

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

VELS PRAVIDEET PRO

Revista

Enero 2023

51

Penal



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 51

Sumario

Obituario:

- Mireille Delmas Marty y las Ciencias penales de nuestro tiempo, por *Luis Arroyo Zapatero* 5

Doctrina:

- Cuestiones controvertidas en torno a la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Determinación del concepto de encuentro, por *Andrés Francisco Álvarez Medialdea* 9
- Ucrania y la doble moral de Occidente, por *Kai Ambos* 33
- El condenado imputable afectado por un trastorno mental grave, por *Viviana Caruso Fontán* 49
- La responsabilidad penal del político corrupto. Contradicciones de la solución española a partir de las indicaciones de la Supreme Court of Justice de los Estados Unidos, por *Giorgio Dario Maria Cerina* 72
- Entre la siembra y el regado de la semilla terrorista: una aproximación a la influencia de la propaganda terrorista en internet, por *Débora de Souza de Almeida* 113
- La imposición y mantenimiento de condiciones ilegales y otras formas delictivas en las relaciones laborales como herramienta de protección de colectivos vulnerables por el Derecho penal, por *Javier García Amez* 129
- ¿Deben castigarse el enaltecimiento del franquismo y otro tipo de conductas «afines»? los intentos frustrados del legislador y una vía de escape (la administrativo-sancionadora), por *José León Alapont* 145
- La mujer como delincuente: aproximación a la delincuencia femenina a través de un estudio jurisprudencial, por *Sandra López de Zubiría Díaz* 165
- Frentes abiertos en la protección de los derechos de los presos, por *Francisco Javier Matia Portilla* 177
- La regulación italiana del blanqueo de capitales. Perfiles generales y propuestas de reforma, por *Alessandro Melchionda* 191
- La eliminación del abuso sexual por consentimiento inválido de víctima mayor de dieciséis y menor de dieciocho años tras la L.O. de garantía integral de la libertad sexual, por *Miguel Ángel Morales Hernández* 207
- Reflexiones sobre el delito de aborto en México y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por *Alberto Enrique Nava Garcés* 231
- El enfoque de género en el Derecho Penal español. Superando las críticas de un Derecho Penal de autor y paternalista, por *Ana I. Pérez Machío* 242

- Sistemas penales comparados:** Sumisión química (Chemical submission) 263

Bibliografía:

- Simón Castellano, Pere y Abadías Selma, Alfredo (Coords.). “Cuestiones penales a debate”. Barcelona, J.M. Bosch Editor (Colección “Penalcrim”), 2021, 495 págs., por *Cristian Morlans Prados* 321
- VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Miguel Abel Souto, José Manuel Lorenzo Salgado y Nielson Sánchez Stewart (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 980 páginas, por *Yago González Quinzán* 325
- “Los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas”, de José León Alapont (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 202 págs.), por *Lucas G. Menéndez Conca* 328

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Belez. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Europea de Madrid), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Christoph Hollmann (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Jiajia Yu (China)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Baris Erman (Turquía)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo y Ana María Guzmán (Uruguay)
Marco Edgardo Florio (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Frentes abiertos en la protección de los derechos de los presos

Francisco Javier Matia Portilla

Revista Penal, n.º 51 - Enero 2023

Ficha técnica

Autor: Francisco Javier Matia Portilla

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid

Title: Open fronts in the protection of the rights of prisoners

Sumario: 1. Los presos son titulares de derechos fundamentales. 2. Un avance claro: las personas privadas de libertad por una causa penal que no son finalmente condenadas tienen derecho a ser indemnizadas. 3. Los retos pendientes: 3.1. El derecho de voto de las personas privadas de libertad; 3.2. El acercamiento de los presos y su vinculación con su derecho a la vida familiar. 4. Los derechos de los presos y la función resocializadora de la pena.

Summary: 1. Prisoners are holders of fundamental rights. 2. A clear advance: people deprived of liberty for a criminal case who are not finally convicted have the right to be compensated. 3. The pending challenges: 3.1. The right to vote of persons deprived of liberty; 3.2. The rapprochement of prisoners and their connection with their right to family life. 4. The rights of prisoners and the resocializing function of the sentence.

Resumen: La actual pulsión de intensificar la pena de privación de libertad (a través de su cumplimiento íntegro, el aumento de la prisión máxima o la instauración de la prisión permanente revisable) contrasta con la voluntad constitucional de que esa pena se oriente hacia la reeducación y resocialización, que se fundamenta en la dignidad del preso y en la vigencia de sus derechos fundamentales. Pues bien, este trabajo pretende examinar, precisamente, qué avances se han producido en esta materia y qué frentes permanecen abiertos. Entre los primeros destaca el derecho a que las personas que han sufrido prisión provisional en el marco de una investigación penal y han sido finalmente absueltas o no procesadas a ser indemnizadas por los daños infringidos. En el plano de los retos abiertos, se examina la poca implicación de los presos en los procesos electorales y la necesidad de que el Tribunal Constitucional revierta su doctrina en la que se niega que la negativa de instituciones penitenciarias de acercar al preso a un establecimiento penitenciario que le permita mantener el contacto con sus seres queridos comprometa su intimidad familiar. Se pretende acreditar, en definitiva, que el respeto de los derechos fundamentales de los presos impone variar algunas prácticas, intensificar algunos comportamientos y atender a viejos problemas con renovadas miradas.

Palabras clave: derechos fundamentales de los presos – Derecho de voto de los presos – intimidad familiar de los presos – prisión provisional – Tribunal Constitucional – Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract: the current drive to intensify the penalty of deprivation of liberty (through its full enforcement, the increase of the maximum prison term or the introduction of permanent reviewable imprisonment) contrasts with the constitutional will that this penalty should be oriented towards re-education and re-socialization, which is based on the dignity of the prisoner and the enforcement of his fundamental rights. This article aims to examine precisely what progress has been made in this area and what fronts remain open. Among the first is the right of persons who have been held in pretrial detention as part of a criminal investigation and have been finally acquitted or not prosecuted to be compensated for the damages incurred. In terms of open challenges, we examine the lack of involvement of prisoners in electoral processes

and the need for the Constitutional Court to reverse its doctrine denying that the refusal of penitentiary institutions to bring the prisoner to a penitentiary establishment that allows him to maintain contact with his loved ones violates his family privacy. The aim is to prove, in short, that respect for the fundamental rights of prisoners requires varying certain practices, intensifying certain behaviors and analyzing old problems with fresh eyes.

Key words: prisoners' fundamental rights - prisoners' right to vote - prisoners' family privacy - provisional detention - Constitutional Court - European Court of Human Rights.

Rec.: 27-11-2021 **Fav.:** 08-09-2022

1. LOS PRESOS SON TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En el momento actual soplan vientos que reclaman mayores penas efectivas de prisión y la imposición de la prisión permanente revisable ante la comisión de determinados delitos¹. Esta orientación de política criminal contrasta con la idea de que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”, que se recoge en el artículo 25.2 CE².

Y resulta evidente afirmar también que los reclusos son titulares de derechos fundamentales y de derechos humanos. Lo que ocurre es que no siempre resulta fácil adecuar el ejercicio de tales derechos al contexto

carcelario. De ahí que haya sido preciso que nuestro Tribunal Constitucional haya debido examinar si determinadas medidas impuestas a los presos pueden comprometer alguno de sus derechos fundamentales, como son a la vida e integridad física, a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la libertad de expresión y recibir información, a las libertad de reunión, a la educación o comprometen el principio de igualdad o las garantías procesales³. Podría pensarse que desde 1978 la cuestión de los derechos fundamentales de los presos es pacífica, pero en esta materia existen desarrollos recientes que son, precisamente, los que pretenden ser analizados en estas páginas.

No pretendemos, pues, examinar los derechos fundamentales de los presos⁴, sino centrar nuestra mirada en

1 Resulta evidente que las reformas penales y jurisprudenciales han agravado la duración e intensidad de las penas privativas de libertad en nuestro país. En relación con la duración, baste con recordar que se han ampliado las duraciones máximas, en supuestos excepcionales, de treinta a cuarenta años (LO 7/2003), y que se ha incorporado la pena de prisión permanente revisable (LO 1/2015, muy criticada en la doctrina penal –ver, por todos, Díaz y García Conlledo, Miguel: “La pena de prisión permanente revisable: ¿hay que mantenerla?”. *Revista Jurídica de la Universidad de León* 8, 2021- aunque haya sido avalada por el Tribunal Constitucional en su STC 169/2021, de 6 de octubre). En lo que atañe a la ejecución de la condena debe recordarse que se han endurecido los criterios para acceder al tercer grado y a la libertad condicional en la LO 7/2003 con la instauración del periodo de seguridad y el establecimiento de nuevos requisitos, y la polémica doctrina Parot que hacía inútil la redención de penas realizada con anterioridad y que fue criticada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las relevantes SSTEDH Inés del Río Prada (demanda 42750/09; Sentencia de la Sección Tercera, de 10 de julio de 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD004275009, y de la Gran Sala, de 21 de octubre de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1021JUD004275009). Un buen resumen crítico de todo este asunto se recoge en Perandones Alarcón, María, “Las insuficiencias del paradigma punitivo y los beneficios de la justicia restaurativa a la luz de la doctrina Parot y la vía Nanclares”. *Nuevo Foro Penal* 96 (2021), pp. 127-160.

