ATC: Dª PILAR SANCHEZ

1043
5

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Recurso Nº: 9576/2004

RECURSO CASACION Num.: **9576/2004**

Votación: **11/02/2009**

Ponente Excmo. Sr. D.: **Jesús Ernesto Peces Morate**

Secretaría Sr./Sra.: **Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo**

JOSÉ LUIS GARCÍA GUARDIA
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
Avda. Manoteras, 38, D 203
28050 MADRID
Tlf.: 91 392 35 12 - Fax: 91 392 35 15

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: QUINTA

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID
RECEPCIÓN - 7 MAY 2009
NOTIFICACIÓN - 8 MAY 2009
Artículo 161.2 L.E.C. 1/2000

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Mariano de Oro-Pulido y López

Magistrados:

D. Pedro José Yagüe Gil
D. Jesús Ernesto Peces Morate
D. Segundo Menéndez Pérez
D. Rafael Fernández Valverde

En la Villa de Madrid, a diecisiete de marzo de dos mil nueve

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 9576 de 2004, pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don José Luis García Guardia, en nombre y representación de Doña Carmen Díaz Bermejo, quien, a su vez, actúa en nombre de la Asociación «Madres Unidas contra la Droga de Madrid», contra la sentencia pronunciada, con fecha 1 de marzo de 2004, por

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo número 1490 de 2001, sostenido por la representación procesal de Doña Carmen Díaz Bermejo, quien actuó en nombre y representación de la Asociación «Madres Unidas contra la Droga de Madrid», contra la resolución del Ministerio del Interior, de fecha 25 de julio de 2001, por la que se decidió no declarar la nulidad de pleno derecho del apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

En este recurso de casación ha comparecido, en calidad de recurrido, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó, con fecha 1 de marzo de 2004, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 1490 de 2001, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Carmen Díaz Bermejo, en nombre y representación de "Madres Unidas contra la Droga de Madrid", contra la resolución del Ministerio del Interior de 25 de julio de 2001, que no declara la nulidad de pleno derecho del Apartado Primero de la Instrucción 21/1996, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y revocando parcialmente la misma, declaramos dicha nulidad de pleno derecho únicamente respecto del inciso del subapartado B.1.A.13 de la referida Instrucción, que se expone en el fundamento jurídico quinto, confirmándola en todo lo demás, sin imponer las costas de este proceso a ninguno de los litigantes».

SEGUNDO.- Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico tercero: «Comenzando por la impugnación que de la creación del Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES) se denuncia genérica y vagamente en la demanda, basta señalar que tal creación y mantenimiento, según resulta de la lectura de los subapartados A.1 (*Regulación del fichero*) y A.2 (*Características necesarias para la inclusión en los distintos grupos*) del apartado 1 de la Instrucción de tanta cita, se adecua a las exigencias del artículo 6.1 del Reglamento Penitenciario, a cuyo tenor «*ninguna decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse,*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno»; y también a lo preceptuado el mismo artículo 6, en su apartado 2, según el cual «*la recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios se efectuará de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (actual LO 15/199, de Protección de Datos) y sus normas de desarrollo*». Creación de archivos cuya conformidad a derecho ya ha sido declarada por el Auto de la Audiencia Provincial referido en el fundamento jurídico anterior, tras estudiar minuciosamente la cuestión y a cuyas consideraciones nos remitimos y que, en cualquier caso, resulta justificada con la declaración programática que contiene la Instrucción, en cuanto a la necesidad de conocer las intervinculaciones de determinados grupos de internos y ejercer un control adecuado frente a fórmulas delictivas complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario, y teniendo en cuenta que la propia Circular examinada restringe la recopilación de datos a la «situación penal, procesal y penitenciaria» de los internos afectados, lo que constituye un legítimo ejercicio de las facultades contempladas en la Ley Orgánica de Protección de Datos y en el Reglamento Penitenciario. Además, tales datos pueden aportar elementos necesarios para adaptar el tratamiento penitenciario a la personalidad criminal del interno, y más aún cuando la propia Ley Orgánica General Penitenciaria hace referencia en su artículo 62. b) al resumen de la actividad delictiva del interno y de todos los «datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales» del mismo, entre los que pueden perfectamente incluirse todos los mencionados en la Circular: filiación, penales y procesales, penitenciarios, incidencias protagonizadas, actividad delictiva y comunicaciones con el exterior, máxime cuando la repetida Instrucción especifica que el hecho de estar incluido en la base de datos en ningún caso puede servir para prejuzgar la clasificación de los internos, vedar su derecho al tratamiento o fijar un sistema de vida distinto a aquel que reglamentariamente le venga determinado. Fichero automatizado en cuya elaboración, por otra parte, han sido cumplidas las prescripciones legales, ya que, según resulta de las diligencias acordadas para mejor proveer, su creación se llevó a cabo mediante disposición general (Orden de 26 de julio de 1994 por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal gestionados por el Ministerio del Interior incluidos, según se señala en dicha Orden, en el ámbito de aplicación de la LORTAD y sometidos al régimen general de la misma), que fue publicada en el BOE de 27 de julio de 1994, en cuyo Anexo se describe el

