

**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCION PRIMERA**

**RECURSO DE APELACION 652/2015
EXPEDIENTE N° 50/2008-28
JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA**

**ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS:
D. Fernando Grande Marlaska Gómez (Presidente y Ponente)
Doña Manuela Fernández Prado
D. Javier Martínez Lázaro
D. Nicolás Póveda Peñas
D. Ramón Sáez Valcárcel
D. Fermín Javier Echarri Casi**

AUTO n° 841/2015

En la Villa de Madrid, a 29 de octubre de dos mil quince

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el Expediente al margen reseñado dictó auto de fecha 23 de marzo de 2015 por el que desestimaba la queja formulado por el interno en el Centro Penitenciario de Ocaña II Carlos Trenor Dicenta, contra el Acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de fecha 30 de julio de 2014, por el que se denegaba su traslado al centro penitenciario de Zaballa (Araba).

2.- Por el Letrada Doña Haizea Ziluaga Larreategi, en nombre y representación del interno Carlos Trenor Dicenta, mediante escrito de fecha 9 de abril de 2015, formuló recurso de reforma contra la citada resolución, por entenderla no ajustada a derecho y perjudicial para los intereses del interno.

Con anterioridad a resolver sobre la misma, el Juzgado Central de Vigilancia Penitencia solicitó información al Centro Penitenciario, la cual le fue remitida

haciendo constar las comunicaciones mantenidas con familia y amigos, con sus letrados, la asistencia médica recibida, y las actividades formativas y culturales solicitadas y cursadas.

3.- Dicho recurso fue desestimado por auto de 20 de mayo de 2015. Por la citada defensa del interno se formuló contra aquél recurso de apelación mediante escrito de 29 de mayo de 2015.

Dado traslado del mismo al Ministerio Fiscal, éste interesó su desestimación.

4.- Seguidamente fueron remitidas las actuaciones a este Tribunal, y una vez recibidas se incoó el correspondiente rollo que se turnó de ponencia y, previa deliberación y votación de la misma, se ha adoptado la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Motivos del recurso.

Alega el recurrente en primer lugar, que la situación de destino penitenciario conlleva una vulneración de derechos fundamentales y penitenciarios, derechos internacionalmente reconocidos por la jurisprudencia. En segundo lugar, el Centro de cumplimiento determinado en el caso de autos, es del Ocaña II (Toledo) a más de 500 kilómetros de su domicilio familiar, lo que sitúa el debate jurídico en la existencia o no de vulneración de derechos, negando la resolución recurrida la existencia de esa vulneración. En tercer lugar, esa lejanía del domicilio en la ciudad de Donostia conlleva una vulneración de derechos. Además en ninguno de los traslados de centro penitenciario a que ha sido sometido, se ha argumentado razón alguna para dicho cambio. Cuenta además en la actualidad con 71 años de edad, siendo así que padece diversas enfermedades: hipertensión tratada con medicación, dolencias digestivas de larga duración, artrosis de columna dorsal, gonartrosis bilateral avanzada, inicio de cataratas e hipoacusia bilateral. Todo lo cual debido a la distancia de su domicilio se produce una situación de imposibilidad de acceso a los médicos de

confianza o a los servicios médicos de salud que le corresponderían, así como el acceso a los historiales médicos que se encuentran en el País Vasco. Se dificulta además, debido a la distancia el derecho a las comunicaciones y visitas de sus familiares de edad avanzada o con determinadas enfermedades crónicas. Su suegro fallecido en el año 2012 no le pudo visitar debido a la distancia, y su suegra, persona de edad avanzada, a lo largo de siete años sólo ha podido visitarla en dos ocasiones realizando un esfuerzo extraordinario. Son desplazamientos de alto riesgo y de un elevado coste económico para los familiares, lo que origina una indefensión jurídica, vulneración del derecho de defensa e imposibilidad de asesoramiento jurídico rápido y eficaz para hacer frente a determinadas situaciones. El alejamiento dificulta el acceso a los estudios, viéndose obligado a cursar los mismos en la UNED, en lugar de en la Universidad Pública Vasca, sin tutorías, sin ayuda exterior en materia de apuntes. En cuarto lugar, esta situación de alejamiento físico del lugar de residencia conlleva una desestructuración familiar y desarraigo social y cultural. En quinto lugar, la medida de alejamiento del entorno familiar y social, no tiene encaje ni en la ley ni en el reglamento penitenciario, recogiendo en el auto afirmaciones que no son ciertas, como es el hecho de que los traslados estén en función de su clasificación, no siendo incompatible la reinserción con el cumplimiento en la cárcel más cercana a su domicilio, no es cierto que exista una base de un tratamiento individualizado, ya que se produce en el marco de un tratamiento político colectivo, produciéndose una situación de arbitrariedad, discriminación que evidencia la ausencia de cualquier “tratamiento individualizado”. En sexto lugar, esta situación vulnera una serie de preceptos constitucionales tales como los artículos 9, 10, 96, 14, 15, 17, 18, 24, 25, y 39, además de vulnerar la legislación penitenciaria (artículos 3 y 12 LOGP y 2, 3, 4, y 41 RP) y las normas internacionales (artículos 10 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 5, 7, 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y artículos 19 y 20 de la Resolución 43/173 de la Asamblea General de la ONU de 9 de diciembre de 1988) y demás normas ya expuestas en el escrito de interposición de la queja. Por último, contradice la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de octubre de 2013. Caso Khodorkovskiy y Lebedev contra Rusia; y de 23 de octubre de 2014. Caso Vintman contra Ucrania) que señalan que la

determinación del destino de los internos en prisión debe respetar su derecho fundamental a la vida privada y familiar, existiendo el derecho de los presos a cumplir la condena cerca de sus domicilios porque así lo exige el derecho a la vida familiar.

2.- Competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de traslados.

El artículo 79 LOGP establece que: “corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las instituciones que se regulan en la presente Ley, salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria”. Dicho precepto debe ponerse en relación con el artículo 31 del Reglamento Penitenciario que dice: *“1. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso.*

2. Dicho centro directivo ordenará los traslados correspondientes en base a las propuestas formuladas al efecto por las Juntas de Tratamiento o, en su caso, por el Director o el Consejo de Dirección, así como los desplazamientos de los detenidos y presos que le sean requeridos por las autoridades competentes.

3. Los traslados se notificarán, si se trata de penados, al Juez de Vigilancia, y, si se trata de detenidos y presos a las autoridades a cuya disposición se encuentren”.