2 Conviene hacer notar que este precepto constitucional se formula en un momento en el que nuestros parlamentarios están persuadidos de la necesidad de modificar y mejorar el modelo carcelario español. Debe recordarse, en este sentido, la muy relevante Comisión de Estudio sobre la situación de los establecimientos penitenciarios, cuyo informe final puede ser consultado en el Boletín Oficial de las Cortes 164, de 18 de octubre de 1978 y que la Ley General Penitenciaria fue la primera Ley Orgánica (1/1979) aprobada en nuestro país tras la entrada en vigor de nuestra Constitución con un altísimo grado de consenso.

3 Tomamos el listado, que se acompaña de la jurisprudencia constitucional relevante en la materia, de Sánchez Tomás, José Miguel: “Los fines de la pena y los derechos fundamentales de los presos”. En Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel (dirs.); Borrado Iniesta, Ignacio y Pérez Manzano, Mercedes (coords.): *Comentarios a la Constitución española (conmemoración del XL aniversario)*. Fundación Wolters Kluwer-Boletín Oficial del Estado-Ministerio de Justicia. Las Rozas (Madrid), 2018. Tomo I, pp. 592-593.

4 Sobre esta materia existen magníficos estudios surgidos desde el ámbito de la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales de los presos o sobre derechos específicos, como son los debidos a García Morillo, Joaquín: “Los derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios”. *Poder Judicial* 47 (1997), pp. 23-60; Delgado del Rincón, Luis: “Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios”. *Teoría y Realidad Constitucional* 18 (2006), pp. 191-221, y, especialmente, Reviriego Picón, Fernando: *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*. Universitas.

algunas cuestiones concretas que afectan a los presos y que hoy guardan una mayor vinculación, doctrinal y/o jurisprudencial, con sus derechos fundamentales o humanos. Y en algunas otras que, planteadas hace años, quizás merecerían hoy recibir hoy una renovada perspectiva. Mientras que en algunos casos esa evolución ya se ha producido plenamente, otros se debaten hoy en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A uno y otro fenómeno dedicaremos los siguientes epígrafes del presente estudio.

2. UN AVANCE CLARO: LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD POR UNA CAUSA PENAL QUE NO SON FINALMENTE CONDENADAS TIENEN DERECHO A SER INDEMNIZADAS

Es incorrecto asimilar la figura del preso a la del condenado. Es posible que una persona se encuentre recluida en un establecimiento penitenciario sin que su presunción de inocencia haya sido aún desvirtuada porque esté a la espera de juicio o esté siendo investigada. La prisión provisional es una medida cautelar que permite a los órganos judiciales acordar el ingreso en prisión de personas investigadas o encausadas con el fin de asegurar su presencia en el proceso, evitar la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba, evitar que actúe contra bienes jurídicos de la víctima o que cometa nuevos delitos (arts. 502 y 403 LECrim).

Es obvio que no toda persona investigada (ni siquiera encausada) será condenada en el proceso, porque para ello resulta necesario que la acusación sea acreditada a través de pruebas que puedan desvirtuar, de forma lícita, el derecho a la presunción de inocencia. Y esto no siempre ocurre. Es por ello lógico que la persona que ha sufrido injustamente una prisión provisional sea indemnizada por ello.

La cuestión se centra en determinar cuándo dicha privación de libertad es injusta. Nuestra legislación considera que esta circunstancia se da cuando (a) el individuo es absuelto “por inexistencia del hecho imputado” (inexistencia del delito) o cuando se ha dictado “auto de sobreseimiento libre”, y en todo caso, siempre que se “le hayan irrogado perjuicios” (art. 294.1 LOPJ). La propia Ley dispone que debe tomarse en consideración el tiempo de privación de libertad y las consecuencias personales y familiares que, en su caso, la prisión haya provocado (art. 294.2 LOPJ). Y se excluye la indemnización cuando haya existido conducta dolosa o culpable del perjudicado (art. 295 LOPJ).

Parece que un presupuesto para poder exigir una indemnización al Estado es que se pueda acreditar, de forma indubitada, que el delito no ha existido (inexistencia objetiva⁵). Esto supone que en los casos en los que el acusado ha sido finalmente absuelto (o el investigado no procesado) por falta de pruebas en su contra o por la aplicación del principio *in dubio pro reo* no procede indemnizar al afectado. No ha sido condenado o procesado, pero subsisten las razones que justificaron, en su día, la privación de libertad.

Resulta claro que esta construcción plantea problemas desde la perspectiva de los derechos fundamentales. No resulta lógico afirmar que una persona no procesada o declarada inocente en un proceso judicial no sea resarcida por los perjuicios derivados de una prisión provisional y que provoca evidentes daños materiales y morales. Y es que tal comportamiento no deja de sembrar una sombra de duda que empaña su presunción de inocencia.

Esta misma idea ha sido desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias Puig Panella (2006), Tendam (2010) y Vlieland Boddy y Marcelo Lanni (2016), todas ellas relacionadas con el Reino de España.

Madrid, 2008. También debemos recordar la tesis escrita por José Pablo Sancha Díez sobre *Derechos fundamentales de los reclusos* (UNED, 2017).

5 El Tribunal Supremo entendió en un primer momento que también procedía la indemnización cuando quedara acreditada la inexistencia subjetiva del delito (esto es, que el investigado o encausado no cometió el delito por el que se le investiga o acusa). Esta jurisprudencia arranca de la relevante STS (Sala Contencioso, Sección Primera) de 27 de enero de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:13458 o ECLI:ES:TS:1989:404, RJ 1989\500). Un buen resumen de esta posición se encuentra en la STS (Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta) de 27 octubre 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5408, RJ 2010\7699), en la que, con abundante cita de otras resoluciones previas, se afirma que por “absolución por inexistencia del hecho” “ha de entenderse tanto la objetiva como la subjetiva”, que “implica la ausencia de participación del acusado suficientemente acreditada deducida del examen conjunto de la resolución penal”. Sin embargo, el Tribunal Supremo varió posteriormente su doctrina, vinculándola ahora con el tenor literal empleado en el artículo 294 LOPJ, afirmando que este artículo “sólo y exclusivamente comprende el supuesto de inexistencia objetiva del hecho imputado -inexistencia material de los hechos determinantes de la prisión preventiva-, pero ya no la llamada inexistencia subjetiva -prueba de la falta de participación del imputado preso preventivo-” [STS (Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta) de 30 septiembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6199, RJ 2012\1016)]. Este cambio jurisprudencial arranca de sendas Sentencias dictadas por la Sección Sexta el 23 de noviembre de 2010, resoluciones duramente criticadas por Jaime Vicente Campaner Muñoz en “La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absoluto en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana”. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* 129 (2017), pp. 3 ss.

En el asunto Puig Panella⁶ el recurrente entiende que la negativa de la Administración a indemnizarle por la prisión provisional sufrida vulnera su derecho a la presunción de inocencia. Aunque había sido condenado por varios delitos cometidos como militar, el Tribunal Constitucional anuló la condena⁷ por haberse vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, dado que algunos documentos reunidos en la fase de instrucción, y que justificaron la condena, no habían sido debidamente presentados en la vista y sometidos a contradicción.

En esta Sentencia se recogen las razones básicas que se aplicarán al caso enjuiciado y a los siguientes que afectan, en esta misma materia, a nuestro país:

- a) “El Tribunal recuerda que el artículo 6.2 del Convenio es aplicable en situaciones en las que la persona afectada no ha sido o no es objeto de una acusación en materia penal, en la medida en que las cuestiones de la responsabilidad penal del acusado y del derecho a percibir una indemnización por encarcelamiento están estrechamente vinculadas” (§ 50).
- b) “De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, la presunción de inocencia se vulnera si una decisión judicial relativa a un acusado refleja el sentimiento de que es culpable, cuando su culpabilidad previamente no ha sido legalmente establecida. Basta, incluso en ausencia de constatación formal, con una motivación que conduzca a pensar que el juez considera al interesado culpable. El campo de aplicación del artículo 6.2 [CEDH] no se limita, por tanto, a los procesos penales pendientes, sino que se extiende también a las decisiones judiciales adoptadas tras la suspensión de las actuaciones” (§ 51).

En Tendam⁸, el recurrente había sido absuelto por falta de pruebas. El Ministro español justifica la dene-

gación de la indemnización en que “la no participación del demandante en los hechos delictivos no había quedado suficientemente acreditada” (§ 18). Pues bien, a juicio del Tribunal de Estrasburgo, “este razonamiento, que diferencia entre una absolución por falta de pruebas y una absolución que resulte de la constatación de la inexistencia de hechos delictivos, desconoce la absolución previa del acusado, cuyo fallo debe ser respetado por toda autoridad judicial, cualesquiera que sean los motivos dados por el juez penal” (§ 39).

