritos en los tipos básicos, en el agravado con carácter general y en el específico referido a los encargados de ficheros y archivos, afecten a datos personales que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o se refieran a un menor de edad o incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

La norma penal se armoniza con el art. 16.2 de la C.E. y el art. 7 de la LORTAD en la determinación de los datos personales especialmente sensibles, estableciendo una penalidad agravada en el supuesto de que los hechos descritos en los tipos básicos afecten a datos personales referidos a la salud, ideología, religión, creencias, origen racial y vida sexual.

El art. 7 de la LORTAD califica tales datos como de especialmente protegidos, exigiendo consentimiento expreso y escrito del afectado para su tratamiento, y prohibiendo la creación de ficheros con la finalidad exclusiva

de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual de las personas.

La protección de los datos sensibles se impone en razón de su misma naturaleza, y la de menores e incapaces se justifica por las específicas limitaciones de las víctimas que les coloca en una situación de desvalimiento.

4.- Actuar con fines lucrativos.

El art. 197.6 impone las penas en su mitad superior, cuando los hechos descritos en los tipos básicos y en los agravado y específico de los números 1 a 4 del propio artículo en el supuesto de que el autor del delito persiga fines lucrativos. Prevé también una agravación específica, imponiendo pena de prisión de 4 a 7 años, cuando la actuación lucrativa se realice sobre datos personales especialmente sensibles o referidos a menores o incapaces, inculcados en el número 5.

La exigencia de ánimo de lucro en la actuación del sujeto activo, constituye un nuevo elemento subjetivo añadido al que configura el tipo básico.

Morales Prats estima que el legislador, en el tipo de art. 197.6, ha querido inculcar especialmente al traficante profesionalizado de la intimidad ajena, impidiendo lo que se conoce como mercado de información ilegal, y, en este sentido, indica que la redacción del tipo es desafortunada.

5.- Actuaciones específicas de autoridades y funcionarios.

El art. 198 describe el tipo especial, agravado, sancionando a las autoridades y funcionarios públicos que, prevaliéndose de su cargo, y sin mediar causa por delito (en cuyo caso serían de aplicación los tipos previstos en los arts. 535 y 536) realicen cualquiera de las conductas descritas en el art. 197, con las penas previstas en dicha disposición, en su mitad superior, y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a 12 años.

La autoridad o funcionario actúan en su ámbito particular, pero con prevalimiento del cargo que ostentan. La exigencia de que la actuación se realice sin mediar causa por delito, delimita el tipo agravado de los especiales descritos en los arts. 534 a 536, que no tutelan directamente la intimidad, sino el respeto de las garantías constitucionales de la misma.

D.- Tipo atenuado.- Contenido en el párrafo segundo del art. 197.3, sanciona con pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 24 meses, al que difunda, revele o ceda los datos descubiertos o interceptados, con conocimiento del origen ilícito de los mismos, pero sin haber tomado parte en la realización del tipo básico consistente en el descubrimiento, apoderamiento o interceptación.

La doctrina califica el tipo atenuado como delito de indiscreción. En este caso, no coinciden el sujeto activo del tipo básico y el del tipo cualificado.

E.- Revelación de secretos.- El art. 199 C.P. tipifica dos supuestos de revelación de secretos ajenos: Aquellos que el autor tenga conocimiento por razón de su oficio o relaciones laborales, que castiga con penas de 1 a 3 años de prisión y multa de 6 a 12 meses, y, los que conozca el profesional, en el ejercicio de su profesión, y que revele con incumplimiento del deber de sigilo o reserva que tiene impuesto, en cuyo caso, las penas se agravan, imponiéndose prisión de 1 a 4 años, multa de 12 a 24 meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por tiempo de 2 a 6 años.

Los delitos de quebrantamiento de secretos laborales y profesionales, independientemente de la mayor gravedad de este último, tienen su propia configuración que viene determinada por los siguientes elementos:

1.- Revelación de secretos laborales.- Llamado también delito de indiscreción laboral, presupone la existencia de un conocimiento o acceso lícito a la intimidad de otro, con motivo de la actividad laboral o del desenvolvimiento de un oficio.

Sujeto activo del delito lo pueden ser tanto el empresario respecto del trabajador, como al revés y cualquiera de éstos respecto de un tercero (cliente). La expresión “por razón de oficio”, incluye a los artesanos y demás trabajadores autónomos dentro de los posibles sujetos del delito.

El número uno del art. 199 utiliza la expresión “revelar”, en contraposición a la del número dos, que refiere la acción típica a “divulgar”,

esta última, sinónima de publicar y extender, mientras que la primera, equivale descubrir o manifestar lo ignorado o secreto, según el Diccionario de la Real Academia, con lo cual, en el ámbito de las relaciones laborales o del ejercicio de un oficio, la más leve o menos trascendente conducta de descubrir lo secreto, sin necesidad de dar gran publicidad al mismo, se incluye dentro de la acción típica.

Carbonell Mateu y González Cussac, señalan la naturaleza residual de la figura delictiva, en relación con otras específicas, de aplicación preferente, como ocurrirá en los supuestos de que el autor de la acción sea el responsable de un fichero automatizado de datos personales, archivo o registro (art. 197.4), cuando el secreto se halle protegido por las normas reguladoras de la propiedad industrial o intelectual (art. 278) o, la actuación se lleve a efecto con abuso de información privilegiada (art. 285).

2.- La figura delictiva consistente en el quebrantamiento del secreto profesional, prevista en el número segundo del art. 199, se distingue de la anterior acudiendo a la determinación del concepto de profesional según los criterios del art.403 C.P. que configuran el delito de intrusismo.

El profesional, actuando en el ejercicio de su profesión, se convierte en confidente necesario de su cliente, por ello, las normas reguladoras de determinadas profesiones (médicos, abogados, psicólogos, etc.) imponen el deber de secreto a sus miembros.

En la redacción vigente del art. 199.2 resulta atípico el quebrantamiento del secreto de confesión impuesto a los sacerdotes y ministros religiosos, dado que no tienen la consideración de profesionales.

No cabe poner ninguna objeción al plus de penalidad contenido en el art. 199.2 para proteger el ámbito de la confidencialidad necesaria, esto es, el secreto, entendiendo en sentido amplio, cuando el individuo traslada desde la esfera del estricto secreto a la confidencialidad determinados datos para unos fines concretos, y que sólo revela a su confidente a tales efectos. Pero estimo que además de los “profesionales” (entendiendo por tales los que ejercen una profesión mediante título universitario), otros trabajadores o artesanos se convierten en confidentes necesarios. Pensemos en el albañil que instala una caja fuerte en un domicilio, o en el taxista que traslada al cliente a una determinada cita y, producido el encuentro, traslada a la pareja a un concreto establecimiento y espera que salgan para regresar al punto de origen, o en el electricista que instala un sistema electrónico de alarmas en una vivienda, y así podemos poner ejemplos hasta el infinito. Todos ellos, en el desempeño de su oficio o profesión, se han convertido en confidentes necesarios y han conocido secretos de otros, pero, si se asimila el profesional al titulado universitario (medio o superior), sólo merece un castigo mayor la revelación de secretos efectuada por el último.

Otra cuestión que merece una breve reflexión es la falta de armonización legislativa en esta materia. Mientras que la Ley de Enjuiciamiento Criminal exime del deber de declarar a los sacerdotes y

eclesiásticos (art. 417), el secreto de confesión no tiene protección penal. Por otro lado, se protege penalmente el secreto profesional de médicos y personal sanitario (art. 199.2 C.P. en relación al art. 10.3 de la Ley General de Sanidad de 25-4-86), pero no se les exime de declarar en el proceso penal y, además, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, obliga a tales profesionales a presentar denuncia cuando tuvieren conocimiento de lesiones que pudieren ser el resultado de una acción delictiva (arts. 412 y 262).

Pero en el ámbito de la medicina, como en el de las profesiones jurídicas, junto al titulado universitario (médico, enfermera, abogado, notario) también trabaja personal auxiliar diverso, sin titulación universitaria, incluso sin ninguna titulación específica (camilleros, conserjes, mecanógrafos, etc.). Sobre este particular, Morales Prats (311) es de la opinión que el secreto profesional ex art. 199.2 se proyecta sobre todas aquellas personas erigidas en confidentes necesarios, sometidos a una obligación de reserva reglada por el Estado, lo cual no ofrece dudas en el ámbito sanitario, por aplicación del art. 10.3 de la Ley General de Sanidad, que se aplica a todos los trabajadores del sector.

F.- Protección de la intimidad genética.- El conocimiento del código genético de las personas que permite el estado actual de la ciencia, y las posibilidades que ofrece ésta para su manipulación y alteración, demandan una protección penal específica con el fin de salvaguardar la identidad de la

(311) MORALES PRATS, F. - “”, ob. cit., pág. 979.

especie humana y disuadir de la posible realización de actuaciones que resulten contrarias a la dignidad de la persona humana. El legislador no puede limitarse en este ámbito al reconocimiento de las normas éticas que pueden emanar de los colectivos implicados, ni a la promulgación de normas administrativas. La biomedicina afecta a la propia identidad de la especie humana y la norma penal debe marcar claramente los límites de lo permitido con el fin de salvaguardar la dignidad inherente a cada individuo.

En este sentido, Romeo Casabona (312) estima necesaria una regulación legal plural y escalonada con diferentes niveles de intensidad en el ámbito de las Ciencias Biomédicas.

El C.P./95 dedica el T. V del L. II, arts. 159 a 162, a los delitos relativos a la manipulación genética. La tipificación de conductas no se limita a la identidad individual, alcanzando también a toda la especie humana, ya que se salvaguarda también los rasgos diferenciadores de la misma evitando la alteración individual y la reproducción de individuos diferentes mediante clonación.

Romeo Casabona, señala como bienes genéticos: “1º la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico del ser humano, para garantizar la integridad y diversidad de la especie humana; 2º la identidad

(312) ROMEO CASABONA, C. - “Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”, Sitges, junio de 1996 en las Jornadas organizadas por la Asociación *Juventut de la Salut*

e irrepetibilidad característica de todo ser humano, como garantía de la individualidad y la condición de ser uno mismo distinto de los demás; 3º la dotación genética doble, de la línea genética masculina y femenina; 4º la supervivencia misma de la especie humana”.

Los arts. 159 y sig. C.P. se armonizan con la Ley reguladora de las técnicas de reproducción asistida humana, criminalizando determinados comportamientos que, hasta su publicación, sólo merecían una sanción administrativa, como he dejado constatado anteriormente.