En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 138/1986, de 7 de noviembre) al señalar que *“no se atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria la competencia para conocer de los recursos contra las*

Resoluciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que afecten al traslado de los penados de un establecimiento a otro; traslado que es atribución de ese organismo, por lo que deberá, en su caso, dilucidarse por la vía administrativa y agotada ésta, por los correspondientes recursos ante la jurisdicción contencioso- administrativa.”

También nuestro Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 1986) indicaba que *“lo establecido en el artículo 18 LOGP no es sino la ineludible consecuencia de las atribuciones reconocidas a los órganos penitenciarios, pues si les corresponde organizar las instituciones, gestionar la total actividad penitenciaria y fijar la ubicación de los establecimientos, lógicamente debe serles reconocida como función propia la distribución de los penados entre aquéllos, máxime cuando habrán de ser especialmente tenidos en cuenta, tanto la naturaleza de los Centros, como el número de plazas existentes; circunstancias que no podrá realmente ponderar el órgano jurisdiccional, debiendo además, añadirse que respecto de esta concreta actividad penitenciaria, de naturaleza administrativa, no tiene atribuida específica competencia el Juzgado de Vigilancia”.*

En la misma línea, se han pronunciado diversas resoluciones del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en concreto Sentencias 4/1995, 18/1998, 3/2002, 4/2004, y 10/2012, de 29 de mayo. En esta última, tras reconocer las competencias que legal y reglamentariamente le vienen siendo atribuidas a la Administración penitenciaria, y entre ellas la de distribuir la población reclusa entre los distintos establecimientos penitenciarios, y la concurrencia en el ejercicio de las mismas del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, que abarca la posibilidad de que los actos administrativos sean susceptibles de control jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso administrativa.

No menos común, sigue diciendo la misma resolución, es el reconocimiento de que una singular jurisdicción, la de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, proyecta severas y estrictas garantías en casos y circunstancias legalmente configurados y siempre para salvaguardar –como atribución (y obligación)

propia (y preferente)- los derechos fundamentales y los beneficios penitenciarios que el sistema confiere a los internos sujetos al régimen penitenciario.

En síntesis: a) la Administración Penitenciaria es la competente para resolver sobre el destino –inicial o por traslado- de los internos, sin perjuicio del control jurisdiccional ordinario a que están sometidos los actos administrativos.

b) el Juez de Vigilancia Penitenciaria no puede interferir el ejercicio de aquella competencia, pero si puede anteponer a ella su jurisdicción para salvaguardar los derechos fundamentales y beneficios penitenciarios del interno afectado.

El caso sometido a examen, se trataba de un traslado de un interno del Centro Penitenciario de Pamplona al de Teixeiro (A Coruña) por razones de “seguridad y buen orden del establecimiento”, entendiéndose el Juez de Vigilancia Penitenciaria vulnerados los derechos del interno por insuficiente motivación de la medida, dejando sin efecto el traslado, decisión confirmada en apelación por la Audiencia Provincial, acudiendo la Administración Penitenciaria al Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales que reprende de alguna manera a las partes que toda la documentación obrante en el expediente no fuera conocida con anterioridad por aquellas, tras determinar que “la competencia para resolver sobre el traslado de un interno corresponde, en los términos indicados a la Administración penitenciaria. La resolución administrativa no puede reputarse inmotivada a los fines de que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria afirme, primero, y mantenga, después, su jurisdicción. Debiendo haber aceptado el Juzgado el requerimiento de inhibición y no debió mantener su jurisdicción, al menos sin agotar el conocimiento cabal de los hechos que hoy obran en las actuaciones”. En definitiva, fija la competencia de la Administración Penitenciaria para decidir acerca del traslado del interno.

De lo hasta ahora expuesto, cabe concluir que la posibilidad de control de la decisión de traslado por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria es ciertamente excepcional, sobre la base del artículo 76 LOGP, de tal manera que sólo podrá operar, previa acreditación o constancia de que la resolución

administrativa en cuestión ha producido una clara vulneración de los derechos fundamentales y penitenciarios del interno susceptible de ser corregida por la vía de traslado de Centro Penitenciario.

En el caso que nos ocupa, como ya recoge la resolución recurrida, no consta resolución administrativa previa sobre denegación de traslado, no habiendo agotado por tanto, la vía administrativa previa.

3.- Sobre la alegada vulneración de derechos fundamentales.

La defensa del interno alega que se ha producido la vulneración de los siguientes derechos fundamentales: derecho de comunicaciones y visitas, derecho de defensa y asesoramiento jurídico, derecho de asistencia médica, Derecho a la cultura y a la educación.

En este caso ninguna vulneración de derechos fundamentales con cobertura constitucional, u ordinaria, tanto a nivel nacional como internacional se ha producido, ni se han contravenido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni de ningún otro.

Es cierto que, el artículo 76 LOGP establece que: *“El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.*

2. Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia: g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte o los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos”.

Como dice la jurisprudencia contencioso-administrativo en la materia, que como hemos visto resulta la competente para solventar cuestiones como ésta, *“no existe entre los derechos reconocidos a los internos por la legislación*

penitenciaria, ni desde luego, en la Constitución, el derecho a ser destinado o mantenido en un determinado Centro Penitenciario, ni siquiera a uno próximo al del lugar de residencia habitual (artículo 3 LOGP), ni tampoco mandato alguno en tal sentido para la Administración. El artículo 12 Ley Orgánica General Penitenciaria, dentro del Título Primero “De los establecimientos y medios materiales”, se limita a decir: 1. La ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada uno cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”. Por tanto, al margen de que su conveniencia- o no-, desde una perspectiva de reeducación y reinserción social del interno, su destino variará en función de cada caso concreto (STSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 de julio de 2013).

Y sigue diciendo la citada resolución: “No puede olvidar el recurrente, además, y a mayor abundamiento, que como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1998, de 23 de febrero: “Este Tribunal se ha ocupado e numerosas ocasiones en interpretar el inciso del artículo 25.2 de la Constitución Española invocado por el recurrente. Ya en el ATC 15/1984, dijimos que dicho precepto “no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos”. Además, dicho precepto, no prejuzga, ni condiciona la decisión penitenciaria relativa al lugar de cumplimiento de la condena que se adopte en cada caso concreto, atendiendo, a las circunstancias personales del interno.”

La resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, a la que venimos haciendo referencia desestimó el recurso, ya que la decisión de la Junta de Tratamiento era proporcionada y razonable, pudiendo adoptar la misma la Administración en el ámbito de la discrecionalidad que tiene atribuida para el cumplimiento de sus fines. Aludía asimismo a que no existía infracción del derecho a la igualdad (artículo 14 CE) ni del artículo 24 de la Constitución, que contiene un elenco de garantías procesales que son trasladables al ámbito administrativo cuando la decisión administrativa se inserte en un procedimiento

sancionador o tenga esta naturaleza, algo que, desde luego, no acontece en el supuesto de autos.