Finalmente, en el asunto Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni⁹, conviven dos supuestos diferentes. El primer recurrente fue sometido a prisión provisional por la presunta comisión de delitos de tráfico de estupefacientes y blanqueo de dinero, de los que fue finalmente absuelto. El segundo recurrente fue detenido por la presunta comisión de dos delitos de robo con agravantes. Aunque el Juzgado de Instrucción decidió finalmente dictar un auto de sobreseimiento provisional, el investigado había sufrido previamente algunos días de prisión provisional. El interés específico de esta Sentencia es que en este último supuesto ni siquiera existe una resolución judicial que acredite la inocencia del recurrente, sino que es suficiente con el que se decreta el archivo de la causa.

El Tribunal reitera su jurisprudencia anterior y observa que, “en aplicación del principio *in dubio pro reo*, ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada sobre la ausencia de pruebas y una absolución que traiga causa de una constatación de inocencia de manera incontestable. En efecto, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos expresados por el juez penal. Bien al contrario, en el marco del artículo 6.2 [CEDH] de la Convención, el fallo de una sentencia absolutoria debe ser respetado por toda autoridad que se pronuncie de manera directa o incidental sobre la responsabilidad penal del afectado

6 STEDH (Sección Cuarta) Puig Panella, de 25 de abril de 2006 (demanda 1483/02, ECLI:CE:ECHR:2006:0425JUD00148302). Resolución comentada por Amelia Díaz Pérez de Madrid [“A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de administración de justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 25 (2006), pp. 973-987] y Luis Arroyo Jiménez [“La presunción de inocencia y la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional”. En Alcácer Guirao, Rafael; Beladiez Rojo, Margarita y Sánchez Tomás, José Miguel: *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Civitas. Cizur Menor, 2013, pp. 313-350].

7 A través de la STC 82/1992, de 28 de mayo, ECLI:ES:TC:1992:82.

8 STEDH (Sección Tercera) Tendam, de 13 de julio de 2010 (demanda 25720/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0713JUD002572005). En relación con esta Sentencia vid Martín Rebollo, Luis: “Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación paradójica” y Cobreros Mendazona, Edorta: “Los paradójicos efectos de la protección de la presunción de inocencia sobre el sistema indemnizatorio por prisión provisional indebida”, ambos incluidos en García de Enterría, Eduardo (coord.): *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Civitas. Madrid, 2012. Vol. 2, pp. 2943-2966 y 2775-2806, respectivamente; Sánchez Morón, Miguel: “Consecuencias imprevistas de la presunción de inocencia: la revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad por error judicial por efecto de la sentencia Tendam del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”. *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo* 55 (2012), pp. 49-64 y Sardina Cámara, Pablo: “La responsabilidad patrimonial por prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista General de Derecho Administrativo* 30 (2012).

9 STEDH (Sección Tercera) Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni, de 16 de febrero de 2016 (demandas 53465/11 et 9634/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0216JUD005346511).

[...]. Exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento de indemnización por prisión provisional resulta irrazonable y evidencia un atentado contra la presunción de inocencia” (§ 40).

Y esta doctrina es igualmente aplicable cuando afecta a resoluciones, definitivas o provisionales, que ponen fin a la investigación. En efecto, “el carácter provisional del sobreseimiento dictado en este caso no sería determinante [...]. A este respeto debe hacerse notar que al término de la instrucción en los procedimientos como al presente, en caso de ausencia de motivos suficientes para acusar a una persona de la comisión de un delito, únicamente puede acordarse un sobreseimiento provisional, ya que los supuestos para ordenar un sobreseimiento definitivo están estrictamente fijados por la Ley”¹⁰.

Aunque esta doctrina pueda ser sometida a debate, el autor de estas líneas ha mostrado su clara adhesión a la misma en algunos estudios previos¹¹. Se entenderá, por este motivo, que valore muy positivamente la STC 85/2019¹², que declara inconstitucional las palabras “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” del artículo 294.1 LOPJ, por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia¹³, que ahora queda redactado de esta manera: “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos [...] o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

A juicio del alto Tribunal, “la estructura del precepto aplicable, con los incisos ‘por inexistencia del hecho imputado’ y ‘por esa misma causa’, que remiten a las razones ofrecidas por la resolución penal para sostener

10 § 45. Rubén Herrero Giménez, Rubén y David Pavón Herradón defienden que no se puede conferir el mismo trato jurídico, a efectos de indemnización, a resoluciones judiciales que no lo tienen (como ocurre entre el sobreseimiento provisional y el definitivo), aunque reconocen que el Tribunal Constitucional ha optado por asimilar éstas a tales efectos (en “Indemnización y prisión: la compensación por la prisión provisional indebida, una cuestión abierta para el debate”. En Abadías Selma, Alfredo; Simón Castellano, Pere y Rodríguez Ramos, Luis: *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante: un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal*. Atelier. Barcelona, 2020, pp. 329-348).

11 “Decisiones polémicas (matrimonio gitano) y otras que, en principio, no lo son (imparcialidad del ex-Juez Garzón en el caso GAL) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aderezadas con el examen crítico de otras resoluciones del Tribunal de Estrasburgo”. *Revista General de Derecho Constitucional* 10 (2010), pp. 13-14 y “Balance de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afecta al Reino de España: de aciertos, carencias y excesos”. En Matia Portilla, Francisco Javier (dir.): *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011, pp. 166-168.

12 STC (Pleno) 85/2019, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2019:85), que tiene su origen en una autocuestión planteada por el propio Pleno del Tribunal sobre la constitucionalidad de los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” del artículo 294.1 LOPJ.

Esta Sentencia se ha visto precedida por las SSTC (Pleno) 8/2017, de 19 de enero (ECLI:ES:TC:2017:8) y (Sala Segunda) 10/2017, de 30 de marzo (ECLI:ES:TC:2017:10). En la primera se ampara al recurrente en amparo porque se le ha denegado una indemnización por la prisión provisional sufrida en relación de un delito por el que fue posteriormente absuelto, en aplicación del principio *in dubio pro reo*. El Pleno estima que “para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia” (FJ 7). El Presidente González Rivas discrepa de esta posición en su voto particular. Ver, en el plano doctrinal, el premonitorio estudio de Saz Cordero, Silvia del: “La inútil prolongación de la agonía del artículo 294 LOPJ”. En *Revista Vasca de Administración Pública* 108 (2017), pp. 269 ss. En el plano doctrinal, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer estima que la fundamentación de la Sentencia del Tribunal Constitucional es pobre y parcial, al apoyarse exclusivamente en una de las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo en la materia [En “Sobre la indemnización por prisión preventiva injustificada”. *Diario la Ley* 8990 (2017), apartado V]. Por otra parte, Jaime Vicente Campaner Muñoz hace notar, en dirección contraria, que las jurisdicciones ordinarias no han extraído ninguna consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional y mantienen una jurisprudencia que contradice abiertamente la doctrina del Tribunal de Estrasburgo (en “La quimérica...”, *cit.*, pp. 7-8). En la STC 10/2017/4, la Sala Segunda concede el amparo haciendo una remisión expresa a la citada STC 8/2017. Conviene recordar que de forma temprana el Tribunal Constitucional se basa en la STC 85/2019 para amparar a un recurrente en la STC 125/2019, de 31 de octubre y que, desde entonces, son muchos los afectados que han sido tutelados en sus derechos a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) (ver las SSTC 135 a 145, 147 y 151/2019, de 25 de noviembre; 154/2019, de 28 de noviembre; 162 a 170 y 173 a 174/2019, de 1 de diciembre; 8/2020, de 27 de enero; 44 y 45/2020, de 9 de marzo; 64/2020, de 6 de octubre; 153 y 154/2020, de 4 de noviembre; 166/2020, de 16 de noviembre; 177/2020, de 14 de diciembre; 41/2021, de 3 de marzo; 83/2021, de 19 de abril; 98/2021, de 10 de mayo; 114/2021, de 31 de mayo; 127 y 128/2021, de 21 de junio; 141/2021, de 12 de julio).

13 Centramos nuestra valoración de la Sentencia en el derecho a la presunción de inocencia, sin entrar a examinar la resolución de la queja relacionada con la libertad personal, que ha sido seriamente criticada en el ámbito doctrinal [ver, por ejemplo, Simón Castellano, Pere: “Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional indebida (Interrogantes tras la STC 85/2019)”. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* 143 (2020), p. 7 o Rodríguez Ramos, Luis: “¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019 de 19 de junio: sumarias loas y críticas”, *Diario La Ley* 9477 (2019), p. 19, que también extiende esta misma crítica en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva]. Ver también Guillén López, Enrique: “Prisión provisional y absolución: mismo daño (sic), misma indemnización (sic) (¿o no?)”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 34 (2020).

la decisión que le es propia de absolución o sobreseimiento (ajena a una eventual indemnización ulterior por la prisión provisional sufrida), obliga a argumentar de forma incompatible con la dimensión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) que salvaguarda la eficacia pro futuro del previo pronunciamiento absolutorio, por lo que resultan contrarios al art. 24.2 CE. En tanto no se vislumbra una interpretación del ámbito aplicativo del art. 294 LOPJ que no discrimine entre las razones de la absolución vinculadas a la presunción de inocencia, los incisos que hacen depender la indemnización de ese tipo de razonamientos conculcan el derecho a la presunción de inocencia” (FJ 12).

