

Multiculturalidad y centros penitenciarios*

Fernando Reviriego Picón
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 15.02.2012
Aceptado: 31.05.2012

Resumen: Se abordan en el presente trabajo cuestiones relativas a los símbolos y espacios de la multiculturalidad con relación a un concreto y singular espacio público, los centros penitenciarios; en el contexto por tanto de una relación de sujeción especial. Partiendo de una reflexión que sitúa históricamente el nacimiento de las penas de prisión y la diversa configuración que a lo largo de su devenir histórico ha venido teniendo, se analiza la situación de la pervivencia de los derechos en este marco y de forma más concreta la libertad religiosa y su contenido.

Palabras clave: Multiculturalidad. Espacios públicos. Centros penitenciarios. Derechos fundamentales. Libertad religiosa.

Abstract: *This study analyzes issues regarding to symbols and public spaces in multiculturalism, as related to penitentiary facilities as a peculiar and concrete public space, because it involves a special relationship of submission. Within this theoretical framework, the prevalence of rights and concretely the right to freedom of religion and its content, it's analyzed.*

Key words: *Multiculturalism. Public spaces. Prisons. Fundamental rights. Freedom of religion.*

Sumario: I. Hablemos despacio de espacios... y espacios...—II. Historia y prisión; la prisión en la historia.—III. Una relación de sujeción especial.—IV. Los derechos en los centros penitenciarios.—V. Sobre la libertad religiosa y su contenido.—VI. Símbolos y espacios; huecos y recovecos.

I. HABLEMOS DESPACIO DE ESPACIOS... Y ESPACIOS...

El debate sobre símbolos y espacios de la multiculturalidad reviste una especial particularidad cuando hacemos referencia a un concreto y singular espacio público: los centros penitenciarios. Resulta evidente que existen espacios... y espacios. No resulta posible un tratamiento uniforme de las dife-

* Este trabajo se enmarca dentro de los proyectos de investigación *Constitución y Globalización: transformaciones del Estado Constitucional y Constitucionalismo* (DER2009-10375/JURI) y *Sistema de indicadores de discriminación penitenciaria* (CSO2009-10995), financiados por el Ministerio de Educación y Ciencia.

rentes instituciones o espacios públicos: centros educativos, recintos hospitalarios, centros penitenciarios, etc.; ni siquiera dentro de un mismo contexto las actividades de los sujetos pueden valorarse de forma equivalente.

De forma general, este tipo de debates sobre símbolos y espacios, en el marco de la riqueza y diversidad de nuestras sociedades, están provocando discutidos desarrollos normativos e interesantes tratamientos jurisprudenciales.

En el plano normativo hemos podido asistir incluso a una reciente reforma constitucional; así, la reforma suiza, precedida del preceptivo referéndum, que estableció la prohibición de construcción de minaretes en dicho país¹, cuestión que a nuestro juicio, tal y como se ha articulado, choca de forma directa con los arts. 9 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Mas junto a ello, desde un planteamiento más global sobre la posición del Estado, puede citarse también, para específicos espacios públicos –colegios, institutos–, la emblemática Ley francesa 2004-28, de 15 de marzo, sobre prohibición de prendas o símbolos religiosos; con independencia de que se pueda compartir aquí o no el sentido de esta reforma, la diferencia con el caso anterior es que se hace de forma global y sin un prisma de ataque directo o exclusión hacia una concreta religión, como sucede en el caso suizo².

También las reformas legislativas restrictivas de un amplio número de Länder en Alemania (ocho de los dieciséis) tras la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 24 de septiembre de 2003 en el caso Ludin, donde se analizó la posibilidad o no de que una maestra pudiera portar un *hijab*³.

O, por supuesto, y sin ánimo exhaustivo, a la reciente reforma belga, operada en virtud de la Ley de 13 de julio de 2011, con prohibiciones para todo tipo de espacios públicos.

Todo ello en el seno de ese cambio sobre la conflictividad de la libertad religiosa en Europa de la que nos hablara Grimm⁴.

La casuística, sobre todo en el ámbito educativo nos ofrece múltiples supuestos en uno u otro sentido, y, sin entrar en mayor profundidad, no es lo mismo, por ejemplo, que, en un contexto educativo, pueda portar un velo una

¹ Un análisis de esta reforma puede verse en Anne Petters, “El referendun suizo sobre la prohibición de los minaretes”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 25, 2010, pp. 429 y ss.

² Véase, Jamil Sayab, “La laïcité réaffirmé: la loi du 15 mars 2004”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, nº 4, 2006, pp. 915 y ss.

³ María Ángeles Martín Vida y Sven Müller-Grüne, “¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003, caso Ludin”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 70, 2004, pp. 313 y ss.

⁴ Dieter Grimm, “Conflicts between General Laws and Religious Law”, *Cardozo Law Review*, Vol. 30.6, pp. 2369 y ss. De este mismo autor, “Multiculturalidad y derechos fundamentales”, *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (Ed.), Trotta, Madrid, 2007.

profesora o que lo haga una alumna; existen matices diferenciadores, aunque quizá no deban tener consecuencia alguna. Ello si hablamos sólo de los sujetos, pero tampoco es lo mismo la presencia de un crucifijo en un aula que un crucifijo portado a modo de colgante por algún alumno. Mas, ¿Puede entonces una profesora acudir con *hiyab* a clase? ¿Y con *chador*, *niqab* o *burka*? ¿Puede hacerlo una alumna? ¿Qué ocurre con otros símbolos como los crucifijos? ¿Qué líneas cabe trazar en ese debate, si es que fueran precisas, que es la primera cuestión a desentrañar, desde lo público? ¿Con base a qué criterios?

Algunas de estas cuestiones han sido objeto de interesantes pronunciamientos judiciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los últimos tiempos. Desde el plano del docente podemos recordar entre otros el caso *Lucía Dahlab v. Suiza* (STEDH de 15 febrero de 2001); desde el plano del discente los casos *Leyla Sahin v. Turquía* (STEDH de 10 de noviembre de 2005. Gran Sala) o *Dregu y Kervanci v. Francia* (SSTEDH de 4 de diciembre de 2008)⁵; o, también, desde el propio espacio de docencia, el caso *Lautsi –I y II–* (SSTEDH 3 de noviembre de 2009 y 18 de marzo de 2011 –Gran Sala–).

En nuestro país, en el seno de interesantes debates, contamos también con ejemplos en este ámbito educativo (velo y crucifijo en las aulas⁶), mas no sólo ahí, ámbito judicial⁷, espacios públicos municipales⁸, cámaras legislativas⁹, etc.

⁵ Sobre esta materia, aunque desde una perspectiva más amplia, Benito Aláez Corral, “Reflexiones jurídico constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, pp. 475 y ss.

⁶ Con relación al tema del crucifijo en las aulas, véase la STSJ de Castilla y León de 14 de diciembre de 2009.

⁷ Recordemos por ejemplo que durante la celebración de un juicio en noviembre de 2009 en la Audiencia Nacional contra una red yihadista, el Tribunal obligó a una letrada a desprenderse del *hiyab* que portaba (que en otros procesos lo viene utilizando sin problema alguno), sobre la base de las previsiones del art. 37 del Estatuto General de la Abogacía; la posterior denuncia presentada por ésta contra dicha decisión ante el Consejo General del Poder Judicial terminó siendo desestimada. En el curso de ese mismo procedimiento se obligó también a una testigo que portaba *burka* a descubrir su rostro durante la declaración.

Sin entrar con mayor profundidad en este punto lo cierto es que los dos supuestos son absolutamente diferentes.

⁸ Con relación al uso del velo integral, *Nikab* o *Burka*, cabe destacar que diferentes ayuntamientos de Cataluña han prohibido el acceso a instalaciones municipales portando tales símbolos o prendas. Junto a ello, algunos ayuntamientos han suspendido temporalmente la concesión de licencias para construir y abrir centros de culto (así lo hizo por ejemplo el Ayuntamiento de Salt, en la Comunidad de Cataluña, con el objeto de impedir la construcción de una nueva Mezquita).

Cabe apuntar que en estos espacios, y en otras ocasiones, los debates han venido provocados por la solicitud de retirada de crucifijos; vid., a modo de ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza, de 30 de abril de 2010.

⁹ Tras las elecciones autonómicas de Valencia celebradas en mayo de 2011 y la consiguiente constitución de las Cortes se desató la polémica cuando el Presidente de las mismas colocó un crucifijo en la mesa de la Asamblea.

Tras este breve apunte que únicamente quiere poner de relieve que los espacios son diferentes, lo cierto es que en el caso de los centros penitenciarios las diferencias son mucho mayores.

A diferencia de otros espacios como los *supra* referidos aquí partimos del dato de su carácter cerrado, con la pérdida de libertad de movimientos del recluso. Una reducción que no supone evidentemente una limitación del resto de derechos (luego abordaremos con más detalle esa idea) pero si tiene consecuencias directas en muchos de ellos.

El estado de encierro limita lógicamente, por ejemplo, su acceso a lugares entre los que se cuentan los lugares de culto; ello salvo que la Administración lo solvente, como así es efectivamente. La emblemática y centenaria Ley francesa que estableció la separación Iglesia Estado era plenamente consciente de este dato y recogía así una expresa previsión al ámbito penitenciario¹⁰.

Pero, ¿en qué medida es diferente? ¿Qué consecuencias conlleva? ¿Qué supuestos pueden darse?

Subrayemos que nos encontramos en un contexto, los centros penitenciarios, en el que no debemos olvidar que convive un importante porcentaje de reclusos extranjeros, más de un treinta y cinco por ciento del total cuando hace una década apenas llegaba al veinte¹¹, con toda la problemática que ello puede conllevar en la coexistencia en lo relativo al tratamiento, integración o convivencia *intramuros*, por mor de la mezcolanza de diferentes idiomas, culturas, costumbres o religiones¹²; leíamos hace no mucho en un titular de prensa relativo a un centro penitenciario lo siguiente: “una torre de babel en la cárcel de Topas”¹³.