Tanto en la Sentencia citada, como en otras (STSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo de 8 de marzo de 2013), se concluye que: *“no se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico un derecho subjetivo a favor de los internos y presos para el cumplimiento de sus condenas en centros penitenciarios cercanos a la localidad de su entorno familiar y afectivo; corresponde a la Administración Penitenciaria decidir en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas de la organización penitenciaria y personales del penado, pues no puede olvidarse que el cumplimiento de la condena impone un tratamiento individualizado”*.

Según el artículo 1 LOGP, tres son las finalidades de las Instituciones Penitenciarias: la retención y custodia de los detenidos, presos y penados; la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad y la tarea asistencia de ayuda para internos y liberados, que el Reglamento Penitenciario hace extensiva a sus familiares, en colaboración con las instituciones y asociaciones públicas y privadas dedicadas a estas finalidades.

El régimen de ejecución de las penas privativas de libertad, es el llamado sistema progresivo o de individualización científica y como parte integrante de ese régimen de ejecución estará la decisión acerca del destino del interno. Decisión que compete, con carácter exclusivo-sin perjuicio de su ulterior revisión jurisdiccional- a la Administración (artículo 31 Reglamento Penitenciario) y para la que, además, deberá tomarse en consideración factores tales como las disponibilidades materiales de los Centros, características de éstos y directrices de la política general penitenciaria en cada momento, variables en función de las circunstancias, siempre y cuando tales decisiones se produzcan “con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y la sentencia” (artículo 2 LOGP).

Resulta además ilógico, tal y como pretende el recurrente, argumentar que esta situación se produce en el marco de un tratamiento político colectivo, produciéndose una situación de arbitrariedad que evidencia la ausencia de cualquier "tratamiento individualizado", cuando es el propio interno el que voluntariamente rechaza su sometimiento al mismo.

La revisión de la solicitud de traslado de Centro Penitenciario es competencia de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias establecida en el artículo 80 del Reglamento Penitenciario, que como cualquier acto administrativo deberá motivarse y acreditar las razones en que se funde, pudiendo ser examinados por la jurisdicción Contencioso Administrativa en cuanto a su conformidad a Derecho.

En definitiva, la resolución recurrida no hace otra cosa que conciliar estos preceptos, al admitir que cuando se haya producido una afectación de los derechos fundamentales del penado y exclusivamente en ese caso el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá excepcionalmente entrar a corregirse una decisión que afecte al traslado del interno. Este criterio debe mantenerse si bien añadiendo que la resolución, que en esta materia puede dictarse en el ámbito penal, debe limitarse, para el caso de que se estime la afectación de un derecho fundamental del penado, a requerir a la Administración Penitenciaria para que restablezca el derecho afectado sin llegar a asignar al penado en uno u otro establecimiento, que deberá de concretar la Administración.

3.1 Sobre las circunstancias alegadas por el recurrente

Alega el recurrente una serie de derechos vulnerados, como el derecho de comunicaciones y visitas, el derecho de defensa y asesoramiento jurídico, el derecho de asistencia médica, y el derecho a la cultura y a la educación.

Las resoluciones recurridas, rebaten de manera individualizada la inexistencia de tales vulneraciones. Estamos en presencia de un interno que cumple una condena de 10 años, 6 meses y 24 días por un delito de pertenencia a organización terrorista en concepto de integrante, delito de alzamiento de bienes, y delito continuado de falsedad contable, estando en la actualidad clasificado en primer grado (artículo 91.2 Reglamento Penitenciario) con las limitaciones y restricciones que el mismo conlleva, habiendo sido revisada su situación en fecha 8 de abril de 2014, recayendo resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 30 de julio de 2014, acordando su continuidad en primer grado de tratamiento, entre otras razones al no haberse apartado de la organización terrorista a la que sigue vinculado a través de sus colectivos de presos.

Las fechas de cumplimiento son las siguientes: un cuarto (18 de febrero de 2009), mitad de la pena (5 de octubre de 2011), dos tercios (27 de junio de 2013), tres cuartas partes (12 de mayo de 2014) y las cuatro cuartas partes (25 de diciembre de 2016).

Así, en cuanto al **derecho de comunicaciones y visitas**, el informe del Director del Centro Penitenciario de Ocaña II, de 19 de enero de 2015, pone de manifiesto que el interno ha venido disfrutando de manera habitual de las comunicaciones ordinarias por locutorio con la frecuencia que establece el artículo 42 del Reglamento Penitenciario, tanto con amigos, como con familiares, según aparece en los listados remitidos por el Centro Penitenciario. En el anexo 6 se indican entre enero de 2013 y enero de 2015 un total de 158 comunicaciones, incluyendo tanto las comunicaciones especiales, familiares e íntimas, como las comunicaciones por locutorios, en 35 de ellas consta que no acude el visitante. En el anexo 7 se especifican las comunicaciones especiales de ese periodo y que dan un total de 57. Además, alude el informe que, en atención a las dificultades de desplazamiento de los familiares y amigos, se ha autorizado que todos los internos acumulen en una sola visita semanal todo el tiempo que hubiera correspondido a dos comunicaciones distintas. El interno, viene además realizando comunicaciones vis a vis, íntimas y familiares, con total regularidad y frecuencia mensual (artículo 45.4 y 4 Reglamento

Penitenciario), autorizándole el Centro Penitenciario a acumular diferentes modalidades de comunicación en el mismo día (ordinaria y especial) para favorecer los vínculos familiares. Por último, cuenta además con comunicaciones telefónicas en número superior al máximo prevenido en el artículo 47 del Reglamento Penitenciario, y con comunicaciones escritas en los términos del artículo 46. Constan en el Expedientes diversos anexos acreditativos de las distintas comunicaciones mantenidas, así como de su periodicidad (folios 49 a 101). La situación de los familiares en cuanto a un hipotético impedimento de desplazamiento al lugar del Centro Penitenciario, ya sea por razones de edad, de estado de salud, u otras de tipo económico, se solventan con los permisos extraordinarios que puede solicitar el interno, sin perjuicio de que aquellos rechacen el tratamiento penitenciario, en cuyo caso las dificultades o trabas para el ejercicio de este derecho, serían una consecuencia de la propia voluntad del interno.