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

responsable de dicho FIES, su finalidad y usos, el colectivo del que se pretende obtener dados, el procedimiento de recogida de datos, la estructura básica del fichero, descripción de datos incluidos en el mismo y el órgano ante el que pueden ejercitarse los derechos de acceso, rectificación y cancelación, dando así cumplimiento a lo dispuesto tanto en el artículo 18 de la antigua LORTAD, como en el artículo 20 de la vigente LO 15/1999 de Protección de Datos».

TERCERO.- También se declara en el cuarto de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida que :«Por lo que se refiere, en concreto, a la vulneración que de determinados preceptos de la Ley o Reglamento Penitenciarios, y a la vez de determinados derechos fundamentales, se sostiene en la demanda, es importante poner de manifiesto, previamente al análisis separado de cada una de dichas eventuales vulneraciones, que la acción ahora ejercitada es la de nulidad de pleno derecho de la Instrucción impugnada (concretamente de su apartado 1), en los casos previstos en el artículo 62. 2 de la Ley 30/92, esto es, o bien por lesión de la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, o bien porque regule materias reservadas a la Ley, o bien porque establezca la retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos, más sin que sea ahora posible enjuiciar la aplicación practica o individual que, en un determinado centro penitenciario o respecto de un determinado interno, pueda llevarse a cabo de la repetida Instrucción, aplicación concreta frente a la que el recluso, si la considera abusiva o especialmente aflictiva, siempre podrá formular la correspondiente petición o queja ante el Director del establecimiento (artículo 50 de la LGP) y, en su caso, recurrir ante el Juez de Vigilancia (artículo 76 y siguiente de la LGP). Comenzando por la reiterada argumentación de la demanda de que la Circular de tanta cita lesiona el principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución, de un lado la invocación que del apartado 1 de dicho artículo 25 CE se efectúa no resulta muy afortunada, pues no estamos ahora enjuiciando delitos ni faltas ni tampoco infracciones administrativa (infracciones disciplinarias, que respecto del régimen penitenciario, se regulan en el Art. 42 de la LOGP), sino una Instrucción que contiene normas sobre seguridad, control y prevención de incidentes de un determinado tipo de internos (muy conflictivos y/o inadaptados). Pero es que además la vulneración que del apartado 2 del mismo artículo 25 CE asimismo se denuncia en la demanda, tampoco puede ser tomado en consideración por esta Sala, ya que el Tribunal Constitucional, según constante jurisprudencia,

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

no admite que el principio de resocialización de las penas pueda ser invocado en amparo por vía de dicho artículo 25.2 de la Constitución, al considerar que tal precepto no contiene un derecho fundamental, sino una orientación que debe guiar la política penitenciaria del estado (SSTC 2/1987 FJ 2; 28/1988 FJ 2 y AATC 1112/1988 y 360/1994). Respecto al derecho al secreto de las comunicaciones (Art.18.3 CE), es consolidada la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 1194/2002 F.6) según la cual tal secreto de las comunicaciones de que puede gozar una persona interna en un centro penitenciario viene determinado, no sólo por lo dispuesto en el Art. 18.3 CE sino también, y primordialmente, por el Art. 25.2 CE, precepto que en su inciso segundo establece que el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. El artículo 51.1 LOGP permite la intervención de las denominadas comunicaciones genéricas por razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, configurándose tales supuestos, por lo tanto, como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones de un interno. Y en cuanto a los requisitos que deben cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas, junto a la exigencia de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente que impone el Art. 51.5 LOGP, así como la de notificación al interno afectado que establecen los Art. 43.1 y 46.5 RP de 1996, el Tribunal Constitucional ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, F. 3; 188/1999, de 25 de octubre, F. 5 y 175/2000, de 26 de junio, F. 3). Pues bien, conforme a dicha doctrina constitucional, lo cierto es que la regulación de las comunicaciones escritas del apartado A.4.1 de la Instrucción (que, según la demanda, convierte en estéril cualquier tipo de comunicación con el exterior, dado el plazo que en ella se concede a la Coordinación de Seguridad) ninguna vulneración legal ni constitucional causa, si la misma se pone en relación con párrafo anterior de dicho apartado A.4 donde expresamente se prevé que " cuando existan razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del Centro, se procederá en la forma establecida reglamentariamente a intervenir las comunicaciones de éstos. La intervención debe ser motivada y justificada en atención a las circunstancias concurrentes en el afectado y delimitada temporalmente, todo ello de conformidad con el criterio fijado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 170/96 de 29 de octubre. Los responsables del