Aunque algunos Magistrados discrepan de este entendimiento de la cuestión¹⁴, nos parece acertado. Y es que, aunque es cierto que el Tribunal de Estrasburgo ha indicado que “ni el artículo 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio da derecho a compensación por una detención provisional legal cuando se levanta el

procesamiento o se llega a una absolución”¹⁵, resulta evidente que la medida cautelar ha provocado unos daños (materiales y morales) que merecen una razonable indemnización¹⁶.

En todo caso, tras la STC 85/2019 puede concluirse que, “en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado [por haber sufrido prisión provisional] tiene derecho a la indemnización”, como ha reconocido el mismo Tribunal Supremo¹⁷.

Lo que resulta conveniente es que ahora el legislador español fije unos criterios para la fijación de esta indemnización¹⁸, dotando a la regulación en la materia de mayor calidad. En esta actuación el legislador dispone de un amplio campo de acción, como recuerda el propio Tribunal Constitucional: “Ciertamente, en la definición del mecanismo reparador el legislador tiene amplio margen sobre la competencia y el tipo de procedimiento para dirimir su aplicación, y, en general sobre multi-

14 Encarnación Roca Trías considera que “el proceso en el que se solicita la indemnización por la prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento es absolutamente independiente del penal en el que se ha decretado esta absolución o sobreseimiento y que el demandante en la vía contenciosa deberá acreditar la concurrencia de los requisitos y no podrá utilizarse en su favor ni en su contra la presunción de inocencia, porque no nos hallamos ante un proceso penal donde los acusadores deben destruir la presunción de inocencia que ampara a todo investigado/procesado hasta que se haya dictado la sentencia definitiva” (apartado 4), siendo únicamente relevante que respete el art. 121 CE. Y los Magistrados Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, en su voto particular conjunto, consideran que no vulnera el derecho a la presunción de inocencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo que “impone constatar si el hecho imputado se ha producido o no, o si era o no típico, prescindiendo de cualquier valoración de la conducta del reclamante” (apartado 6). En el plano doctrinal, José Luis Manzanera Samaniego cuestiona el ámbito de aplicación del renovado art. 294.1 LOPJ, las repercusiones económicas de la reforma y el efecto de deber indemnizar a quienes “como más que indiciarios responsables de la criminalidad organizada, sea en el narcotráfico a gran escala, sea en la corrupción política o institucional, resultan después absueltos por falta o insuficiencia de pruebas, entre cuyas causas pueden hallarse la muerte o desaparición de los testigos de cargo” [en “La indemnización por prisión provisional tras la STC 85/2019”. *Diario La Ley* 9759 (2020), apartado II].

15 STEDH (Sección Tercera) Vlieland Boddy y Marcelo Lanni, de 16 de febrero de 2016 (demandas 534651 Y 9634/12), § 39.

16 Este enfoque contrasta con la afirmación, contenida en la Sentencia del Alto Tribunal, de que la finalidad del artículo 294 LOPJ es la compensación del sacrificio especial en aras del interés general (FJ 5). Esta idea olvida que con la prisión provisional “no se está pidiendo un ‘sacrificio’ a un ciudadano, en aras del Estado y de su *munus et ius puniendi*, sino que más bien se le está aplicando una pena anticipada o un anticipo de pena para que ese futuro condenado en sentencia firme no eluda sus responsabilidades mediante la fuga o la destrucción de pruebas” (Rodríguez Ramos, Luis: “¿Ciudadanos o...”, *cit.*, p. 16). Por esta razón resulta conveniente abandonar la idea de compensación y avanzar en la tesis de la indemnización, lo que permitiría “igualar materialmente a todos los absueltos y, de otro, contribuiría a banalizar perjuicios tan graves como la pérdida de libertad del inocente” (Simón Castellano, Pere: “Presunción de inocencia...”, *cit.*, p. 7).

17 STS (Sala de lo Contencioso, Sección Quinta) de 10 de octubre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:3121). Esta idea ya había sido adelantada por Pere Simón Castellano en “Presunción de inocencia...”, *cit.*, p. 8.

18 Ver Jiménez López, María de las Nieves: “Indemnización por prisión preventiva y presunción de inocencia: ¿es necesario un nuevo régimen normativo?”. En Fuentes Soriano, Olga; González Cano, María Isabel y Jiménez Conde, Fernando (dirs.): *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los Tribunales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, pp. 397-404. Y, con carácter general, más recientemente, Domínguez Ruiz, Lidia: “Indemnización por prisión preventiva injusta: evolución del artículo 294.1 LOPJ a la luz de la jurisprudencia nacional y europea”. *Justicia: Revista de Derecho Procesal* 2020/2, pp. 309-342; Urbano Castrillo, Eduardo: “Prisión provisional injusta y solicitud de indemnización”. *Revista de Aranzadi Doctrinal* 2021/6; los trabajos de María de Nieves Jiménez López (“La quiebra de la presunción de inocencia en la motivación de las resoluciones que deniegan el derecho a indemnización por prisión preventiva: la pieza clave de la doctrina del TEDH que no terminan de asumir nuestros Tribunales”) y María Martín Lorenzo (“Presunción de inocencia hasta el final: la indemnización por prisión provisional no seguida de condena”), ambos incluidos en Ruda González, Albert y Jerez Delgado, Carmen (dirs.): *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*. Sepín. Madrid, 2020. Vol. 2, pp. 147-160 y 161-178, respectivamente. También, de esta misma autora, “Prisión provisional y presunción de inocencia: de la adopción a la indemnización por prisión provisional”. En Basso, Gonzalo (coord.): *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2019. Vol. 1, pp. 197-210 y, muy especialmente, la segunda parte de Simón Castellano, Pere y Abadías Selma, Alfredo: *La prisión provisional a examen: su problemática aplicación práctica y el sistema de indemnización por daño sacrificial*. Aranzadi. Cizur Menor, 2020.

tud de cuestiones del régimen indemnizatorio. Así, por ejemplo, respecto a aspectos cuantitativos como la decisión de optar o no por establecer una cantidad fija por cada día pasado en prisión, como en países de nuestro entorno (son los veinticinco euros en Alemania o entre veinte y cincuenta euros en Austria) o de ofrecer criterios adicionales o alternativos de evaluación del daño, como aquellos establecidos ya por el Tribunal Supremo para orientar las decisiones de indemnizar los perjuicios fruto de una privación de libertad. O podrá fijar aspectos cualitativos, como la concreción de un umbral mínimo del sacrificio indemnizable o reglas de modulación o exclusión de la indemnización, en atención, esencialmente, al grado de contribución del sujeto en la adopción de la medida cautelar, operando conforme a los requisitos generales de la responsabilidad: daño individual económicamente evaluable fruto de un sacrificio de especial intensidad no catalogable como limitación del derecho de a cuyo desencadenamiento no haya contribuido el perjudicado¹⁹.

Ahora bien, resulta preciso, en todo caso, que esta nueva delimitación normativa respete los derechos fundamentales. Una regulación que, por ejemplo, excluya la indemnización cuando la privación de libertad se vincule con la investigación o procesamiento por determinados delitos podría ser discriminatoria. Y una norma que tomara en consideración la motivación del órgano penal sentenciador a la hora de absolver (o no procesar) al afectado podría seguir cuestionando, indebidamente, el derecho a la presunción de inocencia. Y,

a la vista de las distintas propuestas doctrinales, este riesgo no es meramente teórico²⁰, sino bastante real.

3. LOS RETOS PENDIENTES

En este último epígrafe centraremos nuestra mirada en otros derechos humanos y fundamentales cuyo reconocimiento o ejercicio efectivo sigue planteando problemas, fácticos o jurídicos, para los reclusos.

3.1. *El derecho de voto de las personas privadas de libertad*²¹

En este caso, los problemas no son jurídicos sino de otro tipo. Desde la aprobación del Código Penal de 1995, la inhabilitación especial puede alcanzar al sufragio pasivo (art. 39.b CP), pero no, en principio, al activo.

No existe problema alguno en privar del derecho de sufragio pasivo a una persona que está privada de libertad, porque tal limitación es lógica, ya que la privación de libertad resulta incompatible con el ejercicio del cargo representativo. Sin embargo, si resultaba cuestionable la práctica anterior de restringir también el derecho de sufragio activo de los reclusos. De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que “Una restricción general, automática e indiscriminada del derecho protegido por el artículo 3 del Protocolo núm. 1 debe considerarse que queda fuera de cualquier margen de apreciación aceptable, por muy amplio que sea ese margen en esta materia”²².

19 FJ 7. El Tribunal sí que podría tomar en consideración la actuación dolosa o culposa del perjudicado (FJ 8, en referencia al artículo 295 LOPJ) o la duración o el impacto de la medida en su vida personal y familiar (art. 294.2 LOPJ).

20 Así, por ejemplo, Edorta Cobreros Mendazona afirma que “la justicia requiere compensar por el daño injusto sufrido y esto parece que solo se produce cuando un inocente (*stricto sensu*) ha sufrido la prisión provisional” [en “El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”. *Revista de Administración Pública* 209 (2019), p. 37] y Pere Simón Castellano considera plausible que el legislador pueda “matizar los grados o los supuestos de la absolución” a la hora de fijar las indemnizaciones correspondientes (“Presunción de inocencia...”, cit., p. 8). De este mismo autor, vid. “El sistema de indemnización por prisión provisional injusta en la encrucijada: propuestas y sugerencias constructivas ante la pereza del legislador”. En Simón Castellano, Pere; Abadías Selma, Alfredo y Torres-Dulce Lifante, Eduardo: *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al Albur de la reforma de la LECRIM*. Aranzadi. Cizur Menor, 2021, pp. 355-376.