El art. 159 castiga con penas de prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial de 7 a 10 años, los que, con cualquier finalidad distinta de la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere su genotipo.

El ámbito penal es más amplio que el de la ley sobre reproducción asistida humana de 22-11-88, castigando cualquier manipulación genética que no tenga finalidades terapéuticas.

Para realizar una alteración terapéutica será preciso el consentimiento expreso del afectado, conforme al art. 10.6 de la Ley General de Sanidad de 25-4-86, que, en este caso será el ser humano titular del patrimonio genético objeto de manipulación, lo que puede acarrear problemas para la determinación del hecho delictivo en el supuesto de que se realicen sobre embriones o preembriones creados “in vitro” con donación anónima de

gametos.

Admite la comisión por imprudencia.

El art. 160 establece un sorprendente delito de ingeniería genética para producir unas armas biológicas o exterminadoras, que se me representa de difícil o imposible sanción puesto que sólo el Estado está legitimado para el uso de las armas para garantizar la seguridad de los ciudadanos. Parece que el tipo penal intenta proteger toda la especie humana y se configura como un delito contra la Comunidad Internacional del T. XXIV.

El art. 161 sanciona con penas de prisión de 1 a 5 años e inhabilitación especial de 6 a 10 años la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto de la procreación humana y la creación de seres humanos idénticos por clonación o para la selección de la raza.

El tipo penal pretende garantizar la dignidad y diversidad de la especie humana; la creación de seres dominados o serviles, y el uso correcto de las técnicas de reproducción asistida humana.

Finalmente, el art. 162 sanciona con penas de 2 a 6 años de prisión e inhabilitación especial de 1 a 4 años, la reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, exigiendo previa denuncia de la agraviada para la persecución del delito.

Se intenta proteger la libertad personal de la mujer en la procreación, imponiendo una pena superior a la prevista para el delito de coacciones.

G.- Protección de la intimidad de las personas jurídicas.- El art. 200 C.P. constituye una novedad dentro de la normativa penal, que extiende a las personas jurídicas el ámbito de protección de la intimidad establecido en el C. I del T. X, arts. 197 y sig.

Esta disposición plantea la cuestión de determinar si, en nuestro ordenamiento jurídico, las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, y, más concretamente, de los derechos inmateriales de la personalidad, sobre la que no me extenderé por ser materia ajena al tema de estudio.

2.- Protección del ámbito físico o espacio donde se desarrollan las actividades íntimas.

Constituye las diferentes modalidades del delito de allanamiento de morada contenidas en el C. II, del T. X del C.P., arts. 202 a 204, cuyo tipo básico se contiene en el art. 202.1, y en el que se incluye un tipo agravado penando la actuación realizada por la autoridad o funcionario público, sin mediar causa legal por delito, esto es, con prevalimiento de su cargo.

Incluye también, como novedad, la protección del domicilio de las personas jurídicas, despachos profesionales, oficinas o establecimientos

abiertos al público (art. 203).

A diferencia de los delitos contra la intimidad de los arts. 197 y sig. que se han convertido en semiprivados, en tanto sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada (art. 201), excepto si son cometidos por autoridad o funcionario público (tipo agravado del art. 198) o cuando su comisión afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, los delitos de allanamiento de morada son públicos, y no precisan denuncia para su persecución.

4.- **NORMATIVA PENITENCIARIA**

Cualquier consideración sobre la vigencia y amplitud del derecho a la intimidad personal respecto de quien cumple una pena privativa de libertad, debe partir de la premisa de que el recluso es un sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, que goza de los derechos fundamentales reconocidos en el C. II de la C.E., a excepción de los expresamente limitados por el fallo condenatorio, según dispone el art. 25.2 de la norma fundamental. En definitiva, de que el recluso es titular de derechos humanos, y la prisión no suprime ni restringe su vigencia más allá de lo dispuesto por la sentencia que la impone, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

Por este motivo, no debe sorprender que la LOGP, en su art. 2, señale los límites de la actividad de la Administración penitenciaria reiterando que vienen marcados por lo establecido en el bloque de legalidad penitenciaria, que incluye, obviamente y en primer lugar, el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la C.E. -entre ellos el derecho a la intimidad personal- y las sentencias judiciales. Para García Valdés (313), dicha norma contiene la denominada garantía ejecutiva de la actividad penitenciaria.

Con mayor precisión, y para dejar clara la vigencia del principio de

(313) GARCÍA VALDÉS, C. - "Comentarios...", ob. cit., pág. 34.

legalidad en todo lo que pueda suponer restricción o limitación de los derechos de la persona, el punto segundo del art. 3 del nuevo Rgto. penitenciario de 1996, dice: "*Los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes*", consecuencia obligada de lo dispuesto en el número primero del propio artículo ordenando desarrollar la actividad penitenciaria dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley.

Tales límites constituyen una barrera infranqueable para la Administración. Pero no se trata sólo de marcar el campo en el que puede desenvolverse la actividad administrativa-penitenciaria, el art. 3 de la LOGP impone a la Administración el deber de actuar respetando la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena. El art. 3 LOGP no contiene una mera obligación negativa, impone una obligación de hacer a la Administración que llena de contenido su actividad, respetando la dignidad de los reclusos, como primer paso en la tarea resocializadora y reeducadora.

La dignidad, como derecho o como valor, resulta difícil desligarla de los derechos humanos reconocidos, pues dada su naturaleza, se encuentra comprendida en ellos (314), y, su vigencia exige, de manera especial, el

(314) GARRIDO GUZMÁN, L. - "Manual...", ob. cit., pág. 209. En tal sentido, el T.C. en S. 219/82, de 3-12-92, dijo que el derecho al honor deriva de la dignidad de la persona, y, en S. 20/92, de 14-2-92, que sin existencia de intimidad no es realizable ni concebible la existencia con dignidad.

pleno reconocimiento del derecho a la intimidad.

El art. 4 del Rgto. Penitenciario reproduce sustancialmente lo dispuesto en el art. 3 de la LOGP, y, de manera expresa, indica que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad humana de los reclusos. La concreción normativa se hace necesaria en este aspecto ya que las actuaciones de la Administración penitenciaria se desenvuelven en permanente tensión dialéctica entre el obligado respeto de los derechos fundamentales de los internos, reconociendo su dignidad humana, y la aplicación de las necesarias medidas de control para garantizar el orden, la seguridad y la disciplina en el interior de los establecimientos, mediante una vigilancia permanente sobre los internos y la práctica de requisas y cacheos sobre las personas, sus pertenencias y enseres.

El art. 4.2.b) del Rgto. Penitenciario, también de modo expreso, reconoce el derecho a la intimidad personal de los internos, a ser designados por su propio nombre y a que su condición sea reservada frente a terceros, concretando así las disposiciones que la LOGP hace de forma general a la obligación de respetar la personalidad humana de los reclusos, y los derechos e intereses jurídicos que ostentan, sin citar expresamente el derecho a la intimidad personal.

La obligación de respetar la dignidad de los reclusos se impone expresamente, en los art. 18 LOGP y 36 de su Rgto., en los supuestos de traslados, donde se dispone que se efectuarán de forma que se respeten tales

derechos y la seguridad de la conducción. La norma penitenciaria pone a un mismo nivel de exigencia el establecimiento de un sistema de seguridad y el respeto de la dignidad y de los derechos de la persona, garantizando también la intimidad personal, pero debemos entender que, en caso de conflicto, en una situación límite, por su mayor valor, debe imponerse el respeto de la dignidad humana y la vigencia de sus derechos fundamentales.

Las normas sobre alojamiento, arts. 19 y 21 LOGP y 13 y 14 de su Rgto., disponiendo que se efectuará en celda individual, "*salvo que sus dimensiones y condiciones de habitabilidad permitan, preservando la intimidad, alojar a más de una persona*" y sólo excepcionalmente en dependencias colectivas, señalando las exigencias de salubridad e higiene, y garantizando que los internos dispondrán de agua potable a todas horas, junto con las normas sobre vestuario del art. 20.2 LOGP (suprimiendo el llamado "traje penal" (315) y permitiendo al recluso vestir sus propias ropas o las que facilite el centro, que no deberán afectar su dignidad, ni denotar su condición, cuando salga al exterior) y el derecho a ser designado por su propio nombre, reconocido en el art. 2.4 LOGP, constituyen una garantía legal del respeto a la dignidad humana y manifiestan la voluntad del legislador de superar aquella imagen, socialmente arraigada en el pasado reciente, que unía la prisión a la pérdida de valores humanos. Estas normas hacen posible la existencia de un espacio de intimidad personal (celda

(315) GARRIDO GUZMÁN, L. - "Manual", ob. cit., pág. 210.
GARCÍA VALDÉS, C. - "Comentarios", ob. cit., pág. 77.

individual, mueble para guardar pertenencias) y familiar (previsión de locales especiales para visitas íntimas, según el art. 53 LOGP) en el interior de la prisión.

Las llamadas al respeto a la dignidad, a la intimidad o a los derechos constitucionales de los reclusos, están siempre unidas, en la normativa penitenciaria, a la regulación de los obligados registros y cacheos (art. 23 LOGP, en relación con el 71 de su Rgto.), a la exigencia de garantizar la seguridad, el orden y la disciplina dentro de los establecimientos (arts. 65, 73, 76 y 231 del Rgto.), y a la obligación de conocer todas las peculiaridades de personalidad y ambiente del penado, como elemento esencial para la aplicación del tratamiento (art. 60 LOGP), con lo cual, los controles, registros y cacheos que lleguen hasta la esfera del secreto del recluso, nunca podrán integrar el tipo de delito contra la intimidad del art. 198, ya que existen normas legales y reglamentarias que permiten (en vigor, exigen) su realización. Sólo las extralimitaciones cometidas en la persecución o investigación de posibles conductas delictivas en el interior del centro penitenciario son susceptibles de tipificación en los arts. 535 y 536 C.P.

Igualmente se prevén intervenciones y limitaciones de la intimidad dentro del capítulo dedicado a las comunicaciones. Los arts. 51.1 LOGP y 41 del Rgto. establecen que tendrán lugar respetando al máximo la intimidad, pero prevé la imposición de restricciones por razones de seguridad, de interés de tratamiento y de buen orden del establecimiento (conceptos lo suficientemente amplios que permiten ser aplicados con un

gran margen de discreción). Respecto de la correspondencia, el art. 46, dispone que la que se reciba sea abierta por un funcionario en presencia del interno. Y, las llamadas, telefónicas, según el art. 47, se realizarán en presencia de un funcionario, con lo que pierden todo contenido de intimidad.