Por lo que al **derecho de defensa y asesoramiento jurídico interno**, se refiere, dispone de todas las vías de comunicación previstas en la Ley y en el Reglamento Penitenciario (artículos 48 (ordinarias), 46.6 (escritas) y 47 RP (telefónicas), sin que conste vulneración alguna de aquellos.

En cuanto a la **asistencia médica**, el informe emitido por los Servicios Médicos del Centro Penitenciario de Ocaña II (folio 102), pone de manifiesto que al interno se le viene atendiendo con normalidad de sus patologías, tanto de asistencia especializada, como de enfermería, con acceso a su historia clínica, recogiendo las enfermedades que padece que por otro lado son las indicadas en el escrito de recurso, sin que conste impedimento alguno para el seguimiento de las mismas en el Centro Penitenciario, por lo que no se objetiva desviación ni vulneración de lo prevenido en los artículos 36 a 40 LOGP y 207 y ss. RP. En definitiva, el derecho a la asistencia sanitaria no puede verse quebrantado por el hecho de que el penado esté destinado en un Centro Penitenciario fuera de la Comunidad Autónoma de la que es originario, existiendo además el acceso a la sanidad pública en cualquier centro del territorio nacional, sin que las invocaciones genéricas de aquél, puedan poner en duda la plena disponibilidad del derecho que nos ocupa.

Por último, en relación al **derecho a la cultura y a la educación**, consta que el interno está matriculado en la UNED cursando estudios en el Grado de Lengua y Literatura españolas y tiene acceso a la plataforma Alf, mediante la cual, cada quince días, un asesor independiente de la UNED durante dos horas, apoya, coordina y gestiona el acceso a los contenidos, comunicación con los equipos docentes y entrega de los trabajos de evaluación continua, actividad que se ha venido desarrollando con normalidad en los dos últimos cursos académicos que lleva el interno en este Centro. Se le ha facilitado, dentro de los horarios disponibles por razón de organización y seguridad, la disposición de dos horas semanales de acceso a ordenador y comunicación con la plataforma citada. Acude a la Sala de la Biblioteca por las mañanas, siendo lector asiduo y prestatario de servicios de lectura. Además, realiza un curso de informática (Excel avanzado) (folios 103 a 105), no constando tampoco vulneración alguna en este aspecto.

A mayor abundamiento, si bien es cierto que el cumplimiento de las penas privativas de libertad está orientado a la reinserción de conformidad con los principios constitucionales y, por ende, sólo cabe un tratamiento individualizado orientado a la misma; de modo que solo si el cumplimiento en Centro Penitenciario próximo favorece o se dirige a la finalidad de reinserción sería necesario que la autoridad competente (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias) acordara el traslado correspondiente, pero, no lo es menos que, puede darse la situación inversa, es decir, que la finalidad constitucionalmente perseguida sea incompatible con el cumplimiento en el Centro Penitenciario solicitado, siendo ésta particular situación la que se produce respecto de los internos condenados por delitos de terrorismo o relacionados con ETA mientras no conste su desvinculación de aquella, en tanto en cuanto, la ruptura de vínculos es precisamente la que persigue o conlleva su reinserción, situación que no se ha producido en el caso de autos.

Tampoco, por su propio tenor, existe vulneración alguna de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, citada por el recurrente, que transpone entre otras la

Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre, acerca de la necesidad de cumplimiento de las condenas dictadas dentro de la Unión Europea en los países de origen para evitar el desarraigo familiar, social y cultural, basada precisamente en el principio de reinserción, y que no resultaría de aplicación al caso de autos.

Destacar igualmente, como en el conjunto de convenios internacionales en materia de terrorismo no se prevé nada en relación al acercamiento de presos condenados por tales delitos. Así en la resolución 43/173 de la Asamblea General de la ONU, de 9 de diciembre de 1988, citada expresamente por el recurrente. Esta Resolución recoge una serie de principios generales para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y entre ellos el Principio 20, dice: “Si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida, en lo posible, en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual”. En ningún caso, se ha vulnerado dicha Resolución, ya que la imposibilidad de dicho acercamiento, en supuestos como el que nos ocupa, tiene una base legal ampliamente consolidada.

4.- La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Hace mención el interno en su escrito de recurso, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de octubre de 2013. Caso Khodorkovskiy y Lebedev contra Rusia; y de 23 de octubre de 2014. Caso Vintman contra Ucrania) que señalan que la determinación del destino de los internos en prisión debe respetar su derecho fundamental a la vida privada y familiar, existiendo el derecho de los presos a cumplir la condena cerca de sus domicilios porque así lo exige el derecho a la vida familiar.

En la primera de ellas, el TEDH reconoció una serie de violaciones en el juicio, incluido el incumplimiento de la confidencialidad abogado-cliente. Además, consideraba que el derecho del acusado al respeto de la familia y el hogar también había sido violado por su traslado a colonias penales distantes de su domicilio. Es decir, se había producido una violación del artículo 8 del CEDH

que dispone: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

En la segunda de ellas, en el asunto Vintman, se trataba de un preso ucraniano que alegaba que estaba obligado a cumplir su condena de prisión lejos de su domicilio, lo que le impedía a su madre, de edad madura y no muy buena salud, visitarle desde hacía varios años. En el momento del recurso, el recurrente se encontraba en una prisión más alejada de su domicilio que aquella otra en la que había sido ingresado con anterioridad. El TEDH señaló que ese rechazo a aproximarle a sus familiares, le había privado efectivamente del contacto personal con su madre y ese hecho constituye una injerencia en el respeto al derecho de su vida familiar previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal, a la luz de lo establecido en las leyes ucranianas, podría admitir que esa injerencia estaba prevista en la ley y que podía perseguir finalidades legítimas, como serían las de prevenir la sobrepoblación carcelaria o el mantenimiento de la disciplina. Sin embargo, considera que una medida de este tipo es desproporcionada.

Afirmar que no hay plazas disponibles en lugares más próximos no es argumento suficiente si no se demuestra realmente y se evidencia que ha habido intentos de trasladar al interno a una prisión más cerca de sus familiares. Al contrario, en este caso se le ha mantenido en uno de los lugares más alejados de su domicilio.

El Tribunal tuvo en cuenta también la situación de la madre, de edad avanzada y enferma, y que físicamente tendría muy difícil realizar el traslado requerido para visitar a su hijo. Las autoridades ucranianas no han tenido en cuenta estos

hechos, ni la situación personal del recurrente ni tampoco su interés por estar cerca de sus familiares, lo que convierte la medida de alejamiento en contraria al Convenio.