21 García Roca, Francisco Javier; Dalla Via, Alberto Ricardo y García Vitoria, Ignacio: “El controvertido derecho al voto de los presos y los serios obstáculos a su desarrollo”. En García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.): *¿Hacia una globalización de los derechos?: el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Aranzadi. Cizur Menor, 2017, pp. 405-449.

22 STEDH (Sección Quinta) Kulinski y Sabev c. Bulgaria, de 21 de julio de 2016 (demanda 63859/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0721JUD006384909), § 38, entre otras. La misma doctrina se recoge en la reciente STEDH (Sección Cuarta) Dimov y otros c. Bulgaria, de 8 de junio de 2021 (demandas 45660/17 y otras, ECLI:CE:ECHR:2021:1106JUD003008605).

La privación del derecho de voto debe conectarse, en opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la comisión de delitos penales y de forma proporcionada, que atienda a la naturaleza o gravedad de la infracción que haya cometido y a su situación personal. Resulta, pues, incompatible la privación del derecho de sufragio a una persona porque se sospeche, sin condena penal de por medio, que pertenece a la mafia [STEDH Labita (Gran Sala) c. Italia de 6 de abril de 2000 (demanda 26772/95, ECLI:CE:ECHR:2000:0406JUD002677295), §203] o con ocasión de un proceso civil de quiebra [SSTEDH (Sección Tercera) Albanese c. Italia, de 23 de marzo de 2006 (demanda 77924/01, ECLI:CE:ECHR:2006:0323JUD007792401), §§ 48-49; Campagnano c. Italia de 23 de marzo de 2006 (demanda 77965/01, ECLI:CE:ECHR:2006:0323JUD007795501), §§ 48-49; Vitiello c. Italia de 23 de marzo de 2006 (demanda 77962/01, ECLI:CE:ECHR:2006:0323JUD007796201), §§ 42-43; Pantuso c. Italia de 24 de mayo de 2006 (demanda 21120/02, ECLI:CE:ECHR:2006:0524JUD002112002),

En nuestro país, como ya se ha avanzado, no existe esta limitación, sino que se parte de la premisa de que las personas privadas de libertad son titulares del derecho de sufragio activo. Se articula un procedimiento que es razonable en la práctica. Se anuncia el proceso electoral en el tablón de anuncios de la prisión, y se confiere un plazo para que los internos que lo deseen soliciten ejercer el derecho de voto. Se les facilita los sobres y las candidaturas presentadas, y un responsable de correos se desplaza al centro penitenciario para recibir los votos. Obviamente, los presos que se encuentran en tercer grado o régimen de semilibertad pueden ejercer su voto de manera presencial, en el colegio electoral que les corresponda, si han decidido no solicitar el voto por correo.

Sin embargo, el grado de participación de los presos en las elecciones es muy bajo en la práctica. Aunque resulta imposible aludir a las causas de tal absentismo (legítimo, por otra parte), interesa mejorar estas ratios. De un lado porque ésta es la voluntad del pueblo español, expresada en el artículo 25 CE, y porque de esta forma se respetan adecuadamente los derechos fundamentales de los afectados. Pero también, de otro, porque resulta esencial para la resocialización del reo que no pierda su condición de ciudadano²³ y es positivo que

se vea implicado, al igual que sus conciudadanos, en la *res publica*.

El Defensor del Pueblo andaluz, en su interesante Resolución formulada en la queja 15/0856²⁴, realiza una pregunta retórica de si de verdad facilitamos este derecho de sufragio a las personas presas y concluye que, dado que índice de participación de la población reclusa es muy escaso (un 10% del conjunto de ciudadanos en 2015), conviene adoptar algunas medidas. Se proponen, por ejemplo, “preparar acciones informativas especiales para ser desarrolladas en el seno de los recintos penitenciarios”, acometer “actuaciones de especial concienciación de la población reclusa como titular de los derechos de sufragio, salvo razones legales que lo restrinjan”, fomentar “actividades singulares inscritas en las campañas electorales desplegadas en el ámbito penitenciario”, “definir y estudiar las medidas más convenientes para que sean motivo de una concreción conveniada con la Administración Penitenciaria” y evaluar “los índices de participación de la población reclusa en procesos electorales” y adoptar “una programación específica para el control y seguimiento de las medidas adoptadas a la vista de sus resultados”.

Aunque estas reflexiones se realizan en 2015, no parece que deban caer en saco roto, dado que los índices

§§ 33-34; Bova c. Italia de 24 de mayo de 2006 (demanda 25513/02, ECLI:CE:ECHR:2006:0524JUD002551302), §§ 24-25; Vertucci c. Italia de 29 de junio de 2006 (demanda 29871/02, ECLI:CE:ECHR:2006:0629JUD002987102), §§ 45-46; La Frazia c. Italia de 11 de diciembre de 2006 (demanda 3653/02, ECLI:CE:ECHR:2006:0629JUD000365302), §§ 35-36; Chiumiento c. Italia de 11 de diciembre de 2006 (demanda 3649/02, ECLI:CE:ECHR:2006:0629JUD000364902), §§ 31-32; Vincenzo Taiani c. Italia de 13 de julio de 2006 (demanda 3638/02, ECLI:CE:ECHR:2006:0713JUD000363802), §§ 34-35; y Taiani c. Italia de 20 de julio de 2006 (demanda 3641/02, ECLI:CE:ECHR:2006:0720JUD000364102), §§ 40-41].

Ya en el ámbito penal, el Tribunal de Estrasburgo considera que vulnera el derecho de sufragio la privación generalizada del derecho de voto a toda persona condenada, presente en el Reino Unido [SSTEDH Hirst c. Reino Unido (demanda 74025/01, Sentencias de la Sección Cuarta de 30 de marzo de 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0330JUD007402501, § 51 y de la Gran Sala de 6 de octubre de 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD007402501, § 81). En la posterior STEDH (Sección Cuarta) Greens y M.T. c. Reino Unido de 23 de noviembre de 2010 (demandas 60041/08 y 60054/08, ECLI:CE:ECHR:2010:1123JUD006004108), se acuerda no tramitar futuras demandas por idénticos motivos (porque la resolución de la lesión es meramente declarativa), al tiempo que se confieren seis meses al Reino Unido para que reforme la legislación en la materia y aprueba su modificación en el plazo fijado por el Comité de Ministros. Ahora bien, la ponderación que vincule la restricción del derecho con diversos elementos (naturaleza del delito, gravedad de la pena, situación personal del afectado) puede ser acordada por la Ley, y aplicada, en esos casos, de forma automática, sin que sea imprescindible una previa ponderación judicial en la materia [STEDH (Gran Sala) Scoppola c. Italia de 22 de mayo de 2012 (demanda 126/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0522JUD000012605), §§ 102-110, que se separa del parecer previamente expresado por la Sección Segunda en su Sentencia de 18 de enero de 2011 (ECLI:CE:ECHR:2011:0118JUD000012605), § 49].

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que “el artículo 39, apartado 2, de la Carta no se opone a que una legislación de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal excluya de pleno Derecho de entre los titulares del derecho de sufragio activo en las elecciones al Parlamento Europeo a aquellas personas que, al igual que el demandante en el litigio principal, hayan sido objeto de una condena penal por la comisión de un delito grave mediante sentencia que haya adquirido firmeza antes del 1 de marzo de 1994” [STJUE (Gran Sala) Thierry Devigne de 6 de octubre de 2015 (asunto C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648, § 52]. Sin embargo, si el afectado ha sido proclamado electo al Parlamento Europeo está en prisión provisional goza de inmunidad parlamentaria, pudiendo desplazarse al Parlamento Europeo, pudiendo el tribunal nacional solicitar la suspensión de la inmunidad para mantener la privación de libertad [STJUE (Gran Sala) Junqueras Vies de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-502/19, ECLI:EU:C:2019:1115), § 94].

23 Ver, en relación con el Derecho de Estados Unidos, Dharmi, Mandeep K: “La política de privación del sufragio a los presos: ¿una amenaza para la democracia?”. *Revista de Derecho* (Valdivia) 2009/2, disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000200007.

24 Disponible en <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/de-verdad-facilitamos-el-derecho-a-votar-a-las-personas-presas-el-defensor-ha-estudiado-la-cuestion>.

de participación de los reclusos en los procesos electorales siguen siendo escasos en el momento de escribir estas líneas²⁵.

3.2. *El acercamiento de los presos y su vinculación con su derecho a la vida familiar*

La reciente política de acercamiento de presos terroristas a las cárceles del País Vasco y de Navarra está generando un tenso debate político y social en nuestro país. Los principales partidos de la oposición consideran que la actuación gubernamental es reprochable²⁶. Por otra parte, una docena de asociaciones de víctimas del terrorismo critican también la gestión de los presos terroristas realizada por el Ministerio de Justicia²⁷.