Un fenómeno que es habitual en muchos países europeos (Alemania, Francia, Italia o Reino Unido¹⁴ son buen ejemplo) y que ya provocaron por

¹⁰ Art. 2 de la Ley de 9 de diciembre de 1905 relativa a la separación entre las Iglesias y el Estado: «La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1^{er} janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes. Pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que (...) prisons (...) »

¹¹ Las últimas estadísticas señalan que de 73.576 reclusos, 26.182 son extranjeros. El crecimiento exponencial del número de reclusos extranjeros llevó a aventurar hace no pocos años que quizá para estas fechas pudiéramos contar incluso con un porcentaje de reclusos extranjeros parejo al de nacionales, Elisa García España, “Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4, 2003, págs. 43 y ss.

¹² Entre los reclusos extranjeros los de origen marroquí son el colectivo más numeroso, siendo también elevado el número de reclusos de origen argelino.

¹³ En el momento de la publicación de dicho artículo el 80% de los reclusos de dicho centro eran extranjeros, lo que a juicio del sindicato ACAIP hacía que la convivencia diaria en el mismo fuera difícil y peligrosa (un centro, por otro lado con una tasa de ocupación entonces del 172%).

¹⁴ En el caso del Reino Unido se destinaron en 2007 incluso de forma exclusiva varios centros penitenciarios únicamente para la reclusión de extranjeros; según se señaló desde

sus problemas subyacentes una recomendación del Consejo de Europa en la materia tres décadas atrás¹⁵; entre las cuestiones apuntadas se abundaba en la necesidad de intensificar el tratamiento con extranjeros en orden a favorecer la reinserción o, mejor dicho, la inserción.

Evidentemente este es un tema al que no es ajeno lo que ahora abordamos.

Y todo ello en el marco, no podemos dejarlo de lado en modo alguno, de centros masificados. Las cifras son reveladoras pese a que en los dos últimos años hemos asistido a estancamiento en las cifras, incluso un cierto descenso¹⁶; cerca de setenta y cuatro mil reclusos repartidos (de los que casi la cuarta parte serían preventivos) en ochenta y dos centros penitenciarios, cuando al comenzar la década de los noventa apenas se contaba con poco más de treinta mil.

Referido lo anterior, y antes en estos debates, parece oportuno primero abordar de forma específica el ámbito que nos ocupa, su singular naturaleza, partiendo de un rápido apunte histórico sobre sus características, así como las consecuencias que en un plano genérico determina en la pervivencia de los derechos.

II. HISTORIA Y PRISIÓN; LA PRISIÓN EN LA HISTORIA

Más allá de la propia conexión religiosa que nos trae de forma inmediata la noción misma de centro “penitenciario” hay que tener muy presente que la historia de la prisión, en los términos en que es concebida en la actualidad, por mucho que pudiera parecernos que existe *ab aeterno*, tiene un relativamente corto recorrido, especialmente si lo comparamos a otras penas, no en vano en sus primeros momentos, como es sabido, se vincula esencialmente a una idea de detención y custodia previa al castigo. Sin pretender hacer un largo *excursus* sobre esta cuestión, pues escapa al objeto de este estudio, aunque resulta preciso para su adecuada comprensión, podemos apuntar ejemplificativamente esa clásica cita del *Digesto* al abordar esta materia, donde Ulpiano reseñaba “*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debent*”¹⁷. En nuestro entorno más cercano, podemos leer en *Las Par-*

la Inspección de prisiones ello aumentaba la eficacia de los recursos disponibles para atender por razones de cultura o idioma al centralizarlos en pocos lugares y no a lo largo de toda la red carcelaria.

¹⁵ Rec (1984)12.

¹⁶ Como señaló la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2011 si bien los datos de descenso (alrededor de 76.000 reclusos en 2009) parecen “entrar en colisión con lo que pudiera preverse en un período de crisis económica y desempleo, debe asociarse a diversas causas, como son la potenciación de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, y la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 que ha incidido y va a incidir a corto y medio plazo en una excarcelación del colectivo de personas condenadas por delitos contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, posibilidad de reducción facultativa de la pena en casos de pequeño tráfico, y la posibilidad de expulsión sustitutiva parcial de ciudadanos extranjeros en fase de ejecución de sentencia, que podrá ser aplicada retroactivamente contando con la petición del reo”.

¹⁷ *Digesto* (Lib. 48, Tit. XIX, Frag. 8, parág. 9).

tidas que “la cárcel debe ser para guardar los presos, e non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ellas” así como “la cárcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados”¹⁸. Aunque podríamos hacer una extensa relación de otros ejemplos basten estos para poner de manifiesto esa idea referida.

La reclusión es una pena característicamente burguesa, como apunta Ferrajoli¹⁹, que no impide que “atisbos de cárcel-pena se puedan rastrear en los derechos punitivos de muchos pueblos antiguos”²⁰. Como se ha señalado, no ha sido el capricho del legislador ni la casualidad los que “han hecho del encarcelamiento la base y el edificio casi entero de nuestra escala penal actual: es el progreso de las ideas y el suavizamiento de las costumbres”²¹. Como destaca Pérez Luño la proyección de la tutela de los derechos a este ámbito no es sino una conquista de la modernidad, no en vano los testimonios de inquietud por la situación de los detenidos en otros períodos anteriores eran más reivindicaciones del derecho a la libertad que a la de garantías para la situación de los penados²². Antes del iluminismo jurídico, como de forma muy ilustrativa lo retrata este autor, “la situación de los penados era similar a la de los condenados en el Infierno de Dante. A ellos se les podía hacer extensiva la célebre admonición: *Lasciate ogni speranza voi ch' entrate*”²³.

Por lo que hace referencia a nuestro ordenamiento la doctrina suele cifrar en el inicio del reinado de Isabel II, durante la Regencia de María Cristina, la línea divisoria de la historia de la legislación penitenciaria²⁴ con la aprobación

¹⁸ *Las Partidas* (Ley 2ª, Tit. II, Partida VII; Ley 4ª, Tit. II, Partida VII).

¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, (con prólogo de Norberto Bobbio), Trotta, (9ª ed.), 2009, pp. 390 y ss.

²⁰ Como apunta Téllez Aguilera “si bien la regla general de la función del encarcelamiento hasta, como mínimo, el siglo XVI es la de mera custodia del reo hasta el momento del juicio o de la ejecución de la pena, existen numerosos testimonios que testifican el no desconocimiento total de la cárcel-pena en épocas anteriores”, *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998, p. 24. Véase, también, Elías Neuman., *Prisión abierta*, Depalma, Buenos Aires, 1962.

²¹ Van Meenen, “Congrès pénitentiaire de Bruselles”, *Annales de la Charité*, 1847, cit. en Michel Foucault, *Vigilar y Castigar* (1975).

²² Antonio Enrique Pérez Luño, “Las generaciones de derechos humanos en el ámbito penitenciario”, *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, p. 39.

²³ *Ibidem*, p. 40.

²⁴ En ese sentido, por ejemplo, Luis González Guitián, “Evolución de la normativa penitenciaria española hasta la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº extraordinario, 1, 1989; Crítico con la importancia de esta ordenanza se muestra Francisco Tomás y Valiente, “Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los Borbones”, *Obras completas*, CEPC, Madrid, 1997, p. 5394. Un apunte sobre la evolución histórica de la normativa penitenciaria puede verse en Eugenio Arribas López, *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, Ministerio del Interior, Madrid, 2009, pp. 31 y ss.

de la Ordenanza General de Presidios del Reino²⁵ (como nos recordará Joaquín Mantecón, la existencia de una especie de servicio de asistencia religiosa, realizada bajo control estatal, se remonta a esta Ordenanza²⁶) por más que en el Código Penal de 1822 ya se habían establecido como penas corporales el presidio, la reclusión en una casa de trabajo y la prisión en una fortaleza. Previo a ello inexcusable reseña es nuestra emblemática Constitución gaditana, ahora en su bicentenario, que, recordemos, estableció de forma destacada en su artículo 297 que “Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos”²⁷. Idea que había sido plasmada de idéntica forma en el artículo 21 del dictamen del proyecto de Reglamento elaborado por la Comisión de Justicia de las Cortes de Cádiz “para que las causas criminales tengan un curso más expedito que los perjuicios que resultan a los reos de una arbitrariedad de los Jueces”; así, que “Las cárceles no son para molestar a los reos, sino para su custodia; y deberán ser las más anchurosas y sanas, y con las comodidades posibles”²⁸. Como apuntará Alzaga nos encontramos ante una “singular mixtura de prevenciones de abusos sufridos en el pasado, de aportaciones de las primeras declaraciones de derechos europeas y de los Estados federados norteamericanos, de las mejores prácticas procesales de la nueva Europa liberal y de principios derivados de la concepción cristiana de la dignidad de la persona. Entretejido que pone los cimientos de nuestra práctica humanitaria en prisiones”²⁹. Sin querer abundar en estos puntos, apuntar por último la importancia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 en el tratamiento de detenidos y presos³⁰.

Un “mal necesario” como apuntará con acierto la propia exposición de motivos de nuestra Ley Orgánica general Penitenciaria³¹; texto que, como es

²⁵ Real Decreto de 14 de abril de 1834.

²⁶ “La asistencia religiosa en el sistema penitenciario español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico*, vol. XII, 1996, p. 239.

²⁷ Punto al que se añadía que el Alcaide de la prisión tendría a estos en buena custodia y separados los que el juez mandare sin comunicación, más nunca en calabozos subterráneos ni malsanos. En artículos posteriores de este mismo cuerpo normativo se hará referencia a los visitantes de cárceles y a la frecuencia de su actividad, que habría de fijarse por ley.