Si bien, la regla general ha de ser ubicar a los penados en el establecimiento penitenciario más cercano a su domicilio, siempre que se trate del establecimiento correspondiente a la clasificación del penado, y así se desprende del artículo 12 de la LOGP cuando menciona la necesidad de evitar el desarraigo social de los penados. Sin embargo existen motivos que pueden justificar que se asignen penados a otros lugares, y así lo ha reconocido el propio TEDH, en las sentencias expuestas, como pueden ser la necesidad de evitar hacinamientos o garantizar la disciplina adecuada.

A estas causas de justificación, que pueden hacer que la injerencia sea proporcionada, cabe cuando se trate de delincuencia organizada o de terrorismo, como aquí ocurre (a diferencia de los supuestos anteriormente analizados por el TEDH que se trataban de delitos comunes) añadir otras derivadas de la necesidad de evitar una excesiva concentración de miembros de la misma organización en un mismo centro penitenciario, cuando ello pueda servir para que desde la organización se siga ejerciendo un control de sus miembros.

Por otro lado no todo alejamiento implica una afectación de derechos fundamentales, que solo se producirá cuando la excesiva distancia, unida a las dificultades de medios de transporte, impidan o dificulten seriamente las visitas de familiares y amigos al punto de quebrar el derecho a la vida familiar.

5.- A título de conclusión y en referencia a la alegada vulneración de derechos fundamentales, consecuencia de la política penitenciaria de presos condenados, como es el caso, por delitos de naturaleza terrorista.

El Tribunal Constitucional (STC 119/1986, de 8 de julio) restringe la orientación reeducadora a la fase de ejecución penitenciaria y niega, además, que pueda reputarse dicha finalidad de reinserción como la única que debe regir la pena

privativa de libertad en fase penitenciaria. En el concreto ámbito de la delincuencia terrorista, se duda de que la finalidad resocializadora de la pena pueda cumplir su función. La severidad de las penas previstas para estos delitos están dirigidas esencialmente a inocuizar a sus autores y evitar la comisión futuros delitos a través de una medida de aseguramiento dilatada en el tiempo. Así, a través de la reforma operada por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se consolidó un sistema penal y penitenciario que podría calificarse de excepcional, de mayor severidad en materia de terrorismo. En la materia que nos ocupa, entre otras medidas, los Gobiernos de la época, haciendo uso de la discrecionalidad, decidieron apostar por una política de dispersión de los presos de ETA, que comenzó a practicarse a finales de la década de los ochenta. Tras una inicial política de concentración de los internos terroristas en determinados establecimientos penitenciarios (Nanclares de Oca, Herrera de la Mancha, Alcalá de Henares y Puerto de Santa María), que provocó que aquellos crearan entre sí un fuerte vínculo y cohesión, ejerciendo presiones sobre las respectivas direcciones de los centros para imponer un determinado régimen de vida en su interior; la Administración penitenciaria inició en el año 1987 la política de dispersión de presos terroristas por los diversos centros penitenciarios españoles, que ha llegado hasta nuestros días. Esta política de dispersión tenía como finalidad principal, la de romper los lazos de los miembros de las organizaciones terroristas tanto con éstas, como con asociaciones y colectivos afines situados en su órbita de actuación y sometidos a su ortodoxia, facilitando con ello el abandono de la organización terrorista y, eventualmente, su reinserción social, al permitir que rompan los vínculos que a aquellas les unían, posibilitando así al individuo un periodo de reflexión interna que le permitiera replantearse la innecesariedad de la lucha violenta para la defensa de una determinada ideología, y para la consecución de los objetivos fijados.

En la actualidad, esta política, a la vista de los acontecimientos sociales, tales como el cese definitivo de la actividad armada, que no disolución o cesación global de la actuación de la banda terrorista, ha sido modificada, posibilitando una especie de reagrupamiento controlado de una parte de aquellos internos que han roto sus vínculos con la organización terrorista. Es la denominada "Vía

Nanclares” por ser el centro penitenciario de Nanclares de Oca (Álava) el que acoge a los que han expresado abiertamente su disidencia con organización terrorista ETA, exigiendo que se lleve a cabo “el reconocimiento y la reparación de las víctimas y la reconciliación social”, facilitándoles así el acceso a los beneficios penitenciarios, sobre la base, entre otros del artículo 72.6 LOGP, frente a otro grupo de reclusos, que han decidido no sólo no cortar con la ortodoxia de la banda armada, sino continuar con sus postulados, no reconociendo a las víctimas, y no cercenando así su pasado delictivo. Siendo así además que el propio Centro Penitenciario, enmarca dicha petición en el marco de una estrategia colectiva diseñada por la dirección de la organización terrorista ETA, anunciada previamente en los medios de comunicación y que no es ajena a ese control que aquella quiere mantener de sus miembros, incluso de los internos, por lo que es lógico, que situaciones diferentes sean tratadas de distinta manera, sin quiebra alguna del principio de igualdad.

Se argumenta a favor del acercamiento de los presos, como hemos visto, entre otras cuestiones, la victimización que padecen los familiares de los mismos, debido a los costes económicos, los riesgos de accidentes, y en definitiva, la imposibilidad de comunicar con los mismos adecuadamente. Es cierto como también hemos reseñado que, la política penitenciaria proclama con carácter general, la necesidad de que los internos residan en instituciones lo más cercanas a sus familiares y amigos, ya que ello supone con frecuencia, aunque no siempre, evitar que se produzca el desarraigo social de aquél. Pero esta norma general a menudo se ve limitada por diversas circunstancias, entre ellas, el respeto debido a la dignidad de las víctimas, que se vería quebrantado, si sus victimarios residiesen en instituciones próximas. También podrían verse afectado el derecho a la seguridad de los funcionarios de Instituciones penitenciarias (en el pasado fueron objetivo puntual de las acciones de la organización terrorista ETA), y el propio derecho de los internos a su resocialización, en especial aquéllos que manifiestan una voluntad seria de apartarse de los dictados de la dirección terrorista.