En este modesto estudio no pretendemos terciar en este debate político y social, sino examinar si, desde un punto de vista jurídico, hay derechos (fundamentales o humanos) que deban ser ponderados a la hora de decidir qué centro penitenciario debe ser asignado a un recluso. Y lo hacemos, obviamente, con el debido y merecido respeto a las víctimas del terrorismo.

Como es sabido, el modelo de dispersión terrorista “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 fijados²⁸.

Desde entonces ha sido habitual que el cumplimiento de las condenas se hiciera en prisiones en ocasiones muy alejadas de sus localidades de origen. Y la misma dirección han seguido las autoridades galas en nuestro país vecino.

La duda es si una decisión de este tipo puede comprometer el derecho a la vida familiar de las personas privadas de libertad y de sus familiares. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte, en su razonamiento, de una premisa evidente y es que del Convenio no cabe inferir el derecho del detenido a elegir el establecimiento penitenciario en el que se le acoge²⁹. Ahora bien, el Tribunal considera que el hecho de mantener a una persona en una prisión tan alejada de su familia que cualquier visita sea de hecho muy difícil, si no imposible, puede, en circunstancias excepcionales, constituir una injerencia en su vida familiar. Y es que “visitar al detenido es un factor fundamental para el mantenimiento de la vida familiar³⁰. Ahora bien, la

25 Ver Morales, Fernando: “¿Pueden los presos votar en las elecciones generales?”. *Madridánea.com*, disponible en <http://madridaena.com/2019/11/07/pueden-los-presos-votar-en-las-elecciones-generales/>, en donde se indica que en las elecciones generales celebradas en abril de 2019 solamente ha votado el 12,76 % de los presos.

26 Parra, Eduardo: “PP, Vox y Cs claman contra el acercamiento de presos y el resto del Congreso les recuerda que Aznar tiene el récord”. *Europapress* 16/03/2021, disponible en <https://www.europapress.es/nacional/noticia-pp-vox-cs-claman-contra-acercamiento-presos-resto-congreso-les-recuerda-aznar-tiene-record-20210316210331.html>.

27 Ver, por todos, Lázaro, Fernando: “Las víctimas de ETA plantan al Gobierno por su política de acercamiento de presos”. *El Mundo* 25/06/2021, disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2021/06/24/60d37db921efa0d77f8b462e.html>.

28 Nos valemus de este resumen, recogido en el Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección Primera) de 29 de octubre de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:199A), FD 5. Ver, también, Redacción: “Treinta años de dispersión de presos de ETA y acercamientos parciales”. *La Vanguardia* 27/06/2018, disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20180627/45441954464/treinta-anos-de-dispersion-de-presos-de-eta-y-acercamientos-parciales.html>.

29 Decisión Marincola y Sestito c. Italia de 25 de noviembre de 1999 (demanda 42662/98, ECLI:CE:ECHR:1999:1125DEC004266298), § 5.

30 Con cita en las Decisiones adoptadas por la Comisión de Derechos Humanos en relación con las demandas 7819/77, 6/5/78, DR 14, p. 186 y 13756/88, 12/03/1990, DR 65, p. 265. La idea de que resulta conveniente que el preso mantenga sus vínculos familiares y se le ubique en un centro penitenciario se recogen en diversas fuentes de Derecho internacional, pudiendo citarse, entre otros, el punto 17.1 incluido en el anexo la Recomendación REC (2006)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre Reglas Penitenciarias Europeas, disponible en Consejo de Europa: Reglas Penitenciarias Europeas. Documentos de Trabajo, disponible en [185](https://rm.coe.int/16804cc2f1, pp. 6-7; principio 20 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, disponible en https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx, y el punto 79 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos</p>
</div>
<div data-bbox=)

decisión de las autoridades persigue en este caso finalidades legítimas (defensa del orden y de la seguridad pública, prevención de las infracciones penales) y con ellas se pretende específicamente romper los vínculos del reo y su medio criminal de origen, algo necesario dados los vínculos familiares presentes en la mafia.

Un avance significativo se produce en algunas resoluciones relacionadas con el Estado ruso. Y es que resulta lógico pensar que resulta en la práctica imposible mantener una vida familiar si un preso moscovita es recluido en Siberia o el Extremo Norte, porque hay miles de kilómetros de distancia que separan estas regiones de Moscú. Esto es lo que ocurre en el asunto *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*³¹. Aunque las razones esgrimidas por las autoridades rusas (garantizar la seguridad del condenado y evitar el hacinamiento carcelario) son legítimas (§ 845), la injerencia es considerada desproporcionada. El alejamiento no puede justificarse en la pretensión de garantizar su propia seguridad, argumento planteado *ex novo* ante el Tribunal y que no se sostiene (§ 846), y no se entiende que si había hacinamiento en las cárceles de Moscú se optara por prisiones ubicadas a varios miles de kilómetros, lo que contravenía la propia normativa rusa (§§ 847 y 849). Pues bien, “en ausencia de un método claro y previsible de distribución de los condenados entre las colonias penales, el sistema no ‘proporcionó una medida de protección legal contra la interferencia arbitraria de las autoridades públicas’ [...]. En los casos de los demandantes, esto condujo a resultados incompatibles con el respeto” de su vida privada y familiar (§ 850). También sobre Rusia se dictara la muy relevante Sentencia *Polyakova y otros*³² en la que el Tribunal de Estrasburgo irá más lejos al considerar “que la ley rusa no contiene ningún requisito que obligue a la Autoridad federal rusa peni-

tenciaria a considerar, antes de apartarse de la regla general de distribución, las posibles implicaciones que la ubicación geográfica del establecimiento penitenciario pueda tener en la vida familiar de los presos y sus familiares, que no establece por una oportunidad efectiva de trasladar a un recluso a otro centro penitenciario por motivos relacionados con el derecho al respeto de la vida familiar, y que no permite a una persona obtener una revisión judicial de la proporcionalidad de la decisión de la FSIN a sus intereses creados en el mantenimiento de los lazos familiares y sociales” (§ 116). Se considera que la injerencia, (que impidió, por ejemplo, que un recluso no pudiera despedirse de su madre antes de que ésta falleciera o frustró todo contacto entre un joven condenado y su padre), no fue conforme a la Ley (§ 118) y vulnera el art. 8 CEDH (§ 119).

La posterior Sentencia *Voynov*³³ es, si cabe, más contundente: “El Tribunal ya ha analizado el sistema legal interno ruso en el contexto de la distribución geográfica de los presos [...] y concluyó que este último no brindaba una protección legal adecuada contra posibles abusos, y que el artículo 73, apartados 2 y 4, y el artículo 81 CES no cumplían con el requisito de ‘calidad de la ley’”³⁴.

En el asunto *Vintman*³⁵ se constata la violación del artículo 8 CEDH que trae causa de que las autoridades ucranianas denieguen el acercamiento de un preso a la residencia de su madre (mayor, con salud quebradiza), impedida para realizar viajes de doce horas de duración para poder recorrer los setecientos kilómetros que los separan. Aunque considera que la restricción está prevista en la Ley y se justifica en una finalidad legítima (prevenir el hacinamiento carcelario y mantener la disciplina en las cárceles, § 99), considera que es desproporcionada. Y es que la afirmación de que no hay lugar

de Naciones Unidas, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, y disponibles en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>. A estas mismas fuentes alude el Magistrado Sáez Valcárcel en el Voto Particular que será detenidamente examinado en este trabajo.

31 STEDH (Sección Quinta) *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*, de 25 de julio de 2013 (demandas 11082/06 y 13772/05, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD001108206).

32 STEDH (Sección Tercera) *Polyakova y otros c. Rusia*, de 7 de marzo de 2017 (demandas 35090/09, 35845/11, 45694/13 y 59747/14, ECLI:CE:ECHR:2017:0307JUD003509009).

33 STEDH (Sección Tercera) *Voynov contra Rusia*, de 3 de julio de 2018 (demanda 39747/103, ECLI:CE:ECHR:2018:0703JUD003974710).

34 § 50, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional Ruso de 28 de marzo de 2017, recurso 599-O.

35 STEDH (Sección Quinta) *Vintman contra Ucrania*, de 23 de octubre de 2014 (demanda 28403/05, ECLI:CE:ECHR:2014:1023JUD002840305). Ver también la STEDH (Sección Quinta) *Rodzevillo c. Ucrania*, de 14 de enero de 2016 (demanda 38771/05, ECLI:CE:ECHR:2016:0114JUD003877105). En esta última resolución, el Tribunal estima que “las autoridades competentes adoptaron un enfoque formalista y restrictivo al interpretar y aplicar la legislación pertinente. No parece que hayan intentado, de manera significativa, valorar los argumentos del solicitante y su madre con respecto a su situación personal, incluidas las graves limitaciones presupuestarias y relacionadas con la salud en la capacidad de los padres del solicitante para viajar para visitarlo en el” centro penitenciario asignado (§ 85). Por tal motivo, se concluye que “la injerencia en la vida familiar del demandante en el presente caso, sobre la base de la ley, según la interpretación y aplicación de las autoridades nacionales, no era ‘necesaria’ en una sociedad democrática en el sentido del artículo 8 § 2 del Convenio” (§ 86).

disponible en ningún centro penitenciario más cercano no se refleja en el expediente (§ 101) y, “como se puede juzgar por sus respuestas, la situación personal del demandante y su interés en mantener sus lazos familiares nunca fueron evaluados [por las autoridades], y nunca se adujeron razones relevantes y suficientes para la injerencia en cuestión” (§ 103). Pero es que, además, dada la “falta de claridad tanto en la legislación como en la práctica judicial en cuanto a la competencia de los tribunales administrativos para conocer las decisiones de las autoridades penitenciarias sobre el traslado de presos de un establecimiento penitenciario a otro” (§ 115), se considera que no existe un recurso efectivo en esta materia de denegación de solicitudes administrativas de acercamiento carcelario, lo que vulnera el art. 13 CEDH en relación con el 8 del mismo cuerpo normativo.