²⁸ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, 19 de abril de 1811, p. 895.

²⁹ Oscar Alzaga Villaamil, “La justicia en la Constitución de 1812”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011.

³⁰ Víctor Moreno Catena, “Proceso y prisión”, *Historia de los derechos fundamentales. El contexto social, cultural y político de los derechos. Los rasgos generales de su evolución*, Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García, Rafael De Asis Roig, Javier Ansuategui Roig, (Dir.), Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2007, pp. 783 a 817.

³¹ La importancia dada por el legislador a este cuerpo normativo se pone de manifiesto en que fue la primera Ley Orgánica en ser aprobada tras la entrada en vigor del texto constitucional; la segunda fue la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

bien sabido, no quedó recogida en el texto definitivo de la norma. Recordemos que se señalaba igualmente como idea destacada que “los cambios de las estructuras sociales y de los regímenes políticos determinarán, sin duda, modificaciones esenciales en la concepción y realidad sociológica de la delincuencia, así como en las sanciones legales encaminadas a su prevención y castigo”, aunque ello no impedía afirmar que resultaba “difícil imaginar el momento en que la pena de privación de libertad pueda ser sustituida por otra de distinta naturaleza, que, evitando los males y defectos inherentes a la reclusión, pueda servir en la misma o en mejor medida a las necesidades requeridas por la defensa social”³².

III. UNA RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL

El Tribunal Constitucional, desde sus primeras sentencias ha venido declarando que los internos en centros penitenciarios se integran en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre aquellos, adquiriendo el estatus específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos.

Ello, al tratarse, según refiere el Alto Tribunal, de una *relación de sujeción especial* en la que acontece una relativización de la reserva de ley, consecuencia del carácter insuprimible de la potestad reglamentaria en ese ámbito, en orden a determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas.

La doctrina las relaciones de sujeción especial, cuyo origen histórico habría que situarlo en la Alemania del siglo XIX (con Schmitthenner como precursor –al ser este autor el primero en utilizar el término diferenciando las relaciones de poder de las relaciones de derecho privado y las relaciones de propiedad—³³, Laband, Jellinek, Mayer...), y a la que en los últimos años se está prestando especial atención en nuestro país³⁴, fue objeto de severas críticas, desde diferentes disciplinas, a la hora de su acrítica traslación al ámbito penitenciario por el Tribunal Constitucional.

³² B.O.C., nº 148, de 15 de septiembre de 1978, p. 3201.

³³ Véase, Iñaki Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones de sujeción especial, Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 39.

³⁴ En nuestra bibliografía puede verse, junto al trabajo de Iñaki Lasagabaster Herrarte ya citado, Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994; Ricardo García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992. Inexcusable reseña merece asimismo el trabajo del profesor Alfredo Gallego Anabitarte publicado hace ya casi medio siglo en la *Revista de Administración Pública* (nº 34, 1961) bajo el título “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración”. En esta misma revista (nº 178, 2009) puede verse también el detallado estudio de otro de los colaboradores de esta obra, Tomás Prieto Álvarez, “La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción”.

Un sector de la doctrina habría llegado a catalogarlo incluso –con una expresión un tanto exagerada, mas ciertamente gráfica– como una suerte de “poder domesticador” del Estado³⁵.

De forma más mesurada, en nuestra disciplina, Cámara Villar apunta, sobre la base de un trabajo de Giannini en el que apelaba a la necesidad de un examen a fondo de la figura, que la razón de este examen puede advertirse fácilmente al tratarse de una “categoría que hunde sus raíces en el seno de una estructura político-constitucional superada, que además no está jurídicamente definida en términos explícitos y cuyos contornos doctrinales, tanto en el plano jurisdiccional como en el científico, son ciertamente magros y evanescentes, por lo que se ha venido prestado sistemáticamente al abuso”³⁶.

La primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se sirvió de dicha caracterización con relación a este ámbito fue en la STC 74/1985 de 18 de junio, caso “Aislamiento en celda y Junta de Régimen y Administración”, con ocasión de la imposición de una sanción a un recluso, donde, sin mayores reflexiones, se señaló que “*Es claro* que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los artículos 104 y ss³⁷ del Reglamento Penitenciario”.

Habría que esperar cinco años para encontrar en la doctrina del Alto Tribunal, junto la referencia a esta configuración, una apelación expresa a los derechos del interno, en orden a articular, en sentido reductivo, dicha relación de sujeción especial. Esto se hace, curiosamente, en la polémica STC 120/1990, de 27 de junio, caso “Huelga de Hambre I”, donde la conclusión final ciertamente no parece cercana a esa idea, por más que nominalmente así se haga.

Las razones de esa generalizada crítica doctrinal son varias.

Por un lado, que en el momento de su adopción por el Alto Tribunal ya llevaba mucho tiempo cuestionada, allí incluso donde tuvo su nacimiento; referencia inexcusable en este punto sería la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* Alemán de 14 de marzo de 1972, justamente con relación al ámbito penitenciario³⁸. Como se ha apuntado, esta decisión y la posterior aprobación de la ley penitenciaria “no sólo resultaba revolucionaria por cuanto la ciencia jurídica penitenciaria se introducía en un *lenguaje de derechos del penado* al que no estaba históricamente acostumbrado sino que permitía una reformu-

³⁵ En ese sentido, Francisco González Navarro, “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a García de Enterría*, (Tomo II), Cívitas, Madrid, 1991.

³⁶ Gregorio Cámara Villar “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales”, *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico*, Miguel Ángel Aparicio (Coord.), Cedecs, Barcelona, 2001, pág. 117. El trabajo de M.S. Giannini a que se hace referencia es *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1970.

³⁷ Arts. 231 y ss del Reglamento actualmente vigente.

³⁸ “Auch di Grundrechte von Strafgefangenen können nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Eingriffe in die Grundrechte von Strafgefangenen,

lación del propio significado de la pena de prisión³⁹; una decisión que “habría acelerado el parto de la nueva legislación penitenciaria”⁴⁰.

Por otro, a nuestro entender determinante, al encontrarnos ante una construcción que es innecesaria en nuestro ordenamiento al efecto de articular los peculiares contornos de la relación penitenciaria.

Ésta, cabe dibujarla con exclusividad apelando sin más al artículo 25.2 de nuestra norma suprema, que, tras señalar, como primera provisión, la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de esa relación (más allá de imprecisiones técnicas sobre su ámbito subjetivo, en las que no entraremos), determina que se encuentran sujetos a una triple limitación. Éstas, provienen del contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

A la vista de las previsiones constitucionales, y de las tendencias en el ámbito comparado en esta materia, parece llamativo que nuestro Alto Tribunal hubiera de apelar a esta figura al efecto de dibujar esta específica relación jurídica.

Mas, es claro que, como refiere Martínez Escamilla, de su utilidad no cabe ninguna duda puesto que es “un cheque a favor de la Administración, lo cual lógicamente podrá repercutir en una mayor eficacia en la gestión de sus cometidos. ¿Cómo no, si en su actuación, tanto dictando normas como aplicándolas, le aflojamos el corsé del principio de legalidad, de la reserva de ley y del respeto a las garantías de los derechos de los administrados?”⁴¹.

Mapelli, por su parte, señalará que pese a dicha caracterización como tal relación especial de sujeción, el Tribunal Constitucional no ha extraído “las consecuencias que lógicamente debieran de extraerse, sencillamente porque de hacerlo así una reflexión coherente en un plano teórico, pero radicalmente contraria a la legislación penitenciaria e, incluso, al propio texto constitucio-

die keine gesetzliche Grundlage haben, müssen jedoch für eine gewisse Übergangsfrist hingenommen werden. Eine Einschränkung der Grundrechte des Strafgefangenen kommt nur in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des Grundgesetzes gedeckten gemeinschaftsbezogenen Zweckes unerlässlich ist. Es wird Aufgabe eines Strafvollzugsgesetzes sein, eine Grenze zu ziehen, die sowohl der Meinungsfreiheit des Gefangenen wie den unabdingbaren Erfordernissen eines geordneten und sinnvollen Strafvollzuges angemessen Rechnung trägt“, *BVerfGE* 33, 1 (14. März 1972). Sobre el plazo previsto en la sentencia, veáanse los comentarios de Konrad Hesse, en *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.

³⁹ En ese sentido se expresa Borja Mapelli Caffarena, que añade que “en efecto, la estructuración jurídica positiva de los derechos del interno favorece una visión plural y dinámica de la pena y no estática y unidimensional. La teoría de las relaciones especiales de sujeción se corresponden con una visión retributiva de los fines de la pena. En el momento de su ejecución el penado debe sentir la absoluta desprotección jurídica, que se suma al daño físico de la pena. La pena retributiva, la pena absoluta se correspondía con la idea de mal absoluto” “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 19/20.

⁴⁰ Abel Tellez Aguilera, “Aproximación al Derecho Penitenciario de algunos países europeos”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1818, 1998, cit., pág. 700.

⁴¹ Margarita Martínez Escamilla, *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 48/49.

nal”⁴², no en vano, y siguiendo a Díez-Picazo, al amparo de una reflexión sobre las polémicas sentencias de los GRAPO, esta noción doctrinal “no siempre resulta coherente con los postulados básicos del Estado democrático de derecho”⁴³.