Quedan al margen, y con diferente regulación, las comunicaciones con Letrados, de las que me he ocupado en otro capítulo.

Con una normativa penitenciaria que constantemente pone el énfasis en la necesidad de respetar los principios de seguridad, orden y disciplina, como elementos imprescindibles para la normal convivencia, y que fundamenta la seguridad y el orden en la observación del interno, sus movimientos, su forma de comportarse y de relacionarse; en el registro de su persona y de sus enseres (ropa, pertenencias, objetos de uso particular); en las requisas de puertas, ventanas, suelos y techos de las habitaciones y lugares comunes, como medio para conocer lo más íntimo de su personalidad, me resulta muy difícil creer que se deja un espacio a la intimidad, salvo a la esfera hermética del estricto secreto intelectual (memoria, pensamiento, ideas, deseos), sin negar por ello la buena intención de la normativa penitenciaria, que por otra parte, se hace necesaria para fijar un límite a la actividad administrativa, y dejar claro que estamos ante una relación jurídica con una persona, y por ello, se le debe respetar siempre el goce de los derechos fundamentales que ostenta, y no le han sido privados por resolución judicial, a pesar de hallarse sometida a una relación especial de sujeción con la Administración.

Las finalidades de vigilancia, control, sujeción y obediencia, perseguidas por J. Betham con su panóptico siguen vigentes en la prisión sin necesidad de construir edificios circulares gracias a la TV y a la informática.

La imposición de medidas de control para garantizar el orden y la convivencia en los centros, y para evitar la comisión de otros delitos, por parte de la Administración, crea tensión y produce colisiones con la garantía del respeto a la intimidad. Aquellas colisiones producidas en aspectos tan importantes de la intimidad personal, como el secreto de las comunicaciones, especialmente cuando se trata de comunicaciones con el Abogado defensor, han llevado la cuestión hasta las instancias jurisdiccionales, como lo reflejan las Ss. 73/83, 183/94 y 197/94, que clasifico entre las que otorgan amparo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el aspecto de proteger el derecho fundamental a la defensa.

En la misma dinámica de tensión se inscribe la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 28 de junio de 1995 (B.O.E., 2-8-95), que resuelve el conflicto de competencias surgido entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria y la Administración sobre el mantenimiento o la clausura del sistema permanente de grabación existente en los locutorios generales y de Abogados del centro penitenciario de Brieva.

Haciendo abstracción de que el Tribunal declaró la competencia de la Administración penitenciaria, interesa resaltar aquí el mismo hecho de la instalación de micrófonos ocultos en los locutorios del centro penitenciario,

y de un sistema para la grabación de conversaciones, con lo que esto significa en orden a disponer de un sistema organizado y permanentemente dispuesto para intervenir y conocer las comunicaciones de los internos, incluso las más íntimas y amparadas por el secreto. A pesar de que, en este caso, no se acreditó la utilización ilegal del sistema, su sola existencia pone de manifiesto la fragilidad en la que vive el derecho fundamental a la intimidad, y es un motivo para extremar la aplicación de medidas de control, o de los contrapesos legales establecidos, con el fin de garantizar su respeto.

Estimo que no queda espacio para la intimidad cuando los recuentos, registros y cacheos son la norma general, y, sólo los que tengan una mayor entereza de ánimo o que estén preparados psicológicamente, podrán mantener cerrado un espacio de intimidad espiritual o de pensamiento, frente a la constante indagación de las peculiaridades de su personalidad, utilizando todos los métodos y medios que puedan facilitar la obtención de tales datos, según el art. 60 LOGP, pero, eso sí, "respetando siempre los derechos fundamentales no afectados por la condena", algo que, en el aspecto comentado, es como la cuadratura del círculo.

Pero, ¿cómo podemos respetar la libertad individual y la intimidad, si al propio tiempo debemos observar y estudiar el temperamento, el carácter, las aptitudes, actitudes y el sistema dinámico-motivacional del interno, para, en definitiva, estimularle o incentivarle a fin de que se someta al tratamiento? (arts. 61 y 62 LOGP).

Basta un ejemplo, el art. 112.4 del Rgto., donde se establece que el interno puede rechazar el tratamiento, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado, dispone que, en este caso, la clasificación, se realizará, en último término, mediante la observación directa del comportamiento.

De esta forma, la observación, el control, el escudriñamiento descarado del comportamiento y actitudes del interno, es una constante siempre presente. Y, tal observación no sólo proporciona datos de la actividad externa de la persona, sino de sus intenciones y de su mundo interior, porque es mediante la sistemática en la observación y el tratamiento científico de los datos obtenidos, que podemos conocer la voluntad interna de la persona, su mundo interior, lo más cerrado e íntimo de su personalidad.

La intimidad personal no queda afectada por la condena de prisión, pero un mundo cerrado y separado del entorno social, en el que se impone la seguridad, el orden y la disciplina, con finalidades reeducadoras y resocializadoras (de domesticación del individuo, en palabras de González Navarro), hace imprescindible el conocimiento de lo más íntimo de quienes forman parte del mismo, por cuyo motivo, la pérdida de la libertad, lleva consigo, inevitablemente, la disminución del ámbito de intimidad. Sólo garantizando el máximo secreto de los datos obtenidos, evitando su divulgación más allá del entorno y de los fines de la prisión, y respetando el imprescindible espacio de intimidad personal a los internos, puede

entenderse mínimamente cumplida, la exigencia del respeto a la intimidad personal (316).

El nuevo Rgto. penitenciario de 9 de febrero de 1996 introduce importantes novedades encaminadas a la protección del derecho a la intimidad de los reclusos, y en su exposición de motivos destaca, de manera especial, las que se refieren a la protección de los datos personales contenidos en ficheros informáticos, la forma de realizar cacheos personales, y la regulación de las comunicaciones con abogados defensores.

Pero el respeto a la intimidad también se refuerza con otras disposiciones, y, aquí debe señalarse por su carácter general en tanto que derecho reconocido a todos los internos expresamente en el art. 4.2.b.) del nuevo Rgto., el que tiene todo recluso "a que su condición sea reservada frente a terceros". Esto es, sólo el interesado es dueño de manifestar su condición de preso, con lo que es lícito pensar que, si se logra hacer respetar este derechos, pueden acabar los espectáculos televisivos y periodísticos en torno a determinadas personas y, suponemos, contra su voluntad.

En la misma línea se expresa el art. 15.6, que regula el ingreso de una

(316) RIGAUX, F. - "La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité", Bruxelles, 1990, sistematizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los U.S.A., del Tribunal Constitucional Alemán y del T.E.D.H., resalta la protección que en el llamado mundo accidental se presta a los derechos de la personalidad de los detenidos y presos, y de forma especial a la intimidad, en la parcela del secreto de las comunicaciones, de la comunicación y relación con familiares, amigos y defensores, y en el derecho a recibir información.

persona en prisión, disponiendo que: "se procurará que el procedimiento de ingreso se lleve a cabo con la máxima intimidad posible, a fin de reducir los efectos negativos que pueden originar los primeros momentos en una prisión".

Por lo que respecta a la materia citada en primer lugar, tratamiento de ficheros informáticos, su regulación es totalmente novedosa en el ámbito penitenciario puesto siendo la LOGP de 1979, y su primer Rgto. de 1981, y por tanto anteriores a la LORTRAD, promulgada en 29 de octubre de 1992 en cumplimiento del mandato contenido en el número 4 del art. 18 C.E., no pudieron incorporar en su articulado las normas dictadas con carácter general para limitar el uso de la informática con el fin de proteger el derecho fundamental a la intimidad.

El art. 6 del nuevo Rgto. penitenciario señala las limitaciones y principios básicos que se imponen a la Administración penitenciaria en el tratamiento informático de datos de carácter personal de los reclusos.

En primer lugar, y como garantía del enjuiciamiento o valoración personal de la conducta de los internos, se realizará por quienes ejercen competencias correspondientes, dispone que, ninguna decisión que implique apreciación del comportamiento humano de los reclusos (cabe entender las referidas a imposición de sanciones, concesión de beneficios penitenciarios, clasificación, destino, entre otras) podrá fundarse, exclusivamente, en un tratamiento informatizado de datos o informaciones que ofrezcan una

definición del perfil o personalidad del interno.

Se impide el dominio de la máquina y el automatismo deshumanizado de la informática, imponiendo una valoración personal de las variables establecidas en cada caso, y el estudio individualizado de cada situación.

La cuestión no tiene que ver con la intimidad, pero si con el más amplio concepto de respeto a la dignidad de la persona humana.

En segundo lugar, se dispone la aplicación de la L.O. 5/1992, de 29 de octubre en lo que respecta a la recogida, tratamiento automatizado y cesión de datos de carácter personal de los reclusos, estableciendo la protección de los datos especialmente sensibles (relativos a opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, origen racial o étnico, a la salud o a la vida sexual) que sólo podrán ser cedidos o difundidos, previa conformidad expresa y escrita del interesado (art. 8) y el derecho a rectificación de los datos contenidos en los ficheros informáticos, con lo que se regula el derecho al control sobre los datos personales y el ejercicio del "habeas data" en el ámbito penitenciario.

Finalmente, se ordena a las autoridades penitenciarias la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos, así como evitar su alteración o pérdida, y el acceso no autorizado a los mismos, debiendo guardar secreto profesional quienes manejen tales datos.

El art. 7, recoge las excepciones a las normas generales, en tanto indica que no será preciso el consentimiento del interesado para su recogida, excepto cuando se trate de datos relativos a ideología, religión, creencias, conocidos como datos especialmente sensibles.

También excluye del consentimiento del interesado la cesión de datos a otras Administraciones competentes en materia de reclutamiento militar, servicios sociales, Seguridad social, custodia de menores y análogas (estimo que el empleo de la analogía cuando se trata de señalar un régimen de excepción al ejercicio de un derecho crea inseguridad jurídica, y, si se determina por vía reglamentaria, es inaplicable por falta de la necesaria cobertura legal).

En párrafo separado, prevé también la cesión de datos, sin previo consentimiento, al Defensor del Pueblo e instituciones análogas de las CC.AA; Ministerio Fiscal y Jueces y Tribunales, en el ejercicio de sus funciones, y, sin indicar a quien (cabe suponer que a las autoridades sanitarias, de modo exclusivo y concluyente) datos de carácter personal relativos a la salud, por motivos de urgencia o para realizar estudios epidemiológicos.