¿Cuál ha sido la posición del Tribunal en relación con las personas condenadas por actividades terroristas? Todos los asuntos habidos hasta el momento han concluido en la no vulneración del artículo 8 CEDH.

Así, por ejemplo, en el asunto Bellomonte³⁶ ha entendido que Italia no ha sobrepasado el margen de apreciación del que dispone al establecer “un método claro y previsible de reparto de presos (terroristas) que apela a medidas de seguridad reforzadas” (§ 76), consistente en agrupar en la misma prisión a todos los terroristas de extrema izquierda de nueva generación (§ 74). Es de justicia indicar que también toma en consideración que la distancia entre la localidad donde reside la esposa y la del centro penitenciario no era desmesurada y que la ausencia de vuelos directos no era un obstáculo insuperable (§ 77).

En relación con la banda terrorista ETA el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado dos relevantes decisiones de inadmisión, una en relación con la República francesa y otra en relación con el Reino de España. La primera es Labaca Larrea y otros c. Francia³⁷, y la inadmisión del recurso se apoya en cuestiones puramente fácticas. En primer lugar, aunque se quejan

del traslado a la cárcel Lyon-Corbas, la distancia que hay entre éste y el domicilio de sus allegados es similar al que había del centro penitenciario parisino en el que se encontraban anteriormente (§ 43). En segundo lugar, los recurrentes han disfrutado de visitas y conversaciones telefónicas muy numerosas en la prisión de Lyon (§ 44), por lo que no queda claro que el traslado persiguiera, como sostiene el recurrente, obstaculizar sus contactos con la familia (§ 45). En resumen, los inconvenientes denunciados no constituyen una injerencia en su derecho al respeto de la vida familiar (§ 46).

En lo que atañe al asunto Fraile Iturralde c. España³⁸, la inadmisión se justifica en consideraciones jurídicas y fácticas. Antes de entrar en esta materia conviene recordar el muy completo resumen que el Tribunal hace de su jurisprudencia en la materia: “El Convenio no otorga a los reclusos el derecho a elegir el centro penitenciario, y el hecho de que los reclusos estén separados de sus familias (y a alguna distancia de ellos) es una consecuencia inevitable de su reclusión [...]. No obstante, el encarcelamiento de una persona que está tan lejos de su familia que sus visitas se hacen muy difíciles o incluso imposibles puede en ocasiones suponer una injerencia en su vida familiar, ya que la posibilidad de que su familia les visite es esencial para mantener la vida familiar [...]. Por tanto, es una parte esencial del derecho del recluso al respeto a su vida familiar que las autoridades penitenciarias le ayuden a mantener el contacto con su familia directa” (§ 18).

Aplicando estos principios, lo primero que hace notar el Tribunal es que la decisión de no trasladar al preso se fundamenta en normas accesibles y previsibles (arts. 79 LGP y 31 RP), y las resoluciones son impugnables en sede judicial, ya sea en el orden contencioso-administrativo (aunque no lo haya hecho el recurrente) (§ 22) o ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria competente (§ 23), pudiendo intervenir también el Tribunal Supremo o la Audiencia Nacional y, en todo caso, el Tribunal Constitucional³⁹. La medida estaba, pues, prevista en la Ley (§ 25). Los fines de la medida

36 ATEDH (Sección Segunda) Bellomonte c. Italia, de 1 de abril de 2014 (demanda 28398/10, ECLI:CE:ECHR:2014:0401DEC002829810).

37 ATEDH (Sección Quinta) Labaca Larrea y otros c. Francia, de 7 de febrero de 2017 (demandas 56710/13, 56727/13 y 57412/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0207DEC005671013).

38 ATEDH (Sección Tercera) Fraile Iturralde c. España, de 7 de mayo de 2019 (demanda 66498/17, ECLI:CE:ECHR:2019:0507DEC006649817).

39 Debe subrayarse, en positivo, que la decisión de denegar el traslado carcelario solicitado está sometido a un intenso control jurídico. De un lado, la decisión de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 79 LGP y 31 RP). Pero también, de otro lado, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria puede revisar la decisión si considera que compromete los derechos de los penados (art. 76 LGP). Estas decisiones pueden ser también impugnadas (ante el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, respectivamente) y sometidas, finalmente, al conocimiento del Tribunal Constitucional. Sin embargo, es oportuno recordar que en la STC 138/1986/3, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TC:1986:138) se inadmite la demanda de amparo interpuesto con un acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sin haberse servido, previamente, de la vía contencioso-administrativa. La visión amplia sobre la justiciabilidad de la medida se recoge en el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 18 de abril de 2016 que desestima el recurso interpuesto por el preso Fraile Iturralde. La propia Audiencia Nacional ha aclarado que el Juez de

(mejorar la disciplina y fomentar la buena conducta en la cárcel) son también legítimos, como lo es también tratar de evitar que se refuercen los vínculos con la organización terrorista ETA, que “en el pasado suscitó preocupación en materia de seguridad y permitió que la organización terrorista siguiera ejerciendo control sobre sus miembros encarcelados”. También es atendible el objetivo de respetar la dignidad de las víctimas, expuesto por la Audiencia Nacional, evitando que permanezcan cerca de ellas (§ 26). Así que el Tribunal concluye que la injerencia persigue prevenir el desorden y la delincuencia y la protección de los derechos y libertades de otros (§ 27), finalidades que son consideradas legítimas.

Se pregunta el Tribunal, finalmente, si tal restricción ha sido desproporcionada. Y estima que una respuesta negativa se impone a la vista de los habituales contactos que el recurrente ha tenido con su familia (presenciales, telefónicos y postales) (§ 29). No se acredita que los desplazamientos de su familia hayan planteado problemas insuperables (§ 30). Además de que la injerencia en el derecho a la vida familiar es limitada. El Tribunal recuerda también que la misma opera cuando ETA no se ha disuelto, no ha entregado sus armas ni abandonado completamente sus acciones (cosa que ocurrirá en 2018) (§ 31). Es verdad que tras esa disolución se han producido cambios en la política penitenciaria, aunque en este caso el recurrente no ha renunciado a la organización terrorista ETA lo que le impide ser clasificado en tercer grado (art. 72 LGP) (§ 31). Concluye que la medida es proporcionada por “el limitado alcance de las consideraciones de política penitenciaria” aplicadas al recurrente (dimensión jurídica) y que los vínculos familiares se han podido mantener sin que se haya probado que sufrieran de manera significativa (dimensión fáctica) (§ 32).

Hasta aquí una somera exposición de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, y de los matices que presenta en relación con los condenados por delitos terroristas. Nuestra intención es someter a juicio crítico el Auto adoptado en el asunto Fraile Iturralde.

Y conviene recordar, para entrar en materia, que a la política de dispersión de los presos etarras le siguió, por 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 que quiebra alguna del principio de igualdad”⁴⁰.

Nuestra duda es si los presupuestos que han regido la política de dispersión terrorista y la vía Nanclares son hoy válidos, tal y como se razona detenidamente en el Auto de la Audiencia Nacional.

Nos parece difícil que se pueda afirmar seriamente, hoy, que existe un control de la banda armada porque ésta, como tal, ha pasado a la historia. Resulta un poco artificial realizar construcciones ideales, como es la de afirmar que se ha producido el cese definitivo de la actividad armada, pero que eso no supone su disolución o cesación global de su actuación (así se sostiene en el citado Auto de la Audiencia Nacional, FD 5). En esta misma línea de argumentación también parece forzado afirmar que podría “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 es que, como bien se indica, esa posibilidad responde a una situación histórica y hoy difícilmente repetible.

Tampoco parece que deba ser atendible, en este caso, “el respeto debido a la dignidad de las víctimas, que se vería quebrantado, si sus victimarios residiesen en instituciones próximas”. No resulta exigible, con carácter general, que los delincuentes estén recluidos en centros penitenciarios necesariamente alejados del domicilio de sus víctimas. No se aprecia que forma su dignidad se ve menoscabada.

Más enjundia tiene el argumento de que esta medida podría proteger “el propio derecho de los internos a su resocialización, en especial aquéllos que manifiestan

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” [Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección Primera) de 29 de octubre de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:199A), FD 2.3.b].