En todo caso, cierto es que con posterioridad a esa sentencia apuntada *supra* lo ha venido haciendo con cierta intermitencia; así, más recientemente, en la STC 5/2008, de 21 de enero, caso “Huelga de higiene, o en las STC 2 y 11/2006, ambas de 16 de enero, casos “Informe sobre la Tortura” y “Kale Gorria”, respectivamente, donde se abordaron las implicaciones de la retención a internos por motivos de seguridad de revistas y libros. Y también lo ha hecho prescindiendo en ocasiones de apelación alguna a esta caracterización y utilizando en otros supuestos una terminología alternativa, como por ejemplo la de peculiaridades del internamiento (STC 83/1997, de 22 de abril, caso “Asistencia letrada y procedimiento administrativo”, STC 157/2000, de 12 de junio, caso “Comisión disciplinaria y material probatorio I” o STC 91/2004, de 19 de mayo, caso “Comisión disciplinaria y material probatorio II”). Apuntará el Alto Tribunal, recordando en todos los casos la célebre expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el caso del derecho a la defensa y más específicamente en el de las sanciones disciplinarias las garantías deben aplicarse con especial rigor, al implicar graves limitaciones dichas sanciones a la ya restringida libertad derivada de la pena, “resultando además evidente que las *peculiaridades del internamiento* en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que «la justicia se detenga en la puerta de las prisiones”. En la más reciente STC 59/2011, de 3 de mayo, se hablará de la especial situación de dependencia vital, fáctica y jurídica del recluso ante la Administración penitenciaria.

Estos silencios y el uso ocasional de esa terminología alternativa llevaron a que algún sector de la doctrina apuntara en algunos momentos un cierto abandono del abuso de esta catalogación apuntando que “se huye así del fácil argumento de recurrir al conocido recordatorio de que el interno en un Centro penitenciario se encuentra en una relación de especial sujeción con la Administración penitenciaria”⁴⁴; un argumento comodín utilizado cual bálsamo de fierabrás cuando se considera oportuno⁴⁵.

⁴² Borja Mapelli Caffarena, “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 23.

⁴³ Luis María Díez Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Cívitas, Madrid, págs. 231.

⁴⁴ Abel Téllez Aguilera, *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998, pág. 33. María Josefa Ridaura, por su parte, incide en la importancia de la matización que el Alto Tribunal realizará (en comparación a sus primeras sentencias) respecto de esta relación al entenderse en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales, “El derecho a las comunicaciones en centros penitenciarios: el régimen de comunicaciones y visitas”, *Homenaje al Prof. Dr. J. García Morillo*, Luis López Guerra (Coord.), Tirant, Valencia, 2001.

⁴⁵ Gregorio Cámara Villar, “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales”, cit., pág. 117.

En esa misma línea, aunque partiendo del pronunciamiento de la STC 57/2004, de 28 de febrero, caso “Cacheos con desnudo integral y comunicaciones íntimas de los reclusos”, y de su apelación a los contornos difusos de esta relación de sujeción, Pérez Cepeda señalará que “aunque tardíamente, esta línea jurisprudencial conecta con el discurso revitalizador de los derechos fundamentales que se introdujo en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 14 de marzo de 1972, en la que se afirmaba que una restricción de los derechos fundamentales de los internos en prisión sólo podía justificarse por la necesidad imprescindible de prestación de un servicio público, no, por tanto, para el interés doméstico, siendo necesario, además, que estuviesen respaldadas por una norma que tuviese rango legal”⁴⁶. A lo que añade, en una reflexión de conjunto sobre esta categorización, que “para superar cualquier inconveniente, una postura definitiva nos lleva a rechazar la teoría de la relación de especial sujeción en el ámbito de la Administración Penitenciaria por ser caduca, imprecisa, equívoca, innecesaria, parcial, insuficiente para expresar la complejidad y diversidad de las garantías y derechos que se recogen en el artículo 25.2 de la Constitución”⁴⁷.

De forma similar, al amparo de sentencias anteriores, Rivera Beiras⁴⁸ apunta lo positivo de caracterizar de forma expresa que la justicia ya no se detiene en las puertas de las prisiones, idea recogida, como es sabida, de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Desde una óptica diversa Brage señala que no puede afirmarse que el Tribunal Constitucional haya abandonado la categoría de las relaciones de sujeción especial, por más que sí reconoce que ha disminuido el riesgo de desbordamiento de esta categoría. Apunta igualmente que no parece correcto considerar que la función que cumple esta categoría quede subsumida por el principio de proporcionalidad; a ello añade que si bien no se trata de una categoría jurídica insustituible, sí puede ser una categoría funcional para explicar determinadas situaciones jurídicas⁴⁹.

Coincide así con el planteamiento de García Macho cuando destaca que este concepto, el de relación de sujeción especial, “es necesario mantenerlo para resolver las dificultades que surgen en aquellas situaciones en las cuales la Administración y el administrado conviven todo el día o la mayor parte del

⁴⁶ Ana Isabel Pérez Cepeda, “Derechos y deberes de los internos”, *Iustel*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Iñaki Rivera Beiras, “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario”, *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, VVAA, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 109.

⁴⁹ Concluirá sus reflexiones sobre esta cuestión reseñando que “ese, y no otro, es el modesto, pero importante, papel que corresponde a toda teoría o técnica jurídica digna de mención y por ello, a nuestro juicio, la institución debe mantenerse”, Joaquín Brage Camazano, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

día, pero al mismo tiempo es ineludible plantear la relación sobre las bases constitucionales establecidas”⁵⁰.

Dicho lo anterior, no carece de interés apuntar que en sede normativa se ha evitado conscientemente la plasmación de esa terminología como antes ya vimos.

Concretamente, es significativo que durante la elaboración del Reglamento Penitenciario se optara en última instancia por su no inclusión en el texto definitivo pese a que se encontraba contenida primigeniamente en el artículo 5 del Anteproyecto. Y ello, al considerarse poco conveniente al tratarse de una locución creada en su origen histórico para justificar tres privilegios de la Administración regia: la relajación del principio de legalidad, la limitación de los derechos fundamentales de ciertos súbditos y la ausencia de tutela judicial de determinados actos administrativos⁵¹. Esto resulta especialmente comprensible, más aún, plausible, pues, como ya hemos reseñado, nos encontramos ante una construcción que, como poco, no resulta necesaria⁵².

En todo caso, más allá de todo ello, lo único cierto es que dicho colectivo puede ser objeto de limitaciones en sus derechos constitucionales que no son de aplicación a ciudadanos comunes.

Mas es claro que su delimitación concreta, su restricción, por tanto, habrá de ser justificada, necesaria y proporcional con el fin perseguido: debe velarse por la seguridad y buen orden regimental del centro penitenciario, al corresponder a la Administración Penitenciaria la retención y custodia de los reclusos. En el bienentendido, repetamos, de que esa acotación o restricción no habrá de ser la norma, sino la excepción, sobre la base del valor preferente de dichos derechos.

Todo lo anteriormente dicho ha de contemplarse con el telón de fondo de la pretendida reeducación y reinserción social de los reclusos de la que nos habla la norma suprema, que, en cualquier caso, no se perfila –conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional– como un derecho fundamental del recluso.

Lo hace, por el contrario, como un mandato al legislador en orden a orientar la política penal y penitenciaria, mas que sirve de parámetro, qué duda cabe, para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales. Y ello sin ser su única finalidad.

⁵⁰ Ricardo García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 253/245.

⁵¹ Ver Dictamen 3.131/95/2.797/95 emitido por la Comisión Permanente el 11 de enero de 1996; cfr., Abel Téllez Aguilera, *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, cit., pág. 24.

⁵² De forma *sui generis*, el Reglamento penitenciario nos hará referencia a una comunidad, a la que se incorpora el interno, que le vincula de forma especialmente estrecha (artículo 5.1 RP).

Tal configuración ha permitido a un sector de la doctrina, defender que se pueda hablar de una clara devaluación de las previsiones del artículo 25.2 del texto constitucional. En ese sentido se manifiesta, por ejemplo, Téllez Aguilera, que apunta que dicha devaluación deriva de la confusión entre los fines de la pena y los derechos que tiene el condenado. Su eventual configuración como tal derecho supone para este autor un “revulsivo para la actuación de la administración penitenciaria que se vería compelida a poner en funcionamiento verdaderos programas de tratamiento, superándose con ello una situación como la actual, en donde la pseudocientificidad de los mismos y la pasividad ante determinadas formas de delincuencia son patentes”⁵³.

Sentado lo anterior, debemos destacar, como hemos apuntado al inicio de estas notas, que han sido muchas y variadas las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional sobre el ámbito penitenciario en estos años; más de un centenar largo de ellas desde aquella, ahora lejana, STC 29/1981, de 24 de julio, sobre presentación de escritos (a efectos de computo de plazos) en el centro penitenciario⁵⁴. De cualquier forma, como vimos anteriormente, todavía hubo que aguardar casi un lustro para que configurara la relación penitenciaria como una relación de sujeción especial.

Una relación que, como el mismo Tribunal ha señalado, tiene contornos difusos al ser en sí mismo imprecisa la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, idea que apunta tanto respecto de esta concreta vinculación como de otras relaciones de sujeción especial existentes.

En su conjunto, como apunta Requejo Rodríguez, tendrían estos cuatro elementos comunes; en primer lugar, y en contra de la pretensión dogmática con que nació, los derechos fundamentales estarían vigentes dentro de las mismas; en segundo lugar, el contenido de tales derechos tiene una extensión menor al coexistir con bienes y funciones constitucionales a cuyo servicio se han instituido éstas; en tercer lugar, la especial intensidad de la sujeción y la limitación del ejercicio de derechos (que en todo caso deberá ser adecuada, necesaria y proporcionada); y en cuarto lugar, las previsiones constitucionales respecto de las mismas⁵⁵.