Autoriza la cesión internacional de datos de carácter personal, contenidos en ficheros informáticos penitenciarios, sólo en los supuesto de prestación de auxilio judicial y de acuerdo con lo establecido en tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.

El art. 8, señala que los datos de los reclusos relativos a opiniones políticas, convicciones filosóficas o religiosas, origen racial o étnico, a la salud o a la vida sexual tienen la consideración de especialmente protegidos; que sólo se podrán ceder con el consentimiento expreso y escrito del interesado, o con poder especial y bastante del mismo, o cuando, por razones de interés general, lo disponga una Ley.

El art. 9, otorga a los reclusos derecho a solicitar la rectificación de los datos que resulten inexactos o erróneos, debiendo ser informado de la rectificación efectuada en el plazo máximo de 2 meses.

Por lo que respecta a la realización de cacheos personales, cabe decir que se incluyen dentro del capítulo dedicado a la seguridad de los establecimientos, y que, como las demás medidas de seguridad, se aplicarán siempre, y en general, por los principios de necesidad y proporcionalidad, y se llevarán a cabo, siempre, con el respeto debido a la dignidad de la persona, especialmente las que se practiquen directamente, conforme dispone el art. 71.

Respecto de la práctica de requisas y cacheos, nada varía, excepto en lo que se refiere a la realización de cacheos con desnudo integral, no regulados en el Rgto. de 1981, el art. 78 del de 1996, los autoriza "por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto o sustancia...", concediendo al Jefe de Servicios la

decisión, y ordenando que se lleve a cabo por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado, sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad.

De los registros y cacheos se formulará parte escrito, y, debe entenderse que, respecto de los cacheos con desnudo integral, en dicho parte deberán especificarse los motivos de seguridad y las razones contrastadas que hagan pensar que el interno ocultaba en su cuerpo algún objeto o sustancia peligrosa, ya que en otro caso, faltaría la necesaria legitimación para invadir la intimidad de la persona.

En el supuesto de que el cacheo con desnudo integral resulte negativo y subsista la sospecha, el Director del centro deberá solicitar autorización para aplicar otros medios (radiografías, scanners) a la autoridad judicial.

Sin duda alguna, la nueva regulación de la práctica de cacheos con desnudo integral, se ha tomado directamente de la doctrina contenida en la S. del T.C. 57/94, de 28 de febrero, principalmente en orden a la justificación y ponderación de la medida.

Finalmente, indicar que las normas del art. 68 son aplicables a los cacheos con desnudo integral a los visitantes de los internos autorizados para mantener comunicaciones íntimas, de carácter familiar y de convivencia, como requisito previo a la comunicación, conforme al art. 45.7.. En este supuesto, por consiguiente, también será necesaria la justificación de los

motivos para la práctica de la medida, y la formulación de un parte escrito del resultado.

Con la normativa vigente, queda claro que el derecho a la intimidad cede siempre a las exigencias de orden y seguridad, que son la base para asegurar la integridad y la vida de los internos en establecimientos penitenciarios, y el éxito del tratamiento encaminado a la resocialización y reinserción de los penados. En este sentido, basta leer el art. 66 del Rgto., dedicado a la observación de los internos, donde se dispone que "estará encaminada al conocimiento de su comportamiento habitual y de sus actividades y movimientos dentro y fuera del departamento asignado, así como sus relaciones con los demás internos y el influjo beneficioso o nocivo que, en su caso, ejerzan sobre los mismos".

Poco espacio de intimidad le queda a quien se halla sometido a tan minuciosa observación, sólo justificada para la salvaguardia de bienes superiores como la vida y la integridad personal.

5.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El T.C. se ha ocupado en más de una ocasión del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en las situaciones de prisión, examinando la validez de determinadas restricciones al goce de tal derecho fundamental impuestas en diferentes circunstancias.

Lo que primero salta a la vista es que el T.C. resalta la estrecha vinculación existente entre la intimidad personal y el valor dignidad de la persona, cuyo respeto, impone la C.E. como elemento fundamental para la convivencia.

En concreto, las sentencias dictadas son:

- S. 73/83, de 30-7-83 (f.7). Se trata, en realidad, de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones de los Letrados con sus defendidos, resolviendo un recurso planteado por unos Letrados contra determinadas restricciones impuestas por la Dirección del establecimiento penitenciario de Herrera de la Mancha.

Afecta de modo reflejo a los derechos de los internos, en tanto la cuestión se plantea desde la protección del derecho que ostenta el letrado.

Con carácter general, y en el ámbito de las comunicaciones, el T.C., dice: "Las comunicaciones de los internos han de celebrarse respetándose al

máximo la intimidad, de acuerdo con la regulación contenida en el apartado 1 del art. 51 de la L.O. 1/1979".

- S. 89/87, de 3-6-87 (f.2). Esta sentencia resuelve un recurso planteado por la Asociación Salhaketa (y tramitado con escasa cobertura procesal, principalmente, en cuanto a la legitimación), en el que se planteaba el reconocimiento del derecho de los reclusos sometidos al régimen del art. 10 LOGP, a mantener relaciones íntimas.

El T.C. deja sentado que "el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas", de donde se deduce que la vida sexual no pertenece a la intimidad (317).

Luego, cambia de criterio y, añade "Es obvio que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, pero lo que el Derecho puede proteger, y el nuestro, afortunadamente, protege, es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres. Sin duda, una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas acciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Se pueden, tal vez,

(317) MARTÍNEZ DE PISÓN, J., ob. cit., pág. 190, califica tal argumento de chocante y se pregunta "si la vida sexual no pertenece a la intimidad, qué es lo que queda como propio de la misma.

considerar ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere. La autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad, pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad".

En definitiva, el T.C. reconoce que la prisión reduce la intimidad a la vida interior del recluso, extremo que, por mi parte, pongo en duda, pues la observación metódica de la conducta y actitudes, que realiza la Administración, llevan, inevitablemente, al conocimiento de una parte importante de la vida interior del preso. El T.C. admite la reducción del espacio de intimidad en la medida necesaria, pero no más, para mantener una ordenada convivencia. Dependerá de cada caso, y estará en función de las circunstancias de cada momento y lugar el alcance que pueda tener la reducción o limitación del ámbito de intimidad personal del recluso, lo que tiene el peligro de convertirse en moneda de cambio, o en un premio para estimular el buen comportamiento, entendido como sumisión al orden establecido.

- Ss. 120/90, de 27-6-90 (f.12) y 137/90, de 19-7-90 (f.10), dictadas en supuesto de alimentación forzosa de presos en huelga de hambre, ampliamente comentadas en un capítulo anterior.

Tratan de la intimidad desde la noción o concepto de "intimidad corporal", para concluir que, en tales supuestos, no se trata de efectuar indagaciones o pesquisas sobre determinadas partes del cuerpo, sino que la actuación tiene por finalidad proporcionar alimento, siendo ajena a la obtención de conocimientos sobre la persona, y, por ello, no afecta, en este caso, el derecho fundamental a la intimidad.

- S. 57/94, de 28-2-94 (f. 5 y 6) sobre la orden de desnudarse y realizar flexiones, en presencia de un funcionario, en el cacheo posterior a una comunicación íntima.

El T.C., antes de razonar su decisión sobre la cuestión planteada, hace una breve síntesis de su propia doctrina en torno al derecho fundamental a la intimidad personal.

En primer lugar, recuerda su estrecha vinculación a la propia personalidad, y que deriva de la dignidad de la persona humana, que el art. 10.1 C.E. reconoce (318).

Seguidamente recuerda que la intimidad corporal forma parte de la

(318) Al respecto, cabe citar que la demanda de amparo, transcrita por el propio T.C., impugna el acuerdo sancionador porque "la orden cuya desobediencia motivó la sanción constituye una ofensa moral y una exigencia ilegítima cuya desobediencia es un acto de dignidad personal que merece la tutela o el respeto social". Es claro, por consiguiente, que tanto el demandante como el propio T.C. contemplan, en primer lugar, los efectos producidos por la actuación administrativa sobre el valor dignidad humana, y, después, el derecho fundamental vulnerado.

intimidad personal, y que tal intimidad es inmune a las relaciones jurídico-públicas.

Que el ordenamiento protege el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad, por lo que el ámbito de la intimidad corporal no es una entidad física, sino cultural, determinado por el criterio dominante sobre el recato corporal.

Finalmente, recuerda que el derecho a la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es un derecho de carácter absoluto.

En el concreto caso planteado, el T.C. admite la legitimidad de la actuación administrativa en orden a disponer cacheos y registros para impedir la entrada de objetos peligrosos o sustancias estupefacientes en el centro, velando así por el orden y la seguridad en el mismo, y recuerda que los derechos fundamentales sólo pueden ceder ante los límites que la propia C.E. expresamente imponga, o ante los que, de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos; que las limitaciones no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable, por lo que las medidas limitadoras han de ser necesarias para el fin perseguido y deben atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se impone.

El T.C., siguiendo la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos, deja sentado que, en determinadas situaciones, el registro personal puede constituir un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario, y, a continuación añade, que no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos, que es preciso ponderar de forma equilibrada la gravedad de la intromisión en la intimidad y si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger.

En base a tales premisas estima que la medida carece de fundamento porque se ha adoptado sin ponderar la necesidad y el derecho fundamental del recluso que se limitaba. No se ha acreditado que en el centro penitenciario, en las fechas en que se aplicó la medida, existiera una situación que, por sí misma, entrañase una amenaza para la seguridad y el orden del centro. Tampoco se ha alegado ni acreditado que del comportamiento del interno se desprendiera la fundada sospecha de que tratase de introducir objetos o sustancias en el centro que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad o la integridad o la salud de los internos.

En suma, la Administración no ha justificado que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la previa situación de éste o el previo comportamiento del recluso, por lo que acaba decidiendo que la medida impugnada no es conforme con la garantía del derecho a la intimidad personal contenida en el art. 18.1 C.E.

en atención a los medios utilizados en su práctica.

Leída atentamente esta sentencia del T.C., llego a la conclusión de que, si bien reconoce el derecho a la intimidad personal, en la faceta o parcela de intimidad corporal, protegida por el art. 18.1 C.E., en el fondo aquello que se ha mostrado a los ojos del Tribunal como contrario a los valores o principios reconocidos en la C.E., es la indignidad de la situación impuesta a la persona, sin justificación alguna, a pesar de que la propia sentencia (f.4) no ve motivo alguno para declarar la existencia de un trato vejatorio o humillante, dado que no se acreditó la existencia de contacto corporal con el sujeto pasivo por parte de otra persona.