Centro adoptarán las medidas oportunas para que el contenido de estas comunicaciones sólo tenga acceso el Funcionario encargado de la Unidad, sin que en ningún caso pueda hacerse publico, ser difundida o llegar a personas no autorizadas". Así pues, tal regulación se adecua a lo previsto en el artículo 51 de la Ley General Penitenciaria anteriormente citado, que es el que dispone tal derecho de comunicación escrita de los internos, que exige el respeto al máximo de la intimidad, pero prevé expresamente la posibilidad de restricciones " *impuestas por razones de seguridad e interés de tratamiento y el buen orden del establecimiento*", razones de seguridad y buen orden del centro que concurren en el caso y que convierten en justificada (siempre que además se motive, se delimite temporalmente y se observe la doctrina del Tribunal Constitucional anteriormente esbozada) la intervención de las comunicaciones prevista en el referido apartado de la Instrucción. En definitiva, la intervención tiene sentido cuanto lo que se trata de conseguir es que el preso no mantenga aquellos lazos que originaron y fueron causa de su comportamiento delictivo, justificación y garantías las anteriormente previstas que se ajustan a la normativa penitenciaria y que excluyen la vulneración de los derechos fundamentales de los Art. 18.3 y 18.1 CE aducida en la demanda. Las comunicaciones telefónicas, que el apartado B.1.A).13 limita a dos por semana, es asimismo conforme con lo previsto en el artículo 47.4 del Reglamento Penitenciario (que dispone que se efectuaran con una frecuencia máxima de cinco llamadas por semana, se celebrarán en presencia de un funcionario y no tendrán una duración superior a cinco minutos), y ello puesto que el referido apartado B.1.A).13 dice textualmente que se podrán autorizar, *con carácter general*, dos comunicaciones telefónicas a la semana, lo que implica que sin perjuicio de que generalmente, y en la mayoría de los casos, sean dos las llamadas telefónicas semanales de los presos a los que se aplica la Instrucción, con carácter especial o individual, o en el caso de concurrir determinadas circunstancias, es posible autorizar mas de dos llamadas telefónicas a la semana (y hasta un máximo de cinco)».

CUARTO.- La Sala de instancia declara como justificación de la nulidad de pleno derecho, que decide en la sentencia, del apartado B.1.A.13 de la Instrucción impugnada que «El mismo apartado B.1.A 13, señala que *"Respecto de las visitas de convivencia en locales o recintos adecuados, su duración máxima será de 3 horas"*. Tales visitas de convivencia se regulan con carácter general en el artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario cuyo tenor literal es el siguiente: *"Se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

convivencia a los internos con su cónyuge o personas ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad. Estas comunicaciones, que serán compatibles con las previstas en el Art. 42 (comunicaciones orales) y en los apartados 4 (comunicaciones intimas) y 5 (con familiares y allegados) de este articulo, se celebrarán en locales o recintos adecuados y su duración máxima será de seis horas". Es cierto que según reiterada doctrina constitucional (SSTC 36/1982, 314/1991, 371/1993 y 57/1994, entre otras muchas) la comunicación familiar no es un derecho absoluto, como no lo son ninguno de los derechos constitucionalmente protegidos, pudiendo ser limitado o condicionado su ejercicio. La privación de libertad que conlleva toda pena impuesta dificulta e incluso impide el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos al resto de los ciudadanos que no se encuentran en dicha situación. Así, la separación y el alejamiento del preso de la vida familiar y cultural son consecuencia inevitable de la prisión, pero debemos recordar que no por ello se le priva de sus relaciones familiares, aunque estas lógicamente estén limitadas al ejercicio de los derechos de visita y de comunicación previstos y regulados en la legislación penitenciaria. En el presente caso, nos hallamos ante una disposición que restringe la duración máxima de seis horas que el Reglamento Penitenciario prevé para las llamadas visitas de convivencia, fijando dicha duración máxima en tres horas, sin argumentación ni justificación ninguna para ello En definitiva, se limita de manera injustificada (e innecesariamente dolorosa para el interno), y sin ninguna motivación, la duración temporal de tal derecho a las visitas de convivencia. Esta Sala no acierta a comprender la razón de dicha restricción, no obstante el carácter de especialmente peligrosos y/o inadaptados de los reclusos a los que se aplica la Instrucción, dado que dichas visitas lo son del cónyuge o conviviente y de los hijos menores de diez años, personas cuya negativa influencia sobre el preso, o sobre la seguridad u orden del establecimiento no parece evidente. Consideramos, por ello, que tal disposición constituye una intromisión ilegítima en la intimidac familiar del interno, carente de razonabilidad, por lo que dicho inciso del referido apartado B.1.A 13 de la Instrucción 21/1996, efectivamente es nulo de pleno derecho por cuanto contraviene, sin justificación ni motivación alguna, lo preceptuado en el artículo 45.6 del Real Decreto 190/1996, en relación con el artículo 51.1 de la Ley General Penitenciaria».