⁵³ Abel Téllez Aguilera, *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer S.L., Madrid, 1998, pág. 36/37. Véase, también, sin ánimo exhaustivo, Borja Mapelli Caffarena, “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, VVAA, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 24; VVAA, *Curso de Derecho Penitenciario*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 40

⁵⁴ Recordemos, como se señaló entonces, de manera lógica, que debía entenderse que, “el escrito se ha presentado –a los efectos legales– en el momento en que el interno lo entrega a la Administración penitenciaria (puesto que) es la única solución posible para no colocar al interno en una condición de desigualdad ante la ley (artículo 14 CE) ya que de no ser así dispondría de un plazo menor al legal” (STC 29/1981, de 24 de julio). La cursiva es nuestra.

⁵⁵ Paloma Requejo Rodríguez, “Los sujetos de los derechos fundamentales”, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, VVAA, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 96 y ss.

En cualquier caso, coincidimos con Lasagabaster, cuando al abordar de forma global las relaciones de sujeción especial, sin singularizar específicamente el ámbito penitenciario, señala que las relaciones de sujeción especial disfrutaban de una clara explicación de nacimiento, mas no de su existencia actual, pues “su utilización provoca más problemas de los que evita, es caprichosa y especialmente, produce una gran inseguridad jurídica”. De aquí deriva, como lógica consecuencia, la propuesta de su definitivo abandono, pues “la Constitución y las normas generales de la interpretación aportan los instrumentos precisos para hacer innecesario acudir a las denominadas, descriptivas y, jurídicamente, difícilmente definibles relaciones de sujeción especial”⁵⁶. Y en buena medida lo hacemos con Mapelli cuando reseña críticamente que incluso con un discurso contradictorio la jurisprudencia emplea la teoría de sujeción especial “para favorecer una actividad administrativa, sobre todo en el ámbito disciplinario, ajena a los principios y exigencias constitucionales” que “en relación con el sistema penitenciario traspasa el marco penitenciario para servir de fundamento a un sistema penitenciario retributivo en donde el interno ve anulado o esencialmente restringidos derechos fundamentales que son inalienables por mandato constitucional” a lo que añade que “una concepción resocializadora de la ejecución penitenciaria no es imaginable en un sistema penitenciario regido por la idea de la supremacía de la Administración”⁵⁷.

IV. LOS DERECHOS EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

La Constitución recoge, como es bien sabido, en su art. 25, que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, no pudiendo consistir en trabajos forzados.

Señala de igual forma que el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma (no entraremos a abordar ahora las deficiencias técnicas respecto del sujeto activo), gozará de los derechos fundamentales recogidos en el Capítulo Segundo del Título Primero, aunque con una triple salvedad: aquellos que se limiten expresamente por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

⁵⁶ Iñaki Lasagabaster Herrate, *Las relaciones de sujeción especial*, cit., págs. 425/426.

Desde otros planteamientos, Gregorio Cámara Villar nos habla de una categoría necesitada de clarificación añadiendo que “puede entreverse, pues, que hay un lugar para este concepto en la teoría general de los derechos y libertades fundamentales orientada a la búsqueda para éstos, de manera acorde con su carácter expansivo, de la máxima efectividad” destacando que “el problema es encontrar los criterios que armonicen las exigencias estrictamente tales del ámbito funcional que supone toda relación de sujeción especial con ese valor preferente que ha de otorgarse a los derechos fundamentales tanto en la dimensión subjetiva como objetiva que los cualifican en el Estado Social y Democrático de Derecho”, *Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales*, cit., pág. 137.

⁵⁷ Borja Mapelli Caffarena, “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, cit., págs. 34/35.

A esta previsión, innovadora de por sí, añade que, “en todo caso” tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

La originalidad del artículo no derivaba sólo de la apelación a los fines de la pena, que sí podía encontrarse en aquel momento en algún texto constitucional (así, por ejemplo, en la Constitución italiana⁵⁸) sino especialmente por la expresa reseña a la pervivencia de los derechos, cuestión que suele ser objeto de la específica normativa penitenciaria, y en la mayoría de las ocasiones formuladas no de forma general sino al hilo de específicas cuestiones penitenciarias (por más que podía encontrarse en todo caso una reseña de corte similar en la coetánea Constitución portuguesa⁵⁹).

Muy extensa ha sido la jurisprudencia constitucional en este punto a lo largo de estas tres décadas⁶⁰ aunque en el caso que aquí nos ocupa no contamos hasta la fecha con ninguna resolución en la materia.

Destacable ha sido la labor del Tribunal Constitucional durante este tiempo, ya que, más allá de discrepancias sobre la fórmula teórica articulada para la configuración de la relación penitenciaria, ha sido indudable elemento dinamizador en este campo con su amplia y consolidada jurisprudencia con relación a los derechos fundamentales del interno. Con independencia de que contemos también con algunas sentencias que presentan claros flancos a la crítica, y otras en las que puede echarse de menos cierta audacia, lo cierto es que su copiosa jurisprudencia sobre esta materia, ha permitido que en determinadas cuestiones se produzcan avances significativos en orden a hacer efectiva las apelaciones del artículo 25 de nuestro texto constitucional relativas a los derechos fundamentales del recluso. Así, por ejemplo, en el derecho a la intimidad, donde se ha conseguido atenuar –aunque en puntuales cuestiones–

⁵⁸ “Art. 27. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

⁵⁹ “Art. 30. Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução”.

⁶⁰ Ya hemos visto que la primera ocasión, de forma temprana, fue con ocasión de un tema de presentación de escritos en centros penitenciarios y el computo *a quo* de los mismos (STC 29/1981, de 24 de julio); la última hasta el momento con una sanción disciplinaria como tema de fondo (STC 59/2011, de 3 de mayo), donde el Alto Tribunal llegó a acusar al tribunal cuya resolución se recurría de una “negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional”; aunque vinculado al tema penitenciario, concretamente al ámbito educativo, no podemos tener en cuenta la reciente sentencia del TC de 19 de diciembre de 2011, ya que se orienta no desde la perspectiva del recluso sino desde la de la autonomía universitaria.

De forma más específica, vid. Fernando Reviriego Picón, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008 y Javier Nistal Burón, “30 años de legislación penitenciaria bajo el prisma del Tribunal Constitucional”, *La Ley*, nº 7250, 2009.

la indudable afección que sufre el mismo en el ámbito penitenciario, mostrando con claridad hacia donde debe caminar nuestro sistema penitenciario; o también en el ámbito de las comunicaciones; una doctrina que, no sin dificultad, ha terminado por encontrar reflejo en diferentes reformas normativas como la del propio Reglamento⁶¹.

No puede dejarse de lado al hablar de esta materia a la importantísima actuación tuitiva de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Una figura creada *ex novo* acertadamente por la Ley del 79, y que supuso desde su creación un evidente estímulo en orden a hacer efectivos dichos derechos en los centros penitenciarios, sirviendo de elemento correctivo de las desviaciones producidas en tal régimen. Recordemos que entre las competencias de estos se cuenta la de “salvaguardar los derechos de los internos” así como “corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”. Deberán acordar así lo procedente respecto de las diferentes peticiones o quejas que los internos pudieran formular respecto del régimen y tratamiento penitenciario “en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos”⁶².

Tampoco, qué duda cabe, la intensa actividad desarrollada desde la institución del Defensor del Pueblo tanto con la recepción de quejas como mediante las visitas periódicamente realizadas en los diversos centros del sistema penitenciario y que ocupan un importante capítulo en sus informes anuales.

V. SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SU CONTENIDO

Como es bien sabido el artículo 16 de nuestro texto constitucional garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de individuos y comunidades sin más limitaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público; a ello se añade la imposibilidad de obligar a una persona a declarar

⁶¹ Entre las cuestiones introducidas en la reforma del 96 cabe destacar, por ejemplo, las previsiones relativas a los cacheos (acomodando el Reglamento a la doctrina de la STC 57/1994, de 28 de febrero, caso “Cacheos con desnudo integral y comunicaciones íntimas de los reclusos”) o a las comunicaciones con los abogados defensores (STC 58/1998, de 16 de marzo, caso “Comunicaciones con abogado defensor”). Sobre este último punto vid. Javier Nistal Martínez, “La libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa”, *La Ley*, n.º 7383, 2010.

⁶² Cabe apuntar que las deficiencias en su configuración, derivadas de la proclamación genérica de la Ley Penitenciaria y de la necesidad de normas procesales adecuadas para su jurisdicción, llevaron a la presentación de un proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en la VI Legislatura (*BOCG*, CD, Serie A, 29 de abril de 1997, n.º 41-1) que terminaría caducando en virtud de la aplicación del artículo 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados por causa de la disolución de las Cortes Generales (*BOCG*, CD, Serie D, 4 de febrero de 2000, n.º 543). Unido a esto, o mejor dicho, como consecuencia de esto, tienen una indudable relevancia los acuerdos y criterios de actuación adoptados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus reuniones.

sobre su ideología, religión o creencias, así como al hecho de que los poderes públicos (una vez establecido que ninguna confesión tendrá carácter estatal) tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española debiendo mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y demás confesiones.

Como hemos apuntado *supra* el ámbito penitenciario es un entorno cuya peculiaridad deriva de su carácter cerrado, encontrándonos en una relación de sujeción especial.

Antes de entrar en las específicas previsiones contenidas en la normativa penitenciaria cabe apuntar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas en 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, apenas dos décadas después de la experiencia de corto recorrido de la fracasada Sociedad de Naciones, recogen bajo la rúbrica “religión” la previsión de que si el centro penitenciario tiene un número suficiente de reclusos de una misma religión habrá de nombrarse o admitirse un representante autorizado para ese culto, ejerciendo servicio de carácter continuo cuando el número de reclusos lo justifique y las circunstancias así lo permitan. Se establece asimismo que dicho representante deberá ser autorizado para organizar periódicamente servicios religiosos, efectuando, cuando corresponda, visitas a los reclusos, no negándose nunca al recluso el derecho a comunicarse con el representante autorizado de su religión. A ello se añade la autorización al recluso “dentro de lo posible” a cumplir los preceptos de su religión, permitiéndosele participar en los servicios organizados en el establecimiento así como a tener en su poder libros de instrucción religiosa de su confesión.

Por su parte, las Reglas Penitenciarias Europeas (que ya van por su tercera versión; 1973, 1987 y 2006) establecen que el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de los internos debe ser respetado, debiendo organizarse el régimen penitenciario “en la medida de lo posible”, para que se permita a los internos la práctica de su religión participando en los servicios correspondientes (dirigidos por los representantes reconocidos de sus religiones), pudiendo recibir en privado a dichos representantes y poseer publicaciones de carácter religioso o espiritual. Se puntualiza la imposibilidad de que sean compelido a practicar una religión o participar en servicios religiosos o recibir visitas de representantes de cualquier religión.

Teniendo muy presentes las disposiciones anteriores (en el caso de las Reglas Penitenciarias Europeas, su primera versión lógicamente) la Ley Orgánica General Penitenciaria⁶³ contempló en el Capítulo IX de su Título II (Régimen Penitenciario) la asistencia religiosa estableciendo que “La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los me-

⁶³ Un detallado estudio de la normativa penitenciaria puede verse en Tomás Montero Hernanz, *Legislación penitenciaria comentada y concordada*, La Ley, Madrid, 2011.

dios para que dicha libertad pueda ejercitarse” (artículo 54); una previsión similar a la que se recogería poco después en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa⁶⁴, donde se especificó que la libertad religiosa y de culto debía ser acompañada, para su aplicación real y efectiva, de la adopción de las medidas necesarias para su facilitación en establecimientos penitenciarios⁶⁵.

Recordemos que entre los elementos protegidos por esa libertad religiosa y de culto, con la consiguiente inmunidad de coacción, se cuenta profesar las creencias que libremente elija o no profesar ninguna, cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus creencias o ausencia de las mismas o abstenerse a declarar; practicar los actos de culto, recibir asistencia religiosa, conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales, no ser obligado a prácticas actos de culto o recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones; recibir e impartir enseñanza o información religiosa; reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas. Inmediatamente a continuación de estas previsiones la Ley Orgánica de Libertad Religiosa contemplaba también el derecho de Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o reunión, designar y formar a sus ministros, divulgar y propagar su propio credo y mantener relaciones con sus propias organizaciones u otras confesiones. Estas últimas previsiones nos interesan en menor medida pues aquí, en el ámbito que nos ocupa, el elemento determinante es el interno, la solicitud o llamada del interno, al que la confesión trata de atender; esto es, aquí la óptica a contemplar es unidireccional,

⁶⁴ Art. 2.3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio.

Cabe apuntar que en diciembre de 1979 se ratificaron los Acuerdos con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos que establecieron en su art. IV que el Estado reconocía y garantizaba el ejercicio de la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en los establecimientos penitenciarios. Para el desarrollo de dicho punto debe estar a lo previsto en la Orden de 24 de noviembre de 1993 por la que se dispone la publicación del Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los establecimientos *penitenciarios*. El hecho de que este último acuerdo posibilitara terminar con el sistema de asistencia religiosa de integración orgánica no impide que, como apunta Joaquín Mantecón Sancho, pueda cuestionarse la oportunidad del sistema adoptado, “La asistencia religiosa en el sistema penitenciario español”, cit., pp. 254/255.

Un específico comentario de este acuerdo puede verse en María Moreno Antón, “La asistencia religiosa en centros penitenciarios”, *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 51, nº 136, 1994, pp. 199 y ss.

⁶⁵ De otro lado, debemos reseñar que Cataluña ha sido la única Comunidad a la que se han transferido las competencias penitenciarias (RD 3482/1983, de 28 de diciembre), debiendo tener presente las previsiones contenidas en su Reglamento (se limitó a una breve reseña en materia alimenticia como luego veremos) y de forma más específica a la Instrucción 1/2005, de 27 de abril (vid. asimismo art. 168 E.A). Un comentario de esta instrucción puede verse en Francisca Pérez Madrid, “La asistencia religiosa penitenciaria en Cataluña: la instrucción 1/2005, del dret a rebre atenció religiosa en el medi penitenciari”, *Ius Canonicum*, vol. 46, nº 91, 2006, pp. 219 y ss.

ocupando o llegando la confesión a la institución penitenciaria por esa razón pero de ninguna manera desde un mero acto de proselitismo sin llamada previa.

No es aquella la única referencia que encontramos en la ley penitenciaria a esta cuestión, pues junto al marco general de prescripción relativo a que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad y derechos de los reclusos sin poderse establecer diferencia alguna por razón de creencias religiosas (art. 3), encontramos reseñas más concretas como la relativa a cuestiones alimenticias (art. 21), participación en actividades religiosas (art. 24), distribución del tiempo de forma que puedan quedar atendidas las necesidades espirituales de los reclusos (art. 25), comunicación con sacerdotes o ministros de la religión del recluso⁶⁶ (art. 51) o incluso a las propuestas de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en la materia (art. 77).

En el Reglamento Penitenciario aprobado poco después (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo⁶⁷) las referencias fueron lógicamente más extensas.

Así, junto a la lógica reiteración de la libertad religiosa y la prohibición de discriminación por esos motivos (arts. 5.2 y 3.4, respectivamente), se contempló un capítulo específico sobre esta cuestión insistiendo en la necesidad de garantía de dicha libertad por parte de la Administración facilitando los medios necesarios para su ejercicio (art. 180). Se recogió igualmente de forma expresa la no obligatoriedad de asistencia a ningún acto de culto ni la limitación de asistencia. De forma expresa se hacía referencia al cuerpo de capellanes de instituciones penitenciarias que, caso de haberlo en el centro penitenciario, habrían de ser quienes atendieran de forma general a los reclusos de religión católica (a un sacerdote de la localidad en su defecto); ello sin perjuicio de los acuerdos que pudieran concluirse con otras confesiones.

A tales efectos se establecía la obligación de habilitar un local adecuado para la celebración de actos de culto o asistencia de las diferentes iglesias, confesiones o comunidades religiosas. También, la necesidad de que las normas de régimen interno adoptaran las medidas necesarias para garantizar la asistencia religiosa o las comunicaciones; junto a ello añadía una coletilla final señalando que la actividad religiosa comprendería “todas las actividades que se consideran necesarias para el adecuado desarrollo de la persona” (art. 181). También se insistió en la cuestión relativa a la alimentación conforme a las convicciones filosóficas o religiosas del recluso (art. 220).

⁶⁶ Estas comunicaciones pueden ser intervenidas. Crítico con esta posible intervención y la menor intensidad de su protección se muestra Joaquín Mantecón Sancho, “La asistencia religiosa penitenciaria en las normas unilaterales y acuerdos con las confesiones”, *Ius Canonicum*, vol. XXXVII, 1997, p. 579.

⁶⁷ La Disposición Final Segunda de la Ley estableció en un año, desde su entrada en vigor, el plazo para la aprobación por el Gobierno del reglamento de desarrollo, permaneciendo vigente hasta entonces el Reglamento de Prisiones de 1956 modificado por Decretos de 1964, 1968, 1970 y 1977, en todo lo que no se opusieran a los preceptos de aquella.

Extensísima era la reseña referida a los capellanes (arts. 292 y 293) quienes tendrían a su cargo los servicios religiosos y la asistencia espiritual y enseñanza religiosa de los internos que lo solicitaran; como señalaba el reglamento, con de funciones “cuasi parroquiales”⁶⁸. Como funciones específicas les correspondían: “1. Celebrar la santa misa los domingos y días festivos para facilitar el cumplimiento del precepto dominical a la población reclusa. 2. Organizar y dirigir la catequesis, explicar el evangelio en la misa de los domingos y das de precepto, y dar charlas sobre temas de dogma, moral o formación humana. 3. Administrar los sacramentos e inscribir en el libro correspondiente los datos relativos a bautismos, matrimonios y defunciones acaecidos en el establecimiento, sin perjuicio de que, por medio del director, se de cuenta al registro civil y al párroco para las inscripciones legales. 4. Visitar a los internos a su ingreso en el establecimiento y dedicar, al menos, una hora al día para recibir en su despacho a aquellos que deseen exponerle las dudas y problemas que les afecten. 5. Acudir al establecimiento cuando fuere requerido por el director o quien haga sus veces y despachar con el para darle cuenta de la marcha de las actividades que tiene a su cargo. 6. Organizar y dirigir la documentación administrativa de la capellanía, los inventarios de objetos sagrados y de culto y remitir al centro directivo los partes, informes y estadísticas que este le ordene”. Resulta destacable que no fue sino hasta hace poco menos de una década cuando se declaró a extinguir este Cuerpo de Capellanes de Instituciones Penitenciarias⁶⁹.

En el caso de los establecimientos militares penitenciarios militares, regulados por el RD 3331/1978, de 22 de diciembre, hasta su derogación en 1992⁷⁰, las referencias a los capellanes, como encargados del servicio religioso, eran igualmente muy extensas: le correspondía la instrucción y formación religiosa en los días y horas señalados para ellos, estando subordinado directamente al gobernador en todo lo que no tuviera carácter puramente espiritual; tener a su cargo la capilla, ornamentos y efectos dedicados al culto; desempeñar su cometido con arreglo al horario señalado por el gobernador,

⁶⁸ “Art. 293. 1. Los capellanes ejercen en los establecimientos funciones cuasi parroquiales aunque, por no estar exentos de la jurisdicción ordinaria, dependen del párroco correspondiente en todo lo que concierne a los llamados derechos parroquiales. Por esta razón, podrán los párrocos ejercer su sagrado ministerio en los establecimientos penitenciarios pertenecientes a su parroquia, de acuerdo con el capellán y con sujeción a las disposiciones de este reglamento”.

⁶⁹ Art. 50 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre que procedió a la reforma de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

⁷⁰ El Real Decreto 1396/1992, de 20 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares que derogó el RD de 1978, contó con un articulado mucho más breve (pasó de 217 a 42 artículos) en el que incluir únicamente las especificidades de la organización militar con remisión al resto al régimen común; así no es de extrañar que la única previsión relativa a la libertad religiosa sea la relativa a la de su garantía (art. 3).

salvo en los casos de asistencia espiritual urgente; mantener estrecha relación con los reclusos a fin de conocerlos personalmente, así como sus necesidades espirituales y circunstancias familiares; en caso de no existir maestro nacional, desempeñar sus cometidos; en los días de precepto, celebrar misa obligatoriamente dentro del recinto de la penitenciaría en la capilla o lugar designado. En lo relativo a otras religiones se limitaba a señalar más escuetamente “si solicita asistencia espiritual de (...) ministro de otra religión, se le complacerá en lo posible” así como, en lo relativo a la instrucción que “los no católicos podrán ser atendidos por un ministro de su propio culto; en cualquier caso, dicha instrucción será siempre voluntaria”. Mas junto a ello podíamos encontrar incluso previsiones más llamativas como la necesidad de declarar, incorporándolo así al expediente correspondiente, la religión del recluso, a la entrada en el centro (contraria claramente al art. 16 CE⁷¹), así como la sanción de presuntas blasfemias o actos de “irreverencia” (“se reprimirá con todo rigor cualquier demostración exterior que signifique irreverencia o burla a las creencias religiosas, así como proferir blasfemias”; “se estimarán como faltas graves (...) proferir blasfemias, irreverencias o burlas con las creencias religiosas, o realizar actos contrarios a la moral y buenas costumbres”).

El Reglamento Penitenciario fue reformado casi en su totalidad en 1996⁷²; múltiples razones así lo aconsejaban. Lo cierto es que, más allá de otras cuestiones, como se señaló en su exposición de motivos, el panorama penitenciario en aquel momento era bien dispar al existente quince años atrás: incremento exponencial de los reclusos extranjeros (se señalará de forma expresa que se había procurado incorporar la mayoría de las recomendaciones del Consejo de Europa relativas a los reclusos extranjeros –que no pueden ser discriminados por razón de su nacionalidad–), aumento del número de mujeres, envejecimiento de la población reclusa, aparición de nuevas patologías, etc.

La asistencia religiosa se contempló en el Capítulo III del Reglamento. De esta forma, el art. 230 estableció en primer lugar el derecho de los internos a “dirigirse a una confesión religiosa registrada para solicitar su asistencia siempre que ésta se preste con respeto a los derechos de las restantes personas”

⁷¹ Cuestión diferente es que para atender las creencias religiosas de los internos los centros deban conocer las mismas y atender las solicitudes pero vincularlo de forma general a todo ingreso y sin solicitud del recluso vulnera claramente las previsiones constitucionales.

Como apunta Miguel Rodríguez Blanco, “entre las exigencias propias de la relación jurídica penitenciaria que pueden limitar el derecho de libertad religiosa se encuentra la necesidad de que la dirección del centro conozca cuáles son las creencias religiosas de los internos. Sólo así será posible respetar las necesidades de alimentación de los reclusos, los días festivos de acuerdo con sus creencias y, en su caso, programar y organizar las prácticas y servicios religiosos”, *La libertad religiosa en los centros penitenciarios*, Ministerio del Interior, 2008, Madrid, p. 67.

⁷² Del Reglamento de 1981 mantuvo la vigencia de los arts. 108, 109, 110, 111 y 124 –primer párrafo– (faltas o infracciones de los internos, sanciones disciplinarias y actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada).

uniéndose a ese derecho la posible habilitación de “espacios”⁷³ para la práctica de los ritos religiosos en los centros.

A esto se añadía lógicamente la previsión de que ningún interno podrá ser obligado a la asistencia o participación en actos de alguna confesión religiosa, así como la facilitación por parte de la Autoridad penitenciaria del respeto de la alimentación, ritos y días de fiesta de las diferentes confesiones de los reclusos, ahora bien “siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del Centro y los derechos fundamentales de los restantes internos”. La coletilla final de dicho artículo se remitió a los acuerdos firmados por el Estado con las diferentes confesiones religiosas.

Aparte de este artículo 230 hay que apuntar que en otros momentos del articulado del Reglamento se hacía referencia a diferentes cuestiones, atinentes unas a la protección de datos⁷⁴, otras a la participación de internos en actividades religiosas⁷⁵, así como insistiendo en cuestiones alimenticias en las que luego profundizaremos al hilo de concretos supuestos de los que han conocido los tribunales⁷⁶.

⁷³ La Circular 4/1997, de 17 de marzo (que sería derogada posteriormente por la Instrucción 6/2007, de 21 de febrero, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias) hablaba únicamente la necesidad de un local o espacio adecuado a esos efectos.

En los acuerdos de 1993 sobre asistencia religiosa católica en establecimientos penitenciarios se estableció que los mismos “dispondrán de una capilla para la oración y, si ello no fuera posible, deberán contar con un local apto para la celebración de los actos de culto, cuyas dimensiones estarán en función de la estructura y de las necesidades religiosas del Centro, y con un despacho destinado al resto de las actividades propias de la asistencia religiosa, cuyo mantenimiento y reparaciones, así como la adquisición de los elementos materiales de culto, correrán a cargo de la Administración penitenciaria” (art. 7 Orden de 24 de noviembre de 1993).

⁷⁴ “Art. 7 Cuando los datos de carácter personal de los reclusos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la Administración penitenciaria no será preciso el consentimiento del interno afectado, salvo en los relativos a su ideología, religión o creencias” (vid. también art. 8.1 R.P.).

⁷⁵ “Art. 55. Áreas de participación. 1. Los internos participarán en la organización del horario y de las actividades de orden (...) religioso (...)”; “Artículo 56. Participación en régimen abierto. 1. En los Establecimientos de cumplimiento de régimen abierto podrán formarse tantas Comisiones cuantas sean las áreas de actividades que los Consejos de Dirección acuerden que deben participar los internos. En todo caso se constituirán tres Comisiones: La primera para la programación y desarrollo de las actividades educativas, culturales y religiosas (...)”; “Artículo 273. Funciones. La Junta de Tratamiento, sin perjuicio de las funciones del Centro Directivo y del Equipo Técnico, ejercerá las siguientes funciones: i) Organizar (...) por unidades de separación interior, los procedimientos de designación de aquellos internos que hayan de participar en actividades o responsabilidades de orden educativo, formativo, laboral, sociocultural, recreativo, deportivo o religioso.

⁷⁶ “Artículo 226. Alimentación. 1. En todos los Centros penitenciarios se proporcionará a los internos una alimentación convenientemente preparada, que debe responder (...) en la medida de lo posible, convicciones personales y religiosas”.

Apenas cuatro años antes de la aprobación de este Reglamento se habían aprobado con contenido bastante parejo (Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre) los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas –en la actualidad, Judías– y la Comisión Islámica de España⁷⁷.

En el artículo noveno de las apuntadas leyes se garantizaba el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa en centros penitenciarios (por los ministros de culto designados por las Iglesias respectivas –de conformidad a la FEDERE–, por las Comunidades judías pertenecientes a la Federación de Comunidades judías, o por Imanes o personas designadas por las comunidades, respectivamente; en todos los casos debidamente autorizadas por los centros penitenciarios). Un acceso libre y sin limitación de horario aunque con la debida observancia de las normas de organización y régimen interno de los centros.

De la lectura del texto de dichos artículos llama la atención la diferencia de las dos últimas con la primera, en tanto que en éstas las direcciones de los centros están obligados a transmitir a la Comunidad Judía o a la Comisión Islámica las solicitudes de asistencia espiritual de internos o familiares (esto último en el caso de que los propios interesados no estuvieren en condiciones de hacerlo⁷⁸). No obstante, y como bien se ha señalado, aunque no se contemple en el acuerdo con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas, esta comunicación también debe lógicamente ser realizada. Como apunta Miguel Rodríguez Blanco “así se deduce del principio constitucional de libertad religiosa y de la obligación de los poderes públicos de interpretar las normas en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales”⁷⁹.

Tampoco se contempla, en el caso del acuerdo con esta Federación día festivo alguno, como sí se hace por el contrario en el caso del elaborado con la Comunidad Judía (Año Nuevo –Rosh Hashaná–, 1. y 2. día; Día de Expiación –Yon Kippur–; Fiesta de las Cabañas –Succoth–, 1., 2., 7. y 8. Día; Pascua –Pesaj–, 1., 2., 7. y 8. Día; Pentecostés –Shavuot–, 1. y 2. Día) o la Comisión Islámica (Al Hiyra, correspondiente al 1. de Muharram, primer día del Año Nuevo Islámico; Achura, décimo día de Muharram; Idu al-Maulid, corresponde al 12 de Rabiul Awwal, nacimiento del Profeta; Al Isra Wa Al-Mi'ray; corresponde al 27 de Rayab, fecha del Viaje Nocturno y la Ascensión del Profeta; Idu Al-Fitr,

⁷⁷ Sobre estos acuerdos vid. Abraham Barrero Ortega, “Apuntes críticos al sistema español de acuerdos de colaboración”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 33, 2008, pp. 123 y ss.

⁷⁸ Curiosamente, la referencia a los familiares no se contendrá en el posterior RD 710/2006, de 9 de junio, pese a que durante su elaboración se puso de manifiesto en el Informe elaborado al efecto por el CGPJ que recomendó su inclusión.

⁷⁹ Miguel Rodríguez Blanco “Asistencia religiosa penitenciaria de las confesiones minoritarias con acuerdo de cooperación”, *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Martín Sánchez, I., González Sánchez, M. (Coords.), Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, pp. 183 y ss.

corresponde a los días 1., 2. y 3. de Shawwal y celebra la culminación del Ayuno de Ramadán: Idu Al-Adha, corresponde a los días 10., 11. y 12. de Du Al-Hyyah y celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham).

Más allá de esta cuestión puntual, hay que destacar que todavía hubo que esperar prácticamente tres lustros hasta la aprobación del Real Decreto de desarrollo de dichos Acuerdos en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria (RD 710/2006, de 9 de junio).

En dicha norma se concretó como contenido de la asistencia religiosa “las dirigidas al ejercicio del culto, la prestación de servicios rituales, la instrucción y el asesoramiento moral y religioso así como, en su caso, las honras fúnebres en el correspondiente rito”. Un acceso a los centros, de los Ministros de culto autorizados, que no ha de tener más limitaciones –como ya se apuntaba en las tres leyes citadas– que las que deriven de la “necesaria observancia de las normas establecidas en el ordenamiento penitenciario español en lo referente al horario y a la disciplina del centro, así como a los principios de libertad religiosa”; a estos efectos, dichos ministros deberán asumir aquellas normas, en materia de control y seguridad, que pueda disponerse por parte de la Administración penitenciaria, que puede derivar en una eventual limitación del acceso con base a dichas normas como así ha sucedido en alguna ocasión⁸⁰. La asistencia (por parte de personas de estas confesiones) deberá solicitarse a la dirección del centro a los efectos de facilitar y coordinar la correspondiente organización.

Referencia inexcusable es asimismo la Instrucción 6/2007, de 21 de febrero, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en orden a regular el ejercicio del culto, prestación de servicios rituales, instrucción y asesoramiento moral y religioso, y, en su caso, las honras fúnebres. En dicha Instrucción se establecieron diferentes normas procedimentales en función de la firma o no, por parte de las confesiones religiosas, de los Acuerdos de Cooperación con el Estado. Todo ello en lo relativo a la documentación necesaria a aportar de cara a la autorización de la entrada a los ministros de culto en los centros: certificado de la iglesia o comunidad de que dependa el ministro de culto con la conformidad de su respectiva federación o comisión, que acredite que la persona propuesta pertenece a la misma y se dedica establemente al ministerio religioso; certificado negativo de antecedentes penales en nuestro país o en su país de origen si fuera extranjero; reseña de los centros para los que se solicita acreditación; certificado de estar inscrita en el Registro de Entidades Religiosa del Ministerio de Justicia (esto último sólo para el caso de las entidades no incluidas en los acuerdos de cooperación).

⁸⁰ Recientemente podemos apuntar el supuesto acontecido en diciembre de 2011 en el centro de El Acebuche donde un grupo de presos de origen árabe y el imán que semanalmente acudía al centro para la oración acorralaron a un funcionario que accedió a la sala multiusos, habilitada como sala de oración, para informar que era la hora de la comida. El Director del centro penitenciario emitió provisionalmente una orden de prohibición de acceso al imán.

Se establece de forma específica en dicha Instrucción con relación a los “espacios” que “para la prestación de la asistencia religiosa en los centros, se podrán habilitar locales en función de las solicitudes existentes, pudiendo ser destinados a estos fines espacios de usos múltiples”.

Podemos reseñar por último, en este rápido apunte, que los últimos datos conocidos sobre ministros de culto autorizados por la Secretaría General de Instituciones Penitencias los cifran en alrededor de cuatrocientos, pertenecientes a las siguientes confesiones religiosas: Iglesia Católica, Iglesia Ortodoxa, Culto Islámico, Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y Testigos Cristianos de Jehová⁸¹; ese mismo año se puso de manifiesto el importante apunte de las dos últimas confesiones⁸².

VI. SÍMBOLOS Y ESPACIOS; HUECOS Y RECOVECOS

Apuntábamos al inicio de estas notas las peculiaridades de estos espacios derivados de su carácter cerrado, hecho que lleva a que la Administración tenga que tratar de remover los obstáculos para que esta libertad religiosa y de culto pueda desarrollarse de forma efectiva⁸³. A ese carácter cerrado se unen diferentes problemáticas, ya que no sólo podríamos hablar de eventuales conflictos en espacios públicos (habilitación de locales) sino, en buena medida, privados (nos referimos a las celdas, en tanto es ello posible). En este apartado abordaremos algunos de esos eventuales e hipotéticos conflictos.

Espacios públicos y... privados. La compartición de celda provoca en ocasiones la convivencia en una celda de reclusos con ideologías variadas, filosofías o religiones variadas, en ocasiones absolutamente contrapuestas.

Recordemos que la sensibilidad que parecen denotar las previsiones de la normativa penitenciaria respecto de la intimidad del recluso con relación al principio celular (se establece con carácter general que cada interno debe ocupar una celda individual) no impide que, en ocasiones (esto, teóricamente) bien por las concretas dimensiones de la celda de que se trate, bien por un incremento temporal de la población penitenciaria, pueda alojarse a más de un interno por celda⁸⁴.

⁸¹ Vid. la respuesta del Secretario de Estado de Asuntos Constitucionales y Parlamentarios a la pregunta al Gobierno con respuesta escrita planteada desde el GPP (BOCG, Serie D, núm. 286, de 6 de noviembre de 2009).

⁸² A lo largo de 2009 se tramitaron 118 altas de ministros o auxiliares de culto en las siguientes confesiones: Testigos Cristianos de Jehová (50), F.E.D.E.R.E. (43), Iglesia Católica (21), Culto Islámico (3) e Iglesia Anglicana (1).

⁸³ Un apunte sobre los modelos organizativos existentes en la asistencia religiosa penitenciaria puede verse en Àlex Seglers Gómez-Quintero, *Prisiones y Libertad Religiosa*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 50 y ss.

⁸⁴ Cabe apuntar algunos recursos planteados por esta cuestión; a título de ejemplo podríamos apuntar el Auto de la AP de Madrid 186/2005, de 10 de junio –JVP nº 2, exp. 100/2003– o 1378/2005, de 11 de mayo –JVP nº 3, exp. 478/2004–.

Sin entrar a valorar el hecho de que la práctica ha determinado que lo que se configura como una eventual limitación meramente temporal, pueda consagrarse de manera cuasi-permanente a causa de la masificación de los centros penitenciarios, lo único cierto es que esa compartición, por sí sola, no implica a criterio del Tribunal Constitucional la vulneración de la intimidad del recluso. No puede hablarse, por tanto, sobre la base de las previsiones de la Ley Penitenciaria, de un derecho subjetivo del recluso a la celda individualizada; idea que fue señalada con claridad por aquél cuando conoció de esta cuestión en la STC 195/1995, de 19 de diciembre, caso “Principio celular”.

En todo caso, no debemos olvidar, como apunta Delgado Rincón, la celda es el “reducto principal de la intimidad de los presos y, asimismo, el principio celular encuentra su fundamento en la necesidad de respetar la personalidad y la dignidad humana de los reclusos”⁸⁵.

Más allá de esta específica cuestión sobre el principio celular y sus consecuencias, lo cierto es que esa convivencia puede plantear conflictos y de hecho en la práctica penitenciaria, hasta donde tenemos noticia, ello ha acontecido en diferentes ocasiones; cuestiones que han tratado de solventarse en los centros penitenciarios con mejor o peor fortuna.

Participación en actividades comunes y asistencia a lugares de culto. Junto a los problemas de esa compartición, podemos apuntar los conflictos de la posible falta de atención religiosa.

Destaquemos en primer lugar que esa desatención, sin ofrecer alternativa alguna, la encontramos por ejemplo en el fondo del caso resuelto por Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 30 de noviembre de 2006 (caso Dmitrijevs v. Letonia) donde se estimó vulnerado el art. 9 del Convenio al no haberle autorizado al interno (en situación de prisión provisional) la participación en ceremonias religiosas en la capilla del centro en orden a garantizar su aislamiento.

En nuestro entorno podemos citar también algunas resoluciones judiciales en las que se ha abordado la atención religiosa en los centros penitenciarios y sus eventuales modulaciones derivadas de las exigencias de seguridad del centro y resto de internos. Así, a título de ejemplo, podemos hacer referencia al Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, de 30 de septiembre de 1996, que, admitiendo esa modulación, señala otras posibles vías de atención de sus inquietudes religiosas: “no se le permite la asistencia a la celebración de la Santa Misa por razones de seguridad, pues se encuentra clasificado en primer grado de tratamiento, con la modalidad de vida en departamento especial por su comportamiento in-

⁸⁵ Luis Delgado del Rincón, “Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, 2006, pág. 196.

Vid., asimismo, Juan Luis de Diego, “El derecho a la intimidad en los centros penitenciarios”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 8, 2011.

adaptado para la convivencia con el resto de compañeros de internamiento. El interno tiene la posibilidad de seguir y participar en el culto a través de las emisiones de televisión y cadenas de radio, y además puede solicitar la asistencia de los capellanes que existen en el Centro Penitenciario”. Una alegada desatención de su solicitud de asistencia religiosa, unida a otra presunta denegación de celebración de matrimonio canónico es objeto posteriormente de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de septiembre de 2002 (Sala de lo Contencioso) sobre la base de una reclamación de indemnización de responsabilidad patrimonial por todo ello. El recurso fue desestimado no habiéndose apreciado solicitud de servicio religioso alguno y tras constatarse que fueron los propios contrayentes los que habían desistido de la eventual celebración. Recurrido el fallo en casación el recurso fue desestimado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2007 –Sala de lo Contencioso–.

Cabe destacar igualmente que si bien es claro que en la asistencia a los actos de culto es absolutamente