Además, según la normativa tanto interna como internacional en la materia, se reconoce como competencia propia de la Administración Penitenciaria la de

destinar a los condenados a los establecimientos que más les convenga a los fines cuyo cumplimiento le es propio (la Administración) y en función de las circunstancias personales. La concentración de presos de ETA en determinados centros penitenciarios perturbaría frecuentemente la seguridad de los mismos y obstaculizaría la reinserción social de aquellos otros que han optado por esta vía, dificultando su separación definitiva de la banda. Por ello, la ubicación de los mismos en plurales centros penitenciarios, queda justificada por las necesidades del tratamiento penitenciario, máxime cuando entre las exigencias de la banda terrorista se encontraba la prohibición a sus presos de solicitar beneficios penitenciarios. En ocasiones, puede suceder que a algunos presos por acciones terroristas les convenga no permanecer en centros penitenciarios cercanos de parientes y amigos, máxime si éstos mantienen de alguna manera o han mantenido algún tipo de contacto con la organización, ya que sin duda, impedirá la resocialización del interno. La concentración masiva de condenados por delincuencia organizada, es una máxima de experiencia casi nunca beneficia la resocialización, sino todo lo contrario, como así ha quedado demostrado con la inicial política de reagrupamiento en este caso, y así se viene reconociendo en instrumentos internacionales donde se constata la especialidad de la delincuencia organizada y del terrorismo.

En definitiva, la opción relativa al acercamiento de los presos de la banda terrorista ETA a centros penitenciarios del País Vasco y Navarra, es una alternativa de política criminal que en último caso corresponde decidir al Gobierno de la Nación, en el ámbito de su discrecionalidad reglada, no teniendo este Tribunal competencia al respecto, al no haberse producido vulneración alguna de derechos fundamentales del interno recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación formulado por la defensa del interno Carlos Trenor Dicenta, contra el auto de fecha 20 de mayo de 2015, dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el expediente reseñado, desestimando el recurso de reforma interpuesto contra la resolución de aquél de 23 de marzo de 2015; y en su consecuencia, se confirman ambas resoluciones en su integridad.

Devuélvase al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria el Expediente original, acompañado de testimonio de esta resolución y notifíquese a las partes y, una vez verificado, procédase al archivo de las actuaciones.

Así por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados al margen reseñados.

Audiencia Nacional
Sala de lo Penal
Sección 1ª
Recurso de Apelación nº. 652/2015
Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria

Voto particular que formula el magistrado Sáez Valcárcel.

Manifiesto mi discrepancia con la decisión de la Sala de desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal del Sr. Trenor Dicenta porque (1) el cumplimiento de las penas de prisión lo mas cerca posible del domicilio familiar forma parte de los derechos del recluso, (2) la Administración Penitenciaria no puede alejar de manera sistemática y universal a una categoría de reclusos en atención a la naturaleza del delito, por ausencia de cobertura legal de la medida, (3) el alejamiento vulnera el derecho a la vida familiar que reconoce el Convenio Europeo de derechos humanos y (4) el alejamiento es una medida coactiva de corrección o de búsqueda de enmienda, que no puede considerarse como parte del tratamiento que debe estar orientado a la reeducación y la resocialización.

1.- El recluso como sujeto de derechos.

La Constitución proclama en su artículo 25.2 que el condenado a pena de prisión gozará de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido de la sentencia, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Es decir, el recluso es sujeto de derechos, sólo se ve privado de la libertad deambulatoria y de aquellas facultades que resulten afectadas por el contenido de la pena (inhabilitación para el ejercicio de ciertos derechos) o sean incompatibles con ella. De ahí que la actividad administrativa penitenciaria haya de respetar la personalidad humana y los derechos e

intereses jurídicos de los internos, quienes podrán ejercitar todos los derechos fundamentales, tanto los civiles y políticos, como los sociales, económicos y culturales (artículo 3 de la Ley orgánica general penitenciaria). El principio inspirador del cumplimiento de las penas de prisión es la condición de titular de derechos del recluso, quien no puede ser excluido de la sociedad, de la que continúa formando parte, por ello la vida en prisión –dice literalmente el artículo 3 del Reglamento penitenciario- ha de tomar como referencia la vida en libertad.

Este es el marco constitucional en que debe desenvolverse el debate sobre la existencia, contenido y alcance de los derechos de una persona presa, del que hemos de partir para motivar la decisión sobre la pertinencia de la pretensión del recurrente de que se le traslade a un centro penitenciario próximo a su domicilio y al lugar donde moran sus familiares.

2.- Derecho a cumplir la pena de prisión en establecimiento penitenciario cercano al domicilio familiar. Principio resocializador.

La Administración no puede decidir a su arbitrio la distribución de los condenados, debe respetar determinados límites y obligaciones que la legalidad le impone, en desarrollo del principio constitucional de la reinserción social al que deben estar orientadas las penas privativas de libertad. La Ley penitenciaria establece que la Administración deberá contar con los centros suficientes para evitar el desarraigo social del penado (artículo 12). Porque el régimen de vida en prisión ha de tomar como marco de referencia la vida en libertad, la actividad administrativa debe tender a reducir al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo para ello los vínculos sociales (artículo 3.3 del Reglamento penitenciario).

La Ley Penitenciaria también establece en su artículo 59.2 que el tratamiento pretende hacer del interno una persona con capacidad de vivir respetando la ley penal, y, para ello, se intentará desarrollar una actividad en la prisión que propicie el respeto a uno mismo y la responsabilidad individual y

social con relación a su familia. Para alcanzar estos objetivos es preciso que el recluso resida en una cárcel situada en el lugar de la residencia familiar. A mayor abundamiento, si para individualizar el tratamiento y proceder a la clasificación se debe tener en cuenta el medio al que probablemente retornará (artículo 63 de la Ley), se hace necesario que el contacto del condenado con dicho medio social sea continuo.

El artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos reconoce el derecho a la vida familiar, que en el ámbito penitenciario significa que la ubicación de la población reclusa y el destino de los internos no puede quedar a la entera discrecionalidad de la Administración, porque la posibilidad de la familia de visitar a su pariente preso es un elemento esencial para el mantenimiento de la vida familiar, como ha declarado el Tribunal Europeo de derechos humanos, encargado de definir el alcance de las obligaciones de los Estados. En el propio contexto del Consejo de Europa se establece que los reclusos deben estar repartidos, en la medida de lo posible, en prisiones situadas lo más cerca posible de su domicilio (Recomendación REC (2006) 2 del Comité de Ministros, sobre Reglas penitenciarias europeas, apartado 17.1). Y en el ámbito de Naciones Unidas se pauta que, a solicitud de la persona detenida o presa, será mantenida, en la medida de lo posible, en un lugar de reclusión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual (artículo 20 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Asamblea General, Resolución 43/173 de 9 diciembre 1988). Y también se contempla el deber de los Estados de velar, particularmente, por el mantenimiento y la mejora de las relaciones entre el preso y su familia (Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas, apartado 79, Consejo Económico y Social, resoluciones 663C (XXIV) de 31 julio 1957 y 2076 (LXII) de 13 mayo 1977).