QUINTO.- El fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida es del siguiente tenor literal: «Asimismo se entienden lesionados los derechos a

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

recibir información veraz (artículo 20. d CE) y al acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad (artículo 25.2 CE) por los siguientes apartado de la Circular: La Norma A.4.3 en cuanto preceptúa el envío a la Coordinación de Seguridad de todas las revistas, periódicos y libros que carezcan de depósito legal o que, teniéndolo atenten contra la seguridad del establecimiento. La Norma B.1.A).6 por cuanto limita a dos el número de libros de lectura, revistas y/o periódicos que puede tener el interno. Y la Norma B.1.A) 13 por cuanto el uso de la televisión queda sometido a posible "limitación expresa," limitación muy frecuente en la práctica. De un lado, y en este último caso, según resulta del mismo inciso B.1.A) 13, la limitación del uso de la televisión ha de motivarse mediante resolución de la Junta de Tratamiento, basada en razones de seguridad, buen orden del centro o exigencias de tratamiento, por lo que la posibilidad de restringir tal derecho se halla suficientemente garantizada. De otra parte, y con carácter general, es el artículo 58 de la LGP el que establece el derecho de los internos a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior " *con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias de tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento*", así como a estar informados a través de audiciones radiofónicas, televisivas y otras análogas. Pronunciándose en términos muy similares el Art. 128.1 del Reglamento Penitenciario, que añade en su apartado 2 que " En todo caso, *no se autorizará la tenencia en el interior de los establecimientos de publicaciones que carezcan de depósito legal o pie de imprenta, así como las que atenten contra la seguridad y buen orden del establecimiento*". Asimismo preceptúa el artículo 93.5º del Reglamento Penitenciario que " *El Consejo de Dirección elaborará las normas de régimen interior sobre... disposición de libros, revistas, periódicos y aparatos de radio y televisión*".En definitiva, pues, y dado que el acceso a libros, revistas y televisión se halla sometido a limitaciones, tales limitaciones legales y reglamentarias que son precisamente las que se establecen en la Instrucción, máxime cuento, según señala el Tribunal Constitucional en el Auto 79/99 de 8 de abril, el acceso a la cultura es de contenido tan amplio, que se puede materializar a través de múltiples medios legales existentes al efecto y cuya difusión está permitida por las leyes y reglamentos. Añadir, para concluir, que en lo que al derecho a recibir información veraz se refiere (Art. 20.1 d) CE), se trata de un derecho dirigido a los ciudadanos en general al objeto de que puedan formar sus convicciones, ponderando opiniones divergentes, e incluso contradictorias, para que puedan participar así en la discusión relativa a

asuntos públicos (STC 220/1991), pero tal derecho no supone obviamente la correlativa obligación de toda persona física o jurídica de suministrar información de cualquier tipo a todo el que la solicite (ATC 560/1983)».

SEXTO.- Continúa la Sala de instancia expresando en el séptimo fundamento jurídico de la sentencia recurrida que: «Se consideran igualmente lesivos del derecho a la integridad física y moral (Art. 15 CE) y del derecho a la intimidad personal (Art. 18.1 CE) varios de los apartados de la Circular. Los denominados "tratos inhumanos o degradantes" proscritos en el artículo 15 de la Constitución, en el concreto ámbito penitenciario, han sido objeto de una abundante doctrina del Tribunal Constitucional, que ha dicho que para apreciar su existencia es necesario que: "Estos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena" (SSTC 65/86, de 22 de mayo; 89/87, de 3 de junio y 150/91, de 4 de julio, entre otras), pues la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de su ejecución y de las modalidades que revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcancen un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena. Con estas premisas puede afirmarse que la privación de libertad que conlleva el cumplimiento de una condena, el aislamiento de los presos en celdas, o el cumplimiento de la condena en centros penitenciarios que no se ajustan a los deseos y expectativas de los internos, son limitaciones que, practicadas con las garantías que para su imposición y aplicación establece la legislación penitenciaria vigente, no pueden considerarse como trato inhumano o degradante, y por lo tanto no vulneran ni el Art. 15 de la Constitución, ni tampoco el Art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable por disposición del Art. 10.2 CE. Entiende la demanda que además de constituir tratos inhumanos y degradantes, contraviene la normativa penitenciaria la previsión contenida en el apartado B.1.A). 2 de la Instrucción, del que se desprende que, como el interno entra y sale de la celda cuatro veces al día, ello implica la práctica sistemática de, cómo mínimos, cuatro cacheos diarios. Esta Sala no aprecia vulneración legal ninguna en dicho apartado de la Instrucción. Si bien su tenor literal es que "*Todos los internos serán cacheados, tanto a la entrada como a la salida de sus respectivas celdas*", preceptuando el artículo 93.1.2ª del Real Decreto 190/1996 (de conformidad

con el artículo 23 de la Ley General Penitenciaria) que *"Diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos"*, lo cierto es que el termino "diariamente" que utiliza el precepto reglamentario no puede identificarse con una vez al día como máximo, sino, en todo caso, con una vez al día como mínimo, por lo que la disposición cuestionada tampoco contraviene la normativa penitenciaria. Los mismos derechos fundamentales se entienden también infringidos por la norma B.1.A) 3. en relación con la norma B.2 a cuyo tenor, y cuando los funcionarios hagan acto de presencia en la celda, el interno deberá colocarse en el fondo de la misma con las manos visibles. Se regula ésta medida de seguridad, al igual que la anterior, en el artículo 68 del Reglamento Penitenciario. Ambas requieren tomar en consideración el colectivo al que van destinados tales controles y cacheos (internos muy conflictivos y/o inadaptados, autores de gravísimos delitos contra la vida, libertad o integridad de otros reclusos o funcionarios) a fin de otorgar justificación y razonabilidad a tales especiales cautelas, siempre, claro está, que se ajusten en su contenido y práctica a las previsiones del artículo 71 de dicho Real Decreto 190/1996, que preceptúa que han de regirse por los principios de necesidad y proporcionalidad y llevarse siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen diariamente sobre las personas. La norma B.2 (control de internos considerados conflictivos y/o peligrosos) en su parte final, también impugnada en la demanda hace referencia a las denominadas "nocturnas". Las regula la Instrucción señalando que " *respetando la dignidad del interno y las horas de descanso nocturno (Art. 77.2) deberán llevarse a cabo con la periodicidad que se considere adecuada, en función de los distintos tipos de régimen, cuidándose cuando se trate de internos con asignación del régimen cerrado, que se encuentren incluidos en ficheros de especial seguimiento o considerados conflictivos, que éstas se realicen con un intervalo no superior a una hora. Su realización y las novedades que pudieran producirse, deberán ser registradas en un libro destinado a tal fin*" . Es cierto que la regulación de tales nocturnas planteó en un primer momento dudas sobre su legalidad a esta Sala dado que tanto el Art. 25 de la Ley General Penitenciaria como el Art. 77.2 de su Reglamento, garantizan, *en cualquier caso*, ocho horas de descanso nocturno. No obstante y una vez remitido a la misma el oficio del Director General de Instituciones Penitenciarias acordado como diligencia para mejor proveer, en el que se explicaba que dichas nocturnas tienen por finalidad comprobar el adecuado estado físico de la prisión: barrotes, puertas, techos, suelos, ventanas.. y que en cuanto al modo de materializarse respecto

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

de las celdas donde se encuentran los reclusos, consisten en comprobar tanto desde el exterior, a través de los patios u otras dependencias externas, como desde el interior, mediante controles y paseos por los pasillos a cuyos lados se sitúan las celdas, que ninguno de los elementos de seguridad de las mismas han sido alterados (puerta, cerrojos, ventanas, rejas), concluimos la conformidad a derecho de la regulación que la Circular efectúa de tales nocturnas (denominadas *requisas* cuando se efectúan de día), no sólo por la obligación expresamente contemplada en dicha Instrucción de respetar, en todo caso, las ocho horas de descanso nocturnos, sino además porque dada su finalidad y modo de practicarse, no implican necesariamente un obstáculo a dicho descanso nocturno legalmente previsto».

SEPTIMO.- En el fundamento jurídico octavo de la sentencia recurrida se declara que «La Norma B.2, inmediatamente antes de dichas nocturnas, señala que *cuando sea necesario que los internos comparten celda, en ningún caso se ubicará a dos de ellos en la misma, e igualmente no se asignarán a éstos celdas contiguas*. Ello, según la demanda, contraviene el derecho al desarrollo integral de la personalidad (Art. 25.2 CE), excede de lo previsto en el Art. 93 del Reglamento, y supone, en realidad, que como en los departamentos especiales a que se refiere la Circular los presos nunca comparten celda, se hallan totalmente aislados sin posibilidad, siquiera, de hablar a gritos con quienes ocupan celdas contiguas. Preceptos ambos (legal y constitucional) que asimismo se entienden lesionado por la norma B.1.a) 14 a cuyo tenor, y como el preso desayuna, come y cena solo en su celda, se le priva del más mínimo contacto personal con otro ser humano. Ya hemos apuntado con anterioridad, en cuanto al principio constitucional contenido en tal Art. 25.2 de la CE, que el fin de reinserción social y de reeducación que debe regir en todo cumplimiento de la pena y por ende debe orientar toda la política penitenciaria del Estado, no confiere como tal un derecho fundamental amparable, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no derivan derechos subjetivo (SSTC 2/87, de 21 de enero; 28/88, de 23 de febrero entre otras muchas). Por otra parte, el derecho al desarrollo integral de la personalidad que protege el mismo precepto, ha de entenderse íntimamente relacionado con el derecho a acceder a la cultura, dada la dicción del referido artículo 25.2 CE, por lo que su denuncia en el recurso, en los términos expuestos, no puede ser tomada en consideración. Es cierto que el Informe del Comité contra la Tortura de la ONU de 19 de noviembre de 2002 (adjuntado como documental por la parte actora)

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

expresa su preocupación por " Las severas condiciones de reclusión de los presos clasificados en el denominado fichero de internos de especial Seguimiento (pues) quienes se encuentran en el primer grado del régimen de control directo deben permanecer en sus celdas la mayor parte del día, en algunos casos pueden disfrutar de sólo dos horas de patio, están excluidos de actividades colectivas, deportivas y laborales y sujetos a medidas extremas de seguridad. En general, pareciere que las condiciones materiales de reclusión y, en especial, la depravación sensorial que sufren estos internos, estarían en contradicción con los métodos de tratamiento penitenciario dirigidos a su readaptación y podrían considerarse un trato prohibido por el artículo 16 de la Convención". Desprendiéndose igualmente de la prueba testifical practicada en el correspondiente período probatorio las durísimas condiciones carcelarias que, al menos en determinados centros penitenciarios, sufren los presos que ostentan la referida clasificación en el FIES. A juicio de la Sala, sin embargo, tanto dicho Informe de la ONU como la prueba testifical practicada se refieren más bien a la aplicación practica *(condiciones materiales de reclusión)* que, respecto de determinados internos en los que concurren determinadas circunstancias, se lleva a cabo de la repetida Instrucción, que al tenor literal de la Circular cuyos extremos más polémicos se acaban de analizar. Aplicación material y concreta frente a la que el recluso siempre podrá formular la correspondiente petición o queja ante el Director del establecimiento (artículo 50 de la LGP) y, en su caso, recurrir ante el Juez de Vigilancia (artículo 76 y siguiente de la LGP)».

OCTAVO.- Notificada la indicada sentencia a las partes, la representación procesal de la demandante Doña Carmen Díaz Bermejo y el Abogado del Estado presentaron ante la Sala de Instancia sendos escritos solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió por providencia de fecha 20 de septiembre de 2004, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

NOVENO.- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrido, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, y, como recurrente, Doña Carmen Díaz Bermejo, actuando ésta en nombre de la Asociación «Madres Unidas Contra la Droga de Madrid», y, después de haberse dado traslado de los autos recibidos

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

al Abogado del Estado para que, en el plazo de treinta días, manifestase si sostenía o no el recurso de casación por él preparado, y, en caso afirmativo, lo interpusiese por escrito en el indicado plazo, con fecha 18 de noviembre de 2004 manifestó que no lo sostenía, por lo que ésta Sala dictó, con fecha 23 de noviembre de 2004, auto declarando desierto el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado en representación de la Administración General del Estado.