La imagen de un hombre totalmente desnudo, flexionando repetidamente su cuerpo ante la mirada escudriñadora de otra persona, sin la existencia de motivos que justifiquen tal medida, es, a poco que se piense, una situación altamente degradante que hiere lo más sensible de la dignidad.

El respeto de la personalidad humana de los reclusos debe impedir, por sí sola, que se repitan hechos como los que ha dado lugar a la sentencia comentada, ya que supondrían regresar a un pasado superado con la norma constitucional y la LOGP, que obliga a la Administración a dotar los establecimientos penitenciarios de los medios materiales (técnicos) para el cumplimiento de sus fines (art. 14) sin necesidad de actuar siempre de forma directa sobre la persona del interno.

Pero el reconocimiento del valor dignidad se efectúa en el art. 10 de la C.E. y, por este motivo, su vulneración no puede ser invocada mediante el recurso de amparo constitucional, por ello, tanto las partes como el propio T.C. han de ajustar sus razonamientos para incardinar la proyección del valor dignidad dentro de aquel derecho fundamental que, según el caso, la refleja de manera más adecuada, y que pueda ser protegido dentro del recurso de amparo.

- Ss. T.C. 183/94 (f.5) y 197/94, de 20-6-94 y 4-7-94, respectivamente. Al igual que la 73/83, tratan de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones del Letrado con su defendido, como derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 C.E.. Reiteran que el derecho al secreto profesional solamente es invocable por al Abogado defensor, que sería el titular del derecho, y no por el preso/demandante, sobre el cual produce únicamente efectos meramente reflejos. Por cuyo motivo, careciendo de legitimación el demandante no entra a resolver sobre la cuestión.

6.- OTRA CUESTIÓN RELACIONADA CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD. LA REVELACIÓN O DIVULGACIÓN DE LA SITUACIÓN DE PRISIÓN Y DE DATOS REFERIDOS A LAS PERSONAS RECLUIDAS

En este punto se trata de hallar una respuesta a la cuestión que plantea la divulgación del hecho mismo de la detención y prisión de una persona, desde la perspectiva del respeto a su dignidad e intimidad, en conexión con las finalidades de prevención general de la pena y el carácter de públicas que tienen las actuaciones judiciales.

Para decirlo de otra manera, me pregunto si tanto los órganos judiciales como los de la Administración penitenciaria pueden dar a conocer, sin obstáculo ni limitación alguna, la identidad de las personas recluidas en la prisión y las circunstancias de la reclusión (situación de preventivos o de penados: si cumplen una pena o medida de seguridad; duración de la misma; grado o período de cumplimiento; tribunal sentenciador y fecha de la resolución en que se impone, etc.). O bien, si deben guardar confidencialidad respecto de tales datos y circunstancias, respetando así la intimidad de la persona.

Afecta a la intimidad de la persona, y constituye, por ello, una actuación ilícita, facilitar información a quien la pida sobre el ingreso de esa persona en un centro penitenciario, indicando la pena o medida de seguridad que cumple y el grado de cumplimiento en que se encuentra?. Sería

admisible, una actuación generalizada de divulgación pública que alcanzara a todos quienes cumplen una pena o medida privativa de libertad mediante la colocación de una lista en el tablón de anuncios o en la recepción de cada centro penitenciario incluyendo nombres, apellidos y tiempo de privación de libertad de cada interno?.

En otro caso, podría admitirse que esta forma de publicidad es una forma de hacer efectiva la publicidad de las resoluciones judiciales recogida en el art. 120 de la C.E. y que contribuye a la finalidad ejemplarizadora de la pena?.

Podemos afirmar que la Administración divulga ilícitamente datos que pertenecen a la intimidad personal y que afectan la dignidad de la persona, cuando, con una actuación calificable de descuidada y negligente, llama por altavoz a los internos para que acudan a locutorios, enfermería, etc., sin reparar que tales llamadas son perfectamente audibles para los residentes en los inmuebles vecinos, quienes, por tal motivo, conocen la identidad de los internos y sus actividades? (319).

En qué medida pueden afectar a la intimidad los reiterados reportajes que los diferentes medios de comunicaciones realizan en las prisiones, con

(319) La sección de cartas al director del diario "Avui" de 22-5-94, publica una queja de quienes se llaman afectados per la presó Model, donde se interesa su cambio de ubicación, exponiendo, entre otros argumentos, la afectación de la intimidad de los internos mediante las llamadas por altavoces.

obtención de fotografías o captación de imágenes de los internos en video?
(320). Lo mismo cabe decir de las visitas que, por los más variados motivos, acceden a la prisión?.

En estos casos, se produce el dilema entre apartar y cerrar más la cárcel o integrarla en la sociedad de que forma parte, y, si bien debe favorecerse lo segundo, también debe procurarse evitar perjuicios a la dignidad de los internos, estableciendo las necesarias precauciones y limitaciones.

La doctrina está de acuerdo en el carácter estigmatizador de la prisión (321) que llevó al redactor de la Exposición de Motivos de la Ley General Penitenciaria a decir que las prisiones "son un mal necesario" en la sociedad actual. En que la pena es un mal que impone el Estado, como instancia de poder supremo en que se organiza la sociedad, mediante un proceso que tiene, entre otras, la garantía de la publicidad. La pena es un acto del poder público que satisface el interés general, en cuya imposición y ejecución

(320) Siguen plenamente vigentes los motivos que llevaron a Warren y Brandeis a quejarse y a pedir respeto para su intimidad diciendo: "La prensa está traspasando, en todos los ámbitos, los límites de la propiedad y de la decencia. El chismorreó ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada, para convertirse en una mercancía, buscada con ahínco e, incluso, con descaro. Los más íntimos detalles de las relaciones sexuales se divulgan en las columnas de los periódicos, para satisfacción de la curiosidad lasciva. Con el fin de entretener al indolente, columna tras columna se llenan de chismes insustanciales, obtenidos, únicamente, mediante la intromisión en el ámbito privado".

(321) Por todos, ver MUÑOZ CONDE, F., en "Derecho Penal y Control Social", Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

participa toda la comunidad mediante los órganos de la Administración de Justicia. La justicia emana del pueblo, dice el art. 117 de la C.E.

De ahí que últimamente, y en procesos jurídico-penales en que se han visto involucradas personas con relevancia social y política, se haya despertado el interés de los medios de comunicación y de amplios sectores de la sociedad para conocer las circunstancias en que se desarrolla el cumplimiento de la pena de privación de libertad o de la medida de prisión preventiva impuesta a determinadas personas (condenados por delitos de terrorismo; funcionarios de la policía; ex-altos cargos de la Administración).

En este aspecto debemos distinguir entre la prisión preventiva, y el cumplimiento de la pena de prisión.

En el primer caso, tal como indica el art. 5 LOGP el principio de presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos, lo cual impide aplicar cualquier tratamiento a tales presos ni derivar otros efectos de la prisión, como la anotación en el Registro de Penados.

La prisión preventiva es sólo una medida precautoria y provisional, que debe garantizar la presencia del afectado al acto del juicio, proteger su persona y los efectos del delito. Todas cuantas incidencias afecten al preso preventivo, como permisos de salida, comunicaciones, deben ser resueltas o conocidas por el Juez de Instrucción que acordó la medida, y entiendo por

ello, que la facultad de facilitar información sobre la aplicación de tal medida corresponde al Juez que la acordó.

Por lo que respecta a los penados, resulta que la imposición de la pena es un acto público, por cuanto las sentencias deben leerse en audiencia pública, según el art. 147.5 de la L.E.Cri. y el 186 de la LOPJ (aunque este trámite es excepcional y sólo se produce en aquellos procesos de mayor trascendencia social), y, por tal motivo, constituye un acto de publicidad general, mediante el cual, la imposición de la pena y su obligado cumplimiento se da a conocer a toda la comunidad por disposición legal, y el individuo no puede limitarlo a la esfera del secreto personal.

Además, el art. 649 de la L.E.Cri. dispone que serán públicos todos los actos del proceso que se produzcan después de la apertura del juicio oral, y la expresión "todos" comprende también los actos que se dicten en el proceso de ejecución de la sentencia.

La finalidad ejemplarizadora de la pena, y la publicidad de la sentencia que la impone, así como el carácter de públicos que tienen los actos del proceso de ejecución mediante el cual se procede a su cumplimiento, son argumentos suficientes para entender que las circunstancias referidas al hecho mismo de la reclusión de la persona no están protegidas por el derecho a la intimidad.

Un tratamiento diferente debe darse a la posible publicidad sistemática

sobre las personas sometidas a reclusión, mediante la hipotética publicación de listas de internos o la divulgación de datos referentes a los internos en un centro penitenciario.

En la LOGP late el deseo de no producir al condenado un mal mayor del previsto en la norma penal. La advertencia de que las ropas que use en las salidas al exterior no deben denotar la condición de recluso (art. 20) es muy ilustrativa en este sentido. La orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social, que proclaman tanto el art. 25.2 C.E. como el art. primero de la LOGP y de su Rgto., debe llenar la ejecución de las mismas en el sentido de no producir traumas o efectos en el penado que le impidan reintegrarse a la vida social tal como dispone el art. 73 de la LOGP (322), lo cual hace inviable una información o publicidad generalizada sobre el nombre y circunstancias de quienes se hallan reclusos en un centro penitenciario cumpliendo penas privativas de libertad o medidas de seguridad, ya que este tipo de información contribuye a renovar el reproche social contenido en la sentencia y, por tal motivo, agrava el contenido afflictivo de la pena, exponiendo una y otra vez al penado a la contemplación de la sociedad y, por tal motivo, dificulta el camino de la reinserción.

Este también es el espíritu de las Reglas Mínimas de Ginebra de 1955, reflejado en la 45.1 referida a traslados, donde se establece que cuando los

(322) Sobre el sentido de la finalidad resocializadora y reeducadora contenida en el art. 25.2 C.E., ver CÓRDOBA RODA, J., en "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978", Papers, Revista Sociología, 1980.

reclusos sean conducidos o sacados de un establecimiento se tratará de evitar que queden expuestos a las miradas del público y se tomarán disposiciones para protegerlos de los insultos, de la curiosidad del público y para impedir toda clase de publicidad.

Sólo los interesados, conforme a los arts. 234 y 235 de la LOPJ, que deberán constituirse en parte como acusación particular o ejercitando la acción popular, conforme a los arts. 101, 270 y concordantes de la L.E.Cri. deben tener acceso a las actuaciones judiciales, y podrán conocer todos los actos de la ejecución de la pena.

Siempre quedará a salvo la divulgación o difusión que el propio interesado pueda dar a su situación de prisión, ya sea directamente, ya consintiendo que otro la facilite.

Entiendo que este planteamiento se corresponde con el derecho de los internos "a que su condición sea preservada frente a terceros", recogido, *ex novo*, en el art. 4.2.b) del Rgto. penitenciario de 9-2-96.

**VI.- DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL RÉGIMEN
DISCIPLINARIO**

1.- CONCEPTO

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 de la C.E. es, en palabras de Diez-Picazo (323) "un derecho-estrella en el firmamento jurídico-constitucional español actual" por su constante invocación en la práctica forense y por las demandas de amparo que se presentan ante el T.C. alegando supuestas violaciones del mismo (324).

La misma tónica se sigue en el ámbito penitenciario, ya que de las 28 sentencias dictadas por el T.C. entre 1981 y octubre de 1993, que tratan directamente cuestiones penitenciarias, en 9 se interpreta y aplica el derecho a la tutela judicial efectiva (325), lo que representa un 32,14 %.

-
- (323) DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, L. - "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva", libro homenaje a CESAR ALBIÑANA, pág. 31. Estudios de Derecho y Hacienda, M^o de Economía, 1987.
- (324) GONZÁLEZ SALINAS, P. - "El art. 24 de la Constitución y la apelación en el proceso administrativo". Rev. de Admón. Pública, mayo-agosto, 1987, pág. 235. Dice textualmente: "El derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución ha dado lugar, sin duda alguna, a mayor número de resoluciones del T.C. que cualquier otro".
En términos parecidos, ALONSO GARCÍA, E. - "El art. 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Problemas generales y acceso a los tribunales". T. II de Estudios sobre la Constitución Española, homenaje al Profesor GARCÍA DE ENTERRIA, pág. 973. Cívitas, 1991.
FIGUERUELO BURRIEZA, A. - "El derecho a la tutela judicial efectiva", Tecnos, 1990, pág. 20, dice: "este derecho junto al derecho de igualdad ante la ley (art. 14), recaba la mayor parte de la atención en el trabajo del T.C."
- (325) Dichas sentencias se reseñan en las págs. 20, 27 y 28 de este trabajo.
En este sentido estimo particularmente significativa la S.T.C. 29/81, de 24-7-81, dictada al poco tiempo de entrar en funcionamiento el T.C., y la primera que incide en el mundo

Dice el artículo 24 de la C.E.:

"1.- Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2.- Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre los hechos presuntamente delictivos".

En opinión general de la doctrina, la redacción del art. 24.1 de la

penitenciario. Resuelve un recurso de amparo promovido por un interno del Centro Penitenciario de Cáceres contra un Auto del T.S. de 4-5-78 (dictado antes de entrar en vigor la Constitución) que declaró desierto el recurso de casación interpuesto pese a que el propio interno compareció ante el T.S. mediante escrito entregado al Director de la prisión dentro del plazo. El T.C. estima el amparo y hace aplicación retroactiva de la Constitución en materia de derechos fundamentales (f.7) "porque la situación del interno incide en el ámbito del derecho a la libertad, por lo que deben observarse todas las garantías procesales que permitan asegurar de forma acabada si ha quedado afectado legítimamente, y, entre ellas, el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales (art. 24.1) que en nuestro caso no se ha producido en la medida permitida por el ordenamiento interpretado de acuerdo con la Constitución".

C.E. es desafortunada (326) ya que vincula el derecho procesal de acción o derecho a la jurisdicción con los derechos e intereses legítimos que se pretende hacer valer en el proceso, tal como indica Almagro Nosete (327).

Para Garrido Falla, el art. 24.1 de la C.E. reconoce el derecho a la jurisdicción, como el derecho subjetivo público de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado para interponer pretensiones o para oponerse a ellas (328).

El derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental frente al Estado, ya que éste tiene el monopolio de la jurisdicción en todos los órdenes (incluso en el orden civil, donde las partes pueden someter sus controversias a un Tribunal Arbitral, la ejecución del laudo es materia reservada a los tribunales ordinarios). La relación jurídica procesal se establece siempre con el Estado, por lo que el art. 24.1 de la C.E. reconoce un derecho subjetivo público, y, frente a ese derecho, el Estado tiene la obligación de juzgar,

-
- (326) GONZÁLEZ PÉREZ, J. - "El derecho a la tutela judicial efectiva", Cívitas, 1984, pág. 39, donde cita, en el mismo sentido, las opiniones de ALMAGRO, en "Comentarios a la Constitución", DE LA OLIVA, en "Sobre el derecho a la tutela judicial", y DE LA TORRE RUIZ, en "El derecho a la tutela jurisdiccional y la duración del proceso". Aun teniendo en cuenta las críticas formuladas a la redacción del precepto, FIGUERUELO BURRIEZA, A., dice: "No obstante, cabe considerar que, desde una perspectiva jurídico-pública, la formulación de la garantía constitucional parece, desde luego, acertada". Derecho a la tutela judicial, ob. cit. pág. 31.
- (327) ALMAGRO NOSETE, J. - "Lecturas sobre la Constitución Española", T. I., pág. 305, Facultad de Derecho de la UNED.
- (328) GARRIDO FALLA, F. - "Comentarios a la Constitución", ob. cit., pág. 455.

dictando una resolución fundada en Derecho, esto es, jurídicamente motivada, ya sea favorable o adversa (S.T.C. 73/83 de 30-7-83, entre otras muchas).

Tal como indica la S.T.C. 16/82, de 28 de abril, los derechos del art. 24 de la C.E. no son un mero programa, sino que tienen vigencia inmediata.

El art. 24 de la C.E. pormenoriza los medios para la garantía procesal genérica de todos los derechos e intereses que ampara el ordenamiento jurídico, incluidos los derechos fundamentales, ya que no se dirige a su exclusiva protección, tal como indica Pérez Luño (329).

El párrafo primero del art. 24 de la C.E. contiene el reconocimiento de un derecho al proceso, o, lo que es lo mismo, a la prestación jurisdiccional. Es el derecho a una actividad de los órganos del Estado (330), y el párrafo segundo se dedica a reconocer las garantías procesales, especialmente en el orden jurisdiccional penal (derecho al Juez ordinario, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba, a no confesarse culpable, y a la presunción de inocencia, entre otros). En opinión de Cano Mata (331) el art. 24.2 también

(329) PÉREZ LUÑO, A. - "Los derechos fundamentales", ob. cit. pág. 80.

(330) DIEZ-PICAZO, L. - "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva", ob. cit., pág. 41.

(331) CANO MATA, A. - "El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal

garantiza la tutela efectiva, pero lo hace a través del correcto juego de los instrumentos procesales, porque todo el artículo 24 forma una unidad, dentro de la cual ninguna de las garantías que contiene puede ser aislada, y dicho artículo debe contemplarse como un todo dotado de sentido global.

En el mismo sentido se expresa González Pérez (332) para quien el apartado 2 de este artículo no reconoce derechos distintos al de la tutela jurisdiccional efectiva, sino que viene a especificar una serie de "derechos" que son concreciones o manifestaciones de aquel derecho fundamental.

En la misma línea de interpretación, González Navarro (333), lo califica como un derecho de contenido complejo.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se reconoce a "todas las personas", término más amplio que el de "todos los ciudadanos" y por ello comprende, en su ámbito subjetivo, tanto a las personas físicas como a las jurídicas, ya sean nacionales o extranjeras (334). La S.T.C. 64/88, de 12 de abril, ha llegado a reconocer, como sujeto activo de este

Constitucional", pág. 8. Edersa, 1984.

(332) GONZÁLEZ PÉREZ, J. - "El derecho a la tutela jurisdiccional", ob. cit., pág. 41.

(333) GONZÁLEZ NAVARRO, F. - "Poder domesticador del Estado...", ob. cit., pág. 1.160.

(334) GONZÁLEZ PEREZ, J. - "El derecho a la tutela jurisdiccional", ob. cit., pág. 38.
ALONSO GARCÍA, E. - "El art. 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en "Estudios sobre la Constitución Española", Cívitas, 1991, pág. 975.
ALMAGRO NOSETE, J. - "Comentarios a la Constitución", pág. 27, Edersa, 1983.

derecho, a las personas jurídicas de derecho público, ligando la titularidad del derecho con la capacidad para ser parte en un proceso, si bien limitando el reconocimiento del derecho fundamental a reclamar del órgano jurisdiccional la prestación a que, como parte procesal, tenga derecho, aunque no es doctrina pacífica entre los miembros de la Sala del T.C. que dictó la sentencia (335).

Sujeto pasivo, lo es siempre el Estado, quien debe satisfacer el derecho fundamental por medio de los Jueces y Tribunales (336).

(335) Estíman tres magistrados que emitieron un voto particular en la mencionada sentencia, que las personas jurídicas de derecho público ejercen potestades y competencias, y no ostentan derechos fundamentales, excepto cuando actúan sometidas al derecho privado, en cuyo caso, son titulares de derechos subjetivos. A esta interpretación, parece adherirse FIGUERUELO BURRIEZA, A., en las págs. 62 y 63 de "El derecho a la tutela judicial efectiva", citado.

(336) FIGUERUELO BURRIEZA, A., en la obra citada, pág. 64, matiza que existen órganos no judiciales que pueden incidir en la satisfacción de este derecho fundamental, como las Cortes Generales en la concesión de un suplicatorio para proceder penalmente contra diputados y senadores.

2.- ANTECEDENTES NORMATIVOS

Si exceptuamos las normas legales fundamentales que tuvieron vigencia en el Estado Español inmediatamente antes de la Constitución de 1978 (art. 17 del Fuero de los Españoles, IX de los Principios del Movimiento Nacional, y art. 30 de la Ley Orgánica del Estado), no existen precedentes normativos en nuestra historia constitucional, quedando confiado el reconocimiento del derecho a la jurisdicción en la Ley reguladora del Poder Judicial y en las leyes de procedimiento (337).

En el derecho comparado, encontramos reconocido el derecho a la jurisdicción en la Constitución de la República Federal de Alemania, de 1949, en la de la República Italiana, de 1947 (que por una coincidencia, al igual que en la C.E., se contiene en el art. 24), y en la Constitución Japonesa de 1946 (338).

Es de notar que Alemania, Italia y Japón se daban nuevas constituciones tras el fracaso de sendas experiencias fascistas en que se implantaron legislaciones que impedían el efectivo control judicial.

Por otra parte, los tratados y acuerdos internacionales que han dado

(337) FIGUERUELO BURRIEZA, A. - "El derecho a la tutela judicial ..", ob. cit. págs. 25 y sig.

(338) DIEZ-PICAZO, L. - "Notas sobre...", ob. cit., pág. 36

origen a solemnes declaraciones de reconocimiento de los derechos humanos son el precedente próximo del reconocimiento de este derecho fundamental en la C.E.. Empezando por el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por N.U. en 10 de diciembre de 1948, y siguiendo por el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España en 24-11-77, publicado en el B.O.E. de 10-10-79 (339), y por el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en N.Y. en 19 de diciembre de 1966, suscrito por España en 28-9-76, publicado en el B.O.E. de 30-4-77.

Contemplando la vigencia del derecho a la tutela judicial en el ámbito penitenciario, y sin abandonar los acuerdos o normas internacionales, deben citarse las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas en Ginebra por N.U. en 1955, y en concreto las señaladas con los núms. 36 y 61, en las que se prevé que los penados puedan ejercer sus derechos y acceder a los órganos jurisdiccionales (340). Estas Reglas Mínimas fueron

-
- (339) ALONSO GARCÍA, E. en "El art. 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del T.C.", citado pág. 973, ve un paralelismo entre la jurisprudencia generada por el art. 24 de la C.E. y el art. 6 del C.E.D.H.
- (340) Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, N.U., Ginebra 1955. "Primera Parte. Reglas de aplicación General: Información y derecho de queja de los reclusos.- 36.3) Todo recluso estará autorizado para dirigir por la vía prescrita sin censura en cuanto al fondo, pero en la debida forma, una petición o queja a la administración penitenciaria central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente.- 36.4) A menos que una solicitud o queja sea evidentemente temeraria o desprovista de fundamento, la misma deberá ser examinada sin demora, dándose respuesta al preso en su debido tiempo. Segunda Parte. Reglas Aplicables a Categorías Especiales: A. Condenados: Principios Rectores.- 61 (último párrafo) Deberán hacerse, asimismo, gestiones a fin de proteger, en cuanto ello sea compatible con la ley y la pena que se imponga, los derechos relativos a los

ratificadas por el Consejo de Europa y aprobadas en Estrasburgo en 19 de enero de 1973.

intereses civiles, los beneficios de los derechos de la seguridad social y otras ventajas sociales de los reclusos".

3.- RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

Volviendo al derecho interno, y sin movernos del campo penitenciario, el art. 25.2 de la C.E. dispone que, la persona que se halla presa cumpliendo una condena, goza de los derechos fundamentales reconocidos en el Cap. 2º del T. I. de la norma fundamental, excepto los que se hallen expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

Respecto del derecho fundamental aquí considerado resulta que:

a) Ninguna de las penas establecidas en el art. 27 del C.P. de 1973, ni los 32 y sig. del de 1995 (ni en los diferentes proyectos del nuevo C.P. aparecidos desde la promulgación de la Constitución, que no han llegado a convertirse en realidad) permite imponer al penado la privación del acceso a los órganos jurisdiccionales (341). Por consiguiente, el fallo condenatorio, no puede suprimir ni limitar el derecho fundamental a la tutela judicial y, por

(341) Quizás lo más parecido a la supresión del derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales fue la pena de interdicción civil, accesoria de la pena de muerte conmutada, y a la de reclusión mayor, vigente en el C.P. hasta la promulgación de la L.O. 8/83, de 25 de junio. Pero en virtud del art. 200 del C.C., entonces vigente, se procedía a nombrar un tutor a quien se hallaba en esta situación, y el tutor, en su representación, podía acceder a los órganos jurisdiccionales y formular pretensiones ante los mismos.

tal motivo, lo conservará íntegro quien se halle cumpliendo pena de prisión (342).

b) Por lo que respecta al sentido de la pena, tampoco afecta a este derecho fundamental, ni aún en los supuestos en que se impongan penas de inhabilitación o de suspensión, ya que tales penas privan de honores, distinciones, empleos o cargos públicos, del derecho de sufragio y del ejercicio de profesión u oficio (arts. 35 a 42 del C.P. de 1973). Tampoco la pena de pérdida de la nacionalidad española afecta al derecho de acceso a la jurisdicción y de obtener la tutela judicial efectiva, puesto que este derecho se reconoce a toda persona por el solo hecho de serlo y sin ninguna condición.

c) En cuanto a la normativa penitenciaria, es de apreciar que en la misma se reconoce expresamente el ejercicio de tal derecho.

Dispone el art. 3.3 de la LOGP que, "en ningún caso", esto es, nunca, cualquiera que sea la situación penitenciaria del interno, se impedirá que continúe los procedimientos en curso en el momento del ingreso, ni que pueda entablar nuevas acciones.

Esta disposición, que en el Rgto. de 1981 tenía su desarrollo en los

(342) GONZÁLEZ NAVARRO, F. - "Poder domesticador...", citado, pág. 1.160, dice al respecto: "este derecho es, probablemente, uno de los derechos fundamentales que ni siquiera cabe que sea limitado o cercenado en la sentencia."

arts. 5.3 y 6, donde se reconocía a los internos el derecho a formular recursos, reclamaciones y peticiones en defensa de sus derechos e intereses, en el Rgto. de 1996 tiene su desarrollo, con carácter programático, en el art. 4.2.j.), dentro del catálogo de derechos de los internos, donde se recoge el de formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, en lo que se refiere a reclamar e impugnar las decisiones o resoluciones de la Administración penitenciaria que afecten al interno, que posteriormente, y de forma más detallada, se regulan en los arts. 53 y 54, dentro del capítulo dedicado a información, quejas y recursos.

El art. 4.2.j.) del Rgto. de 1996, se refiere tanto a la defensa de los derechos del interno, en general, como a los derechos e intereses derivados de la relación jurídica penitenciaria, a pesar de que no se indica separadamente, ni con un mínimo de claridad y precisión (343).

El art. 53 del Rgto. Penitenciario de 1996, igual que su equivalente del de 1981, no obliga a las autoridades penitenciarias a resolver. En este punto ensombrece la relación jurídica penitenciaria con aires de autoritarismo que estimo incompatibles con el respeto a la dignidad de la persona. Seguramente esta norma es una consecuencia de la situación de

(343) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., en el capítulo de "Quejas y Recursos", dentro de "Comentarios a la Legislación Penal", T. VI., vól. 2, citado, pág. 729 y sig., estima que existe gran confusión terminológica en esta materia, y es de la opinión de que ninguna reclamación mínimamente inteligible y respetuosa debe ser bloqueada.

especial sujeción en que se halla el preso, y se dictó para evitar la proliferación de reclamaciones infundadas, o de las presentadas con la finalidad de alterar el orden. Sin embargo, algo ha mejorado. En los que se refiere a las "quejas", el art. 6.3 del Rgto. de 1981 parecía contrario a la obligación de resolver expresamente cuantas solicitudes se formulen, cosa de todo punto incompatible con el art. 42 de la nueva Ley de R.J.A.P. y P.A.C. de 26-11-92 que impone a la Administración el deber de resolver "cuantas solicitudes se formulen por los interesados", y, siendo posterior y de mayor rango la Ley de 26-11-92, la Administración penitenciaria no tiene amparo alguno para dejar sin respuesta las peticiones y quejas que pueda recibir de los internos (344). El nuevo Rgto. de 1996, aún sin recoger expresamente la obligación de resolver, se acomoda a la vigente Ley de P.A.C. y dispone que, recibida una queja o petición, "el Director o quien éste determine habrán de adoptar las medidas oportunas o recabar los informes que estimen convenientes y, en todo caso, hacer llegar aquéllas a las Autoridades u organismos competentes para resolverlas", con lo que se impone un deber de actuar a la Administración que lleva implícito el de resolver.

En cuanto a las "peticiones", entendiendo por tales las que merezcan esta consideración según las normas vigentes, deberán tramitarse conforme

(344) Sólo queda excluido de las normas de la nueva LRJ-PAC el procedimiento disciplinario regulado en el Reglamento Penitenciario, arts. 107 y siguientes, conforme dispone expresamente la Disposición Adicional única del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, desarrollando el Título IX de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

al procedimiento establecido en la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, y producir los efectos previstos en la propia Ley, que mientras no se dicte una norma por el legislador postconstitucional, desarrolla el art. 29 de la C.E.. Tanto el art. 29 de la C.E. como la Ley de 22-12-60 sólo reconocen el ejercicio del derecho de petición a los españoles, no a los extranjeros.

En definitiva, quien se halla privado de libertad y en prisión puede ser parte en un proceso judicial y recabar el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, con independencia de ser tenido como parte en el proceso en el que se ha decretado su prisión, cuyo estudio no es objeto de este trabajo, cuando actúa (345):

a) En el ejercicio de acciones o en la formulación de pretensiones que no tienen ninguna relación con su situación penitenciaria. Esto es, al margen de la condición de penado, y en contemplación sólo de su condición de persona y de ciudadano.

Entre éstas se hallan las derivadas de las relaciones laborales y de seguridad social; las típicamente civiles, dentro del amplio espectro de relaciones personales, familiares, obligacionales y reales que contemplan el C.C. y demás normas substantivas civiles y mercantiles, y, las relaciones

(345) Me refiero aquí al concepto procesal de acción como derecho subjetivo público a obtener de los órganos jurisdiccionales del Estado la tutela jurídica, mediante una resolución de contenido concreto. En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS, A. - "Lecciones de Derecho Procesal", Romagraf, 1982, págs. 98 y sig.; GOMEZ ORBANEJA, E. - "Derecho Procesal Civil", Artes Gráficas y Ediciones, S.A., 1975.

administrativas, que podemos calificar de sujeción general para distinguirlas de la penitenciaria, incluidas las económico-administrativas.

b) En el ejercicio de acciones y en la formulación de pretensiones en base a la relación jurídico-penitenciaria, dentro de las que merecen una especial consideración las relacionadas con la aplicación del régimen disciplinario penitenciario.

c) En los procesos penales que puedan iniciarse contra el preso durante su situación de prisión, ya sea por hechos delictivos que cometa en dicha situación, o por hechos anteriores que den lugar a la incoacción de un nuevo proceso.

d) Como parte acusadora o ejercitando acciones penales como perjudicado en procesos que se inicien mientras se halla privado de libertad en un centro penitenciario, ya sea por hechos acaecidos en el centro o por hechos que no tengan relación con la prisión.

La garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ejercitando cualesquiera de las acciones antes mencionadas en el ámbito penitenciario, comporta la exigencia de que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Con esta finalidad, el párrafo 2 del art. 24 C.E., reconoce el derecho a la defensa y asistencia de letrado con gran amplitud

(346).

La efectividad del derecho a la defensa y asistencia de letrado, exige ordenar adecuadamente las relaciones entre el ciudadano preso y el letrado que haya escogido para la defensa de sus derechos e intereses, a pesar de que las leyes procesales no exijan, en todos los casos, que la defensa deba ejercerse mediante su intervención. Por ello, en primer lugar, se presenta la cuestión formal de la regulación de tales relaciones, y, en otro plano, la intervención del letrado, mediante su presencia y/o asistencia en las incidencias derivadas de la relación jurídica penitenciaria, de manera especial, dentro del régimen disciplinario penitenciario.

Por este motivo, antes de entrar en el análisis de las situaciones relacionadas, estimo necesario contemplar, en su globalidad, la regulación de las relaciones del preso con su abogado.

(346) GARRIDO FALLA, F. - "Comentarios a la Constitución", ob. cit., pág. 477 y 481. En el mismo sentido, CANO MATA, A., en "El Derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del T.C.", citado, pág. 27, indica que el art. 24.2 de la Constitución reconoce, de forma incondicional el derecho de defensa y asistencia de letrado, a todos, también a los acusadores particulares. Interpretan el precepto constitucional, entre otras, las Ss.T.C. 47/87, de 22 de abril, y 72/90, de 23 de abril.

4.- ESPECIAL REFERENCIA A LAS COMUNICACIONES CON ABOGADOS

4.1.- ASPECTOS FORMALES

Las relaciones entre el abogado y su cliente, además de cubrir los aspectos técnico-jurídicos de la defensa, deben desarrollarse en un ambiente de confidencialidad que sólo queda garantizado asegurando el máximo respeto a la intimidad de las comunicaciones que se produzcan. Por este motivo, en las comunicaciones del preso con su abogado, además del art. 24 de la C.E., sobre el derecho a la tutela judicial, incide también el art. 18 de la norma fundamental, en cuanto garantiza la intimidad personal, y, en especial, su párrafo 3, que reconoce el secreto de las comunicaciones.

En primer lugar, y para garantizar en todo momento la relación entre el interno y su defensor (además de con sus familiares y de dar transparencia a la función penitenciaria, como garantía de legalidad), el art. 41.3 del Rgto. penitenciario reconoce a todo interno el derecho a comunicar inmediatamente a su familia y abogado el ingreso en prisión y el traslado a otro establecimiento.

Las reglas generales de la LOGP y su Rgto. no ponen límite a las comunicaciones escritas, y prevén la posibilidad de establecer comunicaciones telefónicas cuando la urgencia del asunto lo requiera.

Las comunicaciones escritas entre los internos y su Abogado defensor o Procurador sólo podrán ser intervenidas por orden de la autoridad judicial, pero resulta necesario que el nombre de éstos conste en el expediente del interno ya que, en el supuesto de intervención de las comunicaciones ordinarias, si la Administración no tiene constancia del nombre del Abogado o del Procurador, así como, de su dirección, puede proceder a la intervención, (art. 46.5 del Rgto.).

En lo que se refiere a las comunicaciones orales, la normativa penitenciaria prevé como normales las que sean necesarias con el abogado y con el procurador que represente al preso en relación a asuntos penales, sin distinguir entre detenidos, presos o penados, el art. 51 de la LOGP se refiere sólo a los "internos"; la misma expresión se contiene en el art. 48 del Rgto. Pero somete a un régimen más restrictivo las comunicaciones con los abogados que puedan ocuparse de la defensa de los intereses del interno en otros órdenes jurisdiccionales distintos del penal, ya sean civiles, laborales o administrativos. En este caso, cuando el interno necesite asesoramiento jurídico en cuestiones no penales o cuando deba relacionarse con el abogado que dirija la defensa de sus intereses en tales campos, debe requerir él mismo la visita del abogado, y la comunicación se ajustará a las normas generales. En este aspecto la norma de 1996 no ha supuesto ninguna modificación respecto a la anterior de 1981.

El Rgto. Penitenciario en el art. 48.4 contempla expresamente las comunicaciones con dichos letrados que no tengan la condición de defensores

(347), "cuya visita haya sido requerida por el interno", y las asimila a las generales, reguladas en el art. 89, excepto si han sido autorizadas por el Juez de Vigilancia, cuando se trata de un penado, o por el que tramita la causa, para los preventivos, en cuyo caso, se concederá a la comunicación con el Letrado las mismas condiciones que a las comunicaciones con el abogado defensor.

La normativa sobre comunicaciones con abogados distingue entre:

- Abogado defensor
- Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales.
- Otros abogados que no tengan la condición de defensores. Más

concretamente, con otros abogados encargados de la defensa en cuestiones no relacionadas con la prisión o detención, y que hayan sido llamados por el interno.

Las comunicaciones del interno con sus Abogados se celebrarán en locutorios especiales y apropiados que deberán asegurar la intimidad y "que

(347) Estimo poco afortunada la expresión de Letrados que no tengan la condición de defensores, ya que conforme al Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2.090/82, de 24 de julio, la abogacía es una profesión consagrada al consejo, a la concordia y a la "defensa" de derechos e intereses (art. 8) y, corresponde a la abogacía, de forma exclusiva y excluyente, la protección de los intereses que sean objeto de defensa (art. 9). El art. 436 de la L.O.P.J., dispone que corresponde en exclusiva la denominación de abogado al Licenciado en Derecho que ejerce profesionalmente la dirección y "defensa" de las partes en toda clase de procesos.

La condición de defensor es inherente a la profesión de abogado y sólo cuando preste un asesoramiento o un consejo jurídico, podemos decir que no actúa en defensa de su cliente. Hubiere resultado más ajustada a la realidad de la profesión identificar a dichos abogados, como aquellos que ejerzan su profesión en otros asuntos no relacionados con la detención o la prisión.

el control del funcionario encargado del servicio sea solamente visual". Estas comunicaciones podrán ser suspendidas o intervenidas excepcionalmente, y únicamente por orden de la autoridad judicial, añadiendo que, "no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso (esto es, nunca) por decisión administrativa (art. 48.3). La redacción del precepto en el Rgto. de 1996 suprime la mención a los supuestos de terrorismo para justificar la suspensión o intervención de las comunicaciones del interno con su Abogado, que se contenía en su anterior redacción de 1981 y añade las indicaciones de que sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial, y de que, en ningún caso, por decisión administrativa.

Acorde con la doctrina constitucional, el nuevo Rgto. se muestra más respetuoso que su precedente con las funciones del Abogado. Somete su ejercicio únicamente, al control de los órganos jurisdiccionales, impidiendo a la Administración suspender, en otras palabras, cortar brusca y sorpresivamente el ejercicio de un acto que se integra en las actuaciones jurisdiccionales, o bien intervenirlas, tomando conocimiento de una comunicación que deber formar parte de la esfera del secreto de los comunicantes (y, en el caso del Abogado, por mandato legal).

Al nuevo Rgto. hay que reconocerle el mérito de haber recogido los criterios del intérprete oficial de la Constitución y de haber avanzado en el reconocimiento del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario en tanto que el interno es un sujeto de derecho que no

se halla excluido de la sociedad, como proclama en su art. 3 (348).

Por contra, podrán ser suspendidas e intervenidas por el Jefe de Servicios del centro, dando cuenta al Director, y éste a la autoridad judicial competente, aquellas comunicaciones de los Abogados con sus clientes presos, cuando no se trate del defensor o del expresamente llamado para asuntos penales, y el Abogado no haya obtenido la autorización judicial (349). Es decir, cuando el Abogado quede integrado en el apartado de "otros profesionales" del núm. 3 del art. 51 de la LOGP, y realice la comunicación conforme a las normas generales (art. 48.4 Rgto.).

Sólo la autoridad judicial puede ordenar la suspensión o intervención de las comunicaciones entre el interno y su abogado, y mediante una orden previa (350). En el supuesto de que la suspensión o intervención de

-
- (348) El TEDH, en el asunto Campbell y Fell, S. 28-6-84, halla justificación a la imposición de limitaciones a las comunicaciones con el Abogado defensor, y ha declarado que "las razones de seguridad podrían justificar algunas restricciones en las visitas de los abogados a los presos".
- (349) GARCÍA VALDÉS, C. - "Comentarios a la Legislación Penitenciaria", ob. cit., pág. 170, sobre el contenido del Rgto. de 1981.
- (350) GARCÍA VALDÉS, C. - ob. cit., pág. 174, sostiene que la norma general sobre suspensión e intervención de comunicaciones del nº 5 del art. 51, no es de aplicación a las reguladas en el nº 2 del mismo, que aparece como norma especial para las comunicaciones orales con abogados defensores o expresamente llamados, y añade, "en consecuencia sólo en caso de fundadas sospechas de convivencia delictiva podrá el director dirigirse a los Jueces y Tribunales requiriendo una tal mencionada decisión, no debiendo el responsable del centro motu proprio asumirla".
La S.T.C. 73/83 sostiene que las comunicaciones de que trata el art. 51.2 de la LOGP "sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo además podrá acordar la suspensión el Director del

comunicaciones la acuerde el Director del centro, deberá tomar un acuerdo motivado, notificarlo al interno afectado y dar cuenta, inmediatamente, al Juez de Vigilancia.

En cuanto a las comunicaciones escritas con el Abogado, el art. 46 del Rgto. penitenciario, sólo se refiere a las que tenga con su abogado defensor, dejando sin regular las que pueda tener con el expresamente llamado y con el defensor en actuaciones que no sean penales, aplicando a tales comunicaciones, la normativa establecida en el art. 51.2 de la LOGP; esto es, la misma que regula las comunicaciones orales.

En base a ello, estimo que las comunicaciones escritas con el abogado expresamente llamado y con el encargado de la defensa en cuestiones no penales, debe seguir también la misma normativa que las comunicaciones orales, y recibir el mismo trato que el abogado defensor en causa penal, cuando ha sido autorizada por la autoridad judicial, conforme al art. 48.4 del Rgto. penitenciario.

Este aspecto, no ha sido modificado en el Rgto. de 1996.

La diferente regulación de las comunicaciones del preso con el abogado defensor, o con el especialmente llamado para la defensa, y con el abogado que tiene a su cargo la defensa y asesoramiento en otros asuntos no relacionados con la detención o prisión me parece fuera de lugar, en tanto