Del conjunto de esas normas se infiere que el recluso retiene la titularidad de su derecho a la vida familiar, siendo condición o garantía de su desenvolvimiento el que sea destinado a una cárcel próxima al domicilio de su familia. Sólo circunstancias relacionadas con la insuficiencia de medios del Estado pueden explicar, que no justificar, el alejamiento de un preso. Cualquier

otra finalidad a la que se quiera atender con el extrañamiento del domicilio familiar debe estar prevista en la ley, al limitar derechos de una persona presa, especialmente vulnerable y, por ello, objeto de consideración por parte del Estado de derecho.

Además, el cumplimiento en un centro lo más cercano posible al domicilio familiar no es incompatible con el contenido de la pena, por el contrario es un requerimiento del mandato resocializador, cuyo auténtico sentido en el Estado de derecho es no potenciar la desocialización que genera el encierro. (El órgano jurisdiccional encargado de amparar los derechos de los presos ante la actividad administrativa de ejecución de las penas privativas de libertad no puede ir más allá de reconocer el derecho al no alejamiento y el consiguiente traslado a un centro cerca de su domicilio, respetando la competencia originaria de gestión de recursos y asignación de plazas que corresponde a la Secretaría General de Instituciones penitenciarias.)

El artículo 25.2 de la Constitución proclama que las penas privativas de libertad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social. Dejando al margen el debate inconcluso acerca de su consideración como derecho del interno, interés jurídico, regla de garantía, norma programática, principio constitucional o simple principio orientador, lo cierto es que estamos ante una norma jurídica constitucional que obliga a la Administración penitenciaria y al órgano jurisdiccional competente para controlar sus actos y tutelar los derechos de los presos. La doctrina del Tribunal Constitucional, siempre atenta a determinar su propio ámbito de conocimiento y a no desbordar el campo de la legalidad constitucional, ha señalado que aunque este principio “no constituya un derecho fundamental (ello) no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones (...) dirigidos (...) a garantizar dicha orientación resocializadora, o, al menos, no desocializadora” (STC 112/1996, a propósito de los permisos de salida). Porque la reinserción social “constituye un principio de actuación del derecho penal (...) que se erige como límite de su actuación en la ejecución de la pena para evitar sea utilizado para causar más daño a la persona que el derivado de

su privación de libertad y que desatienda a las necesidades del interno. (...) obliga al legislador y aplicador del derecho a diseñar una política penitenciaria y a la interpretación de la misma, respectivamente, que tenga en cuenta que el interno deberá retornar a la libertad y no deberá ser aislado del contexto social, lo que satisfaría la reinserción” (STS 1667/1998, de 28 diciembre, que razona a partir de la pauta elaborada por la doctrina constitucional). Es más, de este principio penal, operativo en la ejecución de la pena de prisión, el Tribunal Supremo afirma que “surge un derecho del interno a la aplicación de las instituciones que el legislador, desarrollando la Constitución, ha establecido”.

Por lo tanto, a consecuencia del principio de reinserción el recluso tiene derecho a que los tribunales le amparen para garantizar que cumple la pena en un centro penitenciario lo mas próximo posible a su domicilio familiar, salvo que la Administración tenga habilitación legal para adoptar una limitación o restricción de su derecho.

Como estamos ante una materia relacionada con los derechos fundamentales del recluso en un establecimiento penitenciario para el cumplimiento de una condena, resulta ociosa la discusión sobre la competencia del órgano jurisdiccional llamado a dar respuesta a las pretensiones del recurrente, porque no se trata de una simple cuestión sobre la gestión de los medios y la ubicación de los internos, sino ante actos de la Administración penitenciaria en desarrollo de un programa de alejamiento de sus domicilios que afecta a todos los condenados por delitos de criminalidad terrorista -al margen de su integración o no en una organización-, como se reconoce en la argumentación que soporta la decisión de la mayoría.

3.- El alejamiento es una intervención administrativa en el régimen de vida del condenado a penas de prisión que carece de cobertura en la ley.

El alejamiento supone una aflicción añadida a la privación de libertad, ya que provoca un extrañamiento familiar y social superior al que el encierro genera por sí mismo. La lejanía dificulta con especial intensidad la relación del

interno con sus familiares y amigos –hay estudios que así lo demuestran-, incrementa la soledad y el aislamiento propios de la reclusión. Alejamiento que se añade a un modo de vida caracterizado, en el caso de los condenados por delitos de criminalidad terrorista, por el sometimiento a régimen cerrado, la intervención de las comunicaciones y la ausencia de permisos de salida. De alguna de esas dificultades se hace eco esta resolución al resumir la pretensión y alegaciones del recurrente.

El principio de legalidad penal y penitenciaria exige que los poderes públicos actúen con la debida habilitación legal. Cualquier intervención de la Administración que afecte a los derechos o intereses legítimos del recluso debe contar con una mínima, pero precisa, cobertura legal. Así lo ha entendido el Tribunal Europeo de derechos humanos respecto a cualquier restricción del derecho del recluso al respeto de su vida privada y familiar, que solo puede ser aplicada de conformidad con la ley (sentencia Vintman contra Ucrania, de 23.10.2014, parágrafo 84, en adelante STEDH). Para que la injerencia en un derecho protegido por el Convenio sea compatible con este ha de hallarse prevista en la ley, una exigencia del principio de legalidad que establece como cláusula de orden público el artículo 8.2. Esta es una cuestión fundamental en el caso, porque la Administración y las resoluciones del juez y de este tribunal han eludido el problema; el distanciamiento del recurrente de su lugar de residencia y el apartamiento de su familia, también el del resto de condenados por delitos de terrorismo, es una decisión que no está prevista en una norma y que contradice expresamente los mandatos legales que obligan a la autoridad administrativa encargada de la gestión de la reclusión de los condenados a evitar el desarraigo, favorecer sus vínculos sociales, mantener y mejorar las relaciones familiares y, para ello, purgar la pena en un lugar de reclusión cercano a su domicilio o situado a una distancia razonable de la localidad de residencia.

Como establece la Constitución, los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley, que deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse su ejercicio (artículo 53). En cualquier caso, no se contempla la suspensión de derechos para los

condenados por delitos de terrorismo -aunque se prevé la suspensión de los derechos a la libertad física, domiciliaria y de las comunicaciones en supuestos de delitos de terrorismo únicamente en la investigación (artículo 55). Por lo tanto, los derechos de los reclusos solo pueden restringirse cuando lo dispongan las leyes (como reitera el artículo 3.2 del Reglamento penitenciario), como consecuencia de ello, la actividad penitenciaria se ejercerá siempre dentro de los límites establecidos por la ley (artículo 2 de la Ley general penitenciaria).

4.- El alejamiento vulnera el derecho a la vida familiar según los estándares del derecho europeo.

Como hemos apuntado, el Convenio Europeo de derechos humanos reconoce el derecho a la vida familiar de los presos en su artículo 8. Y el Tribunal Europeo, órgano de control permanente, de garantía de los derechos y jurisdicción obligatoria para los Estados parte, ha fijado con carácter general de cosa interpretada, más allá del caso concreto, que aunque el Convenio no contenga un derecho de los presos a elegir el lugar de la detención, y la separación y alejamiento de la familia sean consecuencia inevitable de la reclusión, destinar a una persona a una prisión alejada de su familia hasta el extremo de que toda visita se haga muy difícil, incluso imposible, puede, en determinadas circunstancias, constituir una injerencia en su derecho a la vida familiar, porque la posibilidad de los miembros de la familia de visitar al detenido es un elemento esencial para el mantenimiento de la vida familiar (Decisión sobre admisión, caso Ospina Vargas contra Italia, de 6.4.2000). Se trata de un estándar mínimo europeo de un derecho fundamental del que es titular el condenado internado en un establecimiento penitenciario.

Para el respeto de la vida familiar es esencial que la Administración penitenciaria ayude al recluso a conservar el contacto con su familia (STEDH caso Messina contra Italia, 28.12.2000). La distribución de la población penitenciaria no debe permanecer a discreción de los órganos de la Administración, porque ha de tenerse en cuenta, de alguna manera, el interés

de los penados en mantener vínculos familiares y sociales; es por ello que el Tribunal ha llegado a condenar al Estado demandado por la asignación de personas recluidas en una prisión remota de sus familias (casos Khodorkovskiy y Lebedev contra Rusia, de 25.7.2013, parágrafo 850, y Vintman contra Ucrania, citada, parágrafo 78; esta sentencia menciona expresamente la regla penitenciaria 17.1 recogida en la Recomendación del Consejo de Europa antes citada).

De esta manera, en el Convenio Europeo, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico con primacía sobre la ley (artículo 96.1 de la Constitución), se sustenta un derecho resistente del recluso frente a la discrecionalidad administrativa, en materia de decisiones sobre su destino a una cárcel concreta, con el objetivo de preservar, facilitar y mejorar sus relaciones familiares.

El distanciamiento del recurrente vulnera, sin cobertura específica de la ley, el derecho a la vida familiar así configurado como parte del espacio público europeo.

5.- Como medida de tratamiento es incompatible con la libertad de la persona.

En la resolución de la mayoría se afirma que el acercamiento al domicilio familiar podría “impedir” el derecho de los internos a su resocialización si los parientes y amigos tienen o han tenido relación con la organización terrorista. Parece latir aquí una noción de reeducación y reinserción social que la Administración podría imponer en ejecución de su política criminal contra la voluntad del condenado.

Una concepción constitucional de esas dos figuras que menciona el artículo 25.2, según pautas que han elaborado la jurisprudencia constitucional y ordinaria y la doctrina, obliga a entender la reeducación como la obligación de la Administración de facilitar al recluso los medios necesarios para el desarrollo

de su personalidad –alfabetización, estudios secundarios y universitarios, formación profesional, libros, espacios para la práctica de deportes y ocio-, y la reinserción social como un programa con dos vertientes, una de tratamiento que se dirige al condenado, que puede rechazar, para adquirir habilidades que le capaciten para vivir de manera digna en libertad respetando la legalidad, una vez cumplida la pena, y otra de mandato a los encargados de la ejecución penitenciaria para que minimicen los factores de desocialización y optimicen las posibilidades de contacto con el exterior, la familia y la sociedad. El distanciamiento de los presos de sus familias y de su lugar de residencia no puede contemplarse como una medida de tratamiento, porque es una imposición, una aflicción añadida a la privación de libertad, siendo sus consecuencias el agravamiento de la desocialización, dificultando, a veces de manera irreversible, las relaciones familiares.

Las ideas sobre la enmienda o corrección moral de los condenados no deberían ser compatibles con el Estado constitucional de derecho porque no respetan a la persona humana, ni la autonomía de su conciencia; el recluso tiene derecho a la libertad ideológica y de conciencia (artículo 16 de la Constitución), a pensar de manera diferente, a ser él mismo y a seguir siendo como es, en lo que a su conciencia se refiere, no en balde los derechos de libertad son derechos a la diferencia. El fin punitivo de la corrección coactiva resulta, desde esta perspectiva, jurídicamente inaceptable.

Por otro lado, la generalización del régimen de alejamiento de sus domicilios de las personas condenadas por una misma categoría de delitos, algo que contraviene la debida individualización del tratamiento que exige el artículo 62 de la Ley general penitenciaria, obvia que, en ocasiones, la cercanía a la familia y a los amigos puede convertirse en un mecanismo de conexión con una realidad social cambiante que rechaza la violencia terrorista, lo que podría propiciar procesos de reflexión en clave de reconocimiento del daño causado a las víctimas. Y, frente a la valoración positiva de la política penitenciaria en materia de terrorismo que se hace en el auto, habría que hacer notar que el alejamiento no ha alcanzado los objetivos que decía perseguir, la ruptura del interno con la organización criminal, y sin embargo provoca consecuencias

perjudiciales para las familias que se ven obligadas a realizar durante años, las condenas son rígorosas, largos desplazamientos, con su coste en tiempo y dinero, para disfrutar de un breve encuentro con el condenado. Desde la perspectiva del tratamiento se echa en falta, en fin, una ponderación sobre la peligrosidad futura del recluso y el contexto de la criminalidad terrorista en el que cometió sus delitos, para valorar el cambio de las circunstancias, cambio que ha generado la renuncia definitiva de la organización a la que pertenecían al ejercicio de la violencia, que constituía el elemento específico del terrorismo.

6.- Conclusión.

La Sala debió estimar el recurso y reconocer el derecho del interno a ser ubicado en un centro penitenciario lo más próximo a su domicilio familiar o que se encuentre a una distancia razonable de su lugar de residencia, para propiciar el mantenimiento y la mejora de las relaciones con su familia, favorecer los vínculos sociales y evitar el desarraigo. Desde esta posición no puede compartirse que el acercamiento del recurrente sea una alternativa de política criminal competencia exclusiva del Gobierno, porque la decisión se desentiende del derecho del recluso a la vida familiar, según establece nuestro ordenamiento jurídico.