DECIMO.- El recurso de casación interpuesto en nombre y representación de la Asociación "Madres Unidas contra la Droga de Madrid" se basa en dos motivos, ambos al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción; el primero por haber vulnerado la Sala de instancia lo establecido en los artículos 17.1 y 25.2 de la Constitución, en la interpretación que de éstos se hace en la sentencia 175/2000 del Tribunal Constitucional, según la cual las relaciones de sujeción especial no constituyen una limitación al principio de reserva de ley, mientras que la instrucción impugnada se extralimita del ámbito meramente organizativo y de funcionamiento propio de la Institución penitenciaria para innovar el ordenamiento y crear un nuevo régimen al margen de la legalidad vigente, y así el Tribunal de Derechos Humanos, al analizar el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ha declarado, entre otras, en la sentencia del "caso Silver" que las limitaciones establecidas en este precepto han de hacerse mediante leyes y no a través de circulares o instrucciones, que no son fuente de derecho y no están sujetas a las garantías de publicidad de las normas, debiendo ser, en cualquier caso, las limitaciones de derechos motivadas, proporcionadas, individualizadas y por tiempo determinado, pero la Instrucción impugnada establece medidas de carácter general y las restricciones impuestas van más allá de lo necesario para que las prisiones funcionen cotidianamente; y el segundo por haber infringido la Sala de instancia lo dispuesto en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, porque la potestad de autodisposición en materia organizativa de la Administración está limitada por los principios de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad y de sometimiento pleno a la ley y al derecho, mientras que la Instrucción impugnada se extralimita y va más allá del mandato de la Disposición Transitoria 4ª del Reglamento Penitenciario, de 1996, de refundir, armonizar y adecuar a lo dispuesto en el propio Reglamento las circulares, instrucciones y órdenes de servicio dictadas con anterioridad, de manera que su propio contenido contradice lo expresado en ella para justificar su

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

aprobación, y así no sólo crea una base de datos de carácter administrativo sino que establece un nuevo régimen y un estatuto de derechos y deberes diferente y más restrictivo del previsto en la legislación vigente, a pesar de que las instrucciones, circulares o resoluciones de los órganos de la Administración, sin potestad reglamentaria, sólo pueden tener eficacia interna para la gestión eficaz de los servicios atribuidos a cada centro directivo, mientras que las Instrucción 21/1996 supone, por la vía de los hechos, el ejercicio de una potestad reglamentaria sin ninguna cobertura legal y sin respeto de los requisitos formales ni materiales que garantizan la validez de las disposiciones normativas, terminando con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se dicte otra por la que se declare la nulidad del apartado primero de la Instrucción 21/1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

UNDECIMO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto en nombre y representación de la Asociación «Madres Unidas contra la Droga de Madrid», se dio traslado por copia al Abogado del Estado para que, en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición al indicado recurso, lo que efectuó con fecha 8 de febrero de 2006, aduciendo que, en contra del parecer de la recurrente, las Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias pueden incidir en los derechos de los internos, como se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional 143/1997, de 15 de septiembre, que se transcribe, siempre que lo sea dentro del marco diseñado por la ley penitenciaria y por su reglamento, de modo que no se ha producido la infracción denunciada del principio de reserva de ley, sin que la recurrente concrete la extralimitación de la Instrucción respecto del mandato contenido en la Disposición Transitoria cuarta del Reglamento Penitenciario, mientras que la Sala sentenciadora ha examinado detenidamente el contenido de la Instrucción llegando a la conclusión de que, salvo en el inciso declarado nulo en la sentencia, es ajustada a la ley y reglamento penitenciarios, terminando con la súplica de que se desestime íntegramente el recurso de casación interpuesto y se impongan las costas a la recurrente.

DUODECIMO.- Formalizada la oposición al recurso de casación, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 11 de febrero de 2009, en que tuvo lugar, prolongándose en días sucesivos, hasta el día 3 de marzo, por haber tenido que formar Sala con magistrado de la Sección Cuarta

al no poder formarla dos de los magistrados de esta Sección Quinta que constituyeron la Sala que dictó la sentencia recurrida.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **JESÚS ERNESTO PECES MORATE.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se denuncia por la representación procesal de la asociación recurrente que la sentencia recurrida vulnera los artículos 17.1 y 25.2 de la Constitución, por no haberse respetado el principio de reserva de ley, y los artículo 9.3 y 103.1 de la propia Constitución, dado que la Sala de instancia no ha tenido en cuenta que la potestad de autodisposición en materia organizativa de la Administración está limitada por el principio de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, pues el apartado primero de la Instrucción impugnada 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias va más allá del mandato de la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, de refundir, armonizar y adecuar a lo establecido en dicho Reglamento las circulares, instrucciones y órdenes de servicio dictadas con anterioridad.

En el mencionado apartado, la Instrucción combatida contiene normas de seguridad, control y prevención de incidentes, relativas a internos muy conflictivos y/o inadaptados.

La Sala de instancia encuentra justificada la Instrucción combatida por tratarse de un «reglamento administrativo o de organización», dictado en el marco de relaciones de «supremacía especial», en el que la Administración tiene un mayor poder de disposición y el administrado, en este caso interno de un centro penitenciario, tiene obligaciones especiales, de manera que «el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*, adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos».

Después, el Tribunal *a quo* examina cada uno de los subapartados, incluidos dentro del apartado primero de la Instrucción, para llegar a la conclusión de que el único que merece reproche de nulidad radical es el

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

subapartado B.1.A 13 por contravenir lo dispuesto en el artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, en relación con el artículo 51.1 de la Ley General Penitenciaria.

La cuestión que, al articular ambos motivos de casación, plantea el representante procesal de la asociación recurrente es más radical por entender que una Instrucción de funcionamiento, a través de la que la Administración penitenciaria organiza sus servicios, no puede afectar derechos y deberes de los internos, porque no es ni puede ser fuente de derecho, al carecer de las garantías de elaboración de las normas jurídicas y de la imprescindible publicidad.

La Sala de instancia en la sentencia recurrida no niega que el apartado impugnado de la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias afecte los derechos de los internos imponiéndoles limitaciones, sino que sostiene que éstas no contradicen lo establecido en la Ley y Reglamento Penitenciarios, salvo en cuanto a las denominadas visitas de convivencia.

Con independencia de que no compartimos esa conclusión, pues otro tanto sucede con las comunicaciones telefónicas, la cuestión, como se sostiene al articular ambos motivos de casación, está en si una circular o Instrucción de la Administración penitenciaria es instrumento jurídicamente idóneo para establecer con carácter general un régimen de derechos y deberes de los internos, que califica de conflictivos y/ o inadaptados.

Nosotros, en contra del parecer de la Sala sentenciadora y de los informes obrantes en el expediente administrativo, consideramos que esas circulares o Instrucciones, al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no son medio idóneo para regular derechos y deberes de los internos en los centros penitenciarios.

SEGUNDO.- La plausible conveniencia de prestar el servicio con igualdad de criterio en todos los centros penitenciarios, a través de instrucciones y circulares de régimen interno, no permite completar las normas de control y prevención aplicables a los internos a través de tales reglamentos organizativos, que no pueden traspasar el umbral del funcionamiento del servicio y adentrarse en la regulación de los derechos y deberes de unos

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

internos a los que la propia Instrucción incluye en un grupo determinado, aunque se diga que es a los meros efectos administrativos, ya que todo lo relativo a su clasificación y tratamiento está reservado a la Ley penitenciaria y al Reglamento que la desarrolla, cuya aplicación se ha de llevar a cabo a través de los concretos actos administrativos relativos a cada interno con el consiguiente control jurisdiccional.

El apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, contiene normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y / o inadaptados, que afectan a los derechos y deberes de éstos, de manera que se excede del cometido y finalidad de los denominados «reglamentos administrativos o de organización» para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos, rodeados estos de unas garantías en su elaboración y requisitos de publicidad de los que aquélla carece, razón por la que la sentencia recurrida conculca los principios recogidos en los preceptos constitucionales invocados al articular ambos motivos de casación.

TERCERO.- La estimación de éstos, además de comportar la consiguiente anulación de la sentencia recurrida, nos impone el deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate (artículo 95.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Por idénticas razones a las ya expresadas, debemos anular también la resolución del Ministerio del Interior que decidió no declarar la nulidad radical del apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, ya que este apartado es nulo de pleno derecho por vulnerar los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa.

CUARTO.- La declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto impide hacer expresa condena respecto de las costas causadas con el mismo, según establece el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de los litigantes, al no apreciarse en su actuación mala

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

fe ni temeridad, como dispone el apartado primero del citado artículo 139 de la propia Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos citados y los artículos 86 a 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLAMOS

Que, con estimación de los dos motivos de casación alegados, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por el Procurador Don José Luis García Guardia, en nombre y representación de Doña Carmen Díaz Bermejo, quien actúa, a su vez, en nombre de la Asociación «Madres Unidas contra la Droga de Madrid», contra la sentencia pronunciada, con fecha 1 de marzo de 2004, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo número 1490 de 2001, la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, estimando el recurso contencioso-administrativo deducido en nombre de la mentada Asociación «Madres Unidas contra la Droga de Madrid» contra la resolución del Ministerio del Interior, de fecha 25 de julio de 2001, por la que se decidió no declarar la nulidad de pleno derecho del apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, debemos anular y anulamos dicha resolución administrativa por ser contraria a derecho, a la vez que declaramos nulo de pleno derecho el apartado primero, encabezado con la rúbrica : «Normas de seguridad, control y prevención relativas a internos muy conflictivos y / o inadaptados», de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, dictada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre refundición de Circulares e Instrucciones, sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Recurso Nº: 9576/2004

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno.

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.