⁴⁰ Nos valemos nuevamente de este resumen, recogido en el Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección Primera) de 29 de octubre de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:199A), FD 5.

una voluntad seria de apartarse de los dictados de la dirección terrorista⁴¹. No es imposible que un preso terrorista que decidiera colaborar con la justicia pudiera encontrarse con problemas provocados por otros reclusos, y que, en tales casos, se deban adoptar medidas para su protección. Estaríamos, esto sí, en supuestos específicos y concretos, sin que pudieran aplicarse medidas generales y preventivas. Y, además, sería posible articular medidas menos gravosas que el alejamiento a otras prisiones⁴².

Siendo también cierto que “la concentración masiva de condenados por delincuencia organizada, es una máxima de experiencia casi nunca beneficia la resocialización”, deberán adoptarse medidas en los casos en los que se haya constatado la existencia de un problema, y las soluciones que se articulen deben ser respetuosas con los derechos humanos y fundamentales.

El Magistrado Ramón Sáez Valcárcel va más lejos en el Voto Particular discrepante que acompaña al Auto de la Audiencia Nacional. Defiende, en primer lugar, que la restricción del derecho fundamental debe estar expresamente contemplada en la Ley, lo que no ocurre en este supuesto. Se podría cuestionar si estaríamos en un supuesto de inexistencia de norma o si, existiendo ésta, posee, o no, suficiente calidad para restringir un derecho fundamental. Pero lo cierto es que este debate pierde interés si se recuerda que nuestro Tribunal Constitucional ha declarado, de forma meridianamente clara, que no hay un derecho fundamental a que el preso se encuentre ubicado en un centro penitenciario que le permita mantener sus vínculos familiares.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha descartado expresamente esta aproximación en el ATC 40/2017/3c, en el que retoma una (desafortunada) apreciación realizada previamente: “dentro de nuestro sistema constitucional la protección del ‘derecho a la vida familiar’ derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ‘se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad”⁴³.

Esta jurisprudencia constitucional, que nos parece desafortunada, debería ser superada, con la consideración de que el mantenimiento de los vínculos familiares incide directamente en el derecho a la intimidad familiar⁴⁴, especialmente si hay menores afectados⁴⁵. Aunque resulta inevitable que la privación de libertad restrinja estos, puede defenderse que tal limitación debe ser, en principio, proporcionada.

El Magistrado Sáez Valcárcel señala también, y aquí nuestro acuerdo es pleno, que la generalización del régimen de alejamiento de sus domicilios de las personas condenadas por una misma categoría de delitos “contraviene la debida individualización del tratamiento que exige el artículo 62 de la Ley general penitenciaria”

41 Para Andrés Díaz Gómez “resulta paradójico afirmar que la llamada ‘dispersión’ puede servir a la ruptura de vínculos criminales y en consecuencia a la reinserción social de personas condenadas por delitos de terrorismo, para decir después” que, “el concreto ámbito de la delincuencia terrorista, se duda de que la finalidad resocializadora de la pena pueda cumplir su función” [en “Sobre la política de dispersión penitenciaria de personas condenadas por delitos de terrorismo: a propósito del Auto 841/2015, de 29 de octubre, de la Audiencia Nacional”. *Revista General de Derecho Penal* 25 (2016), p. 12]. Compartimos esta afirmación, y también que “la compatibilidad de estos traslados con el mandato constitucional resocializador esta fuera de duda, en la medida que estas personas se niegan drásticamente a participar en cualquier tipo de tratamiento penitenciario” (*ibidem*, p. 13).

42 Andrés Díaz Gómez va más lejos, afirmando que resultaría preciso contar con la voluntad del afectado, puesto que un tratamiento resocializador nunca puede imponerse contra la voluntad del penado (*ibidem*, p. 17).

43 El Tribunal cita la STC 186/2013/7, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TC:2013:186), que deniega el amparo a una ciudadana argentina en situación irregular que se la expulsa de nuestro país por la comisión de un delito menor, separándola de su hija menor de nacionalidad española. La afectada recurre ante el Tribunal de Estrasburgo y éste acuerda el archivo de la causa a la vista de que el Reino de España, alcanzando un acuerdo con la víctima, reconoce la lesión de los derechos a la vida familiar y al recurso (artículos 8 y 13 CEDH), dejando sin efecto la expulsión y acordando una indemnización de 19.104,73 euros.

44 Esta es la tesis defendida por el Magistrado Xiol Ríos en el Voto Particular que acompaña al citado ATC 40/2017, al que se adhieren Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré, que evidencia que esta jurisprudencia constitucional no es coherente con otras resoluciones anteriores (SSTC 119/2001, de 24 de mayo, 16/2004, de 23 de febrero, y 150/2011, de 29 de septiembre, sobre el derecho al silencio, la STC 11/2016, de 1 de febrero, sobre el derecho de unos padres a disponer de los restos biológicos de un feto de 22 semanas de gestación, y la STC 201/1997, de 25 de noviembre, que concluye en que la prohibición del usar el euskera en las conversaciones telefónicas con familiares vulnera el derecho a la intimidad).

45 Ver, por todos, Matía Portilla, Francisco Javier: “¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida”. En Matía Portilla, Francisco Javier & López de la Fuente, Graciela (dirs): *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 231-282.

y hace que la medida, considerada en el plano individual, carezca de la proporcionalidad exigible al restringir un derecho humano.

Se pueden utilizar otros argumentos suplementarios que podrían justificar la dispersión, como pueden ser “evitar evasiones, impedir la transmisión de consignas, imposibilitar la celebración de reuniones ilícitas, motines o plantes, garantizar la integridad física de las personas sometidas a la dispersión, prevenir la ausencia de presiones a los funcionarios, evitar manifestaciones, coacciones y otros actos de presión alrededor del perímetro exterior de los establecimientos penitenciarios, afrontar perniciosas relaciones de dominio de unos penados sobre otros”⁴⁶, pero, como acertadamente destaca Andrés Díaz Gómez⁴⁷, su aplicación solamente podría ser entendida si se hiciera un examen individualizado de la situación de cada concreto reo, nunca de forma general y automática.

A la vista de estas consideraciones podría concluirse que, a nuestro modesto entender, la política de dispersión de los presos terroristas puede comprometer seriamente el derecho a la vida familiar del preso y de sus familiares cuando hace inviable el mantenimiento de los lazos afectivos. Y esta aseveración es especialmente válida cuando existen hijos con edades tempranas, porque en estos casos resulta más necesario preservar estos vínculos familiares. No lo impone así exclusivamente el respeto de los derechos humanos, sino también, del derecho fundamental a la intimidad familiar, en una renovada concepción del artículo 18.1 CE que aquí se defiende. Finalmente, también se puede alcanzar esta conclusión de que debe acabarse con la dispersión de los presos si se valora esta cuestión desde la perspectiva de la función resocializadora de la pena.

4. LOS DERECHOS DE LOS PRESOS Y LA FUNCIÓN RESOCIALIZADORA DE LA PENA

En líneas anteriores hemos demostrado que el reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad son cuestiones que plantean retos actuales.

Así, por ejemplo, la relevante STC 85/2019 impone que la interpretación del artículo 294 LOPJ y su aplicación por los tribunales debe modificarse profundamente para respetar el derecho a la presunción de inocencia de las personas privadas de libertad. El Tribunal Constitucional se ha inspirado en la jurisprudencia previa del Tribunal de Estrasburgo en la materia.

Sin embargo, ha seguido una dirección bien diferenciada en relación con las medidas carcelarias que impiden u obstaculizan, de forma injustificada, el contacto entre el preso y sus familiares (especialmente cuando hay menores afectados). Ha entendido que las mismas no inciden en el derecho fundamental a la intimidad familiar constitucionalmente reconocido en el artículo 18.1 CE. Es de esperar que la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia evolucione, ya que de esta forma ofrecerá una mayor protección de la intimidad familiar, en línea con la dictada por el Tribunal de Estrasburgo sobre la vida familiar.

Finalmente, hemos hecho notar que en otras ocasiones el problema no es tanto jurídico sino fáctico, como ocurre con la baja participación electoral de los presos en nuestro país.

Se ha tratado de evidenciar, con algunos ejemplos, que el respeto de los derechos fundamentales de los presos impone variar algunas prácticas, intensificar algunos comportamientos y atender a viejos problemas con renovadas miradas. Podría pensarse que los temas tratados son los únicos que merecen reflexión, pero no es así. Nos hemos centrado en estos para apoyar la tesis con la que queremos concluir este breve estudio, y es que el respeto de los derechos fundamentales de los presos es esencial en el marco de la función resocializadora de la pena. Ésta solamente puede ejecutarse, en un Estado constitucional que merezca tal nombre, garantizando la plena vigencia (teórica y práctica) de todos los derechos fundamentales que sean compatibles con la condena impuesta y que las limitaciones provocadas por la privación de libertad sean necesarias y proporcionadas en su alcance. Hacer consciente al preso de su potencial, como individuo y como ciudadano, es un buen camino que contribuirá, sin duda alguna, a su reinserción social.

46 *Ibidem*, pp. 17-18.

47 Es sin embargo discutible que prueba de la individualización del tratamiento penitenciario sea la vía Nanclares, como el autor sostiene (*ibidem*, p. 19). Si el único factor que opera, estaríamos en presencia de dos regímenes (dispersión vs. acercamiento) que se harían depender de un único hecho, sin ponderar otras circunstancias personales y familiares del afectado.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*




www.tirantonline.com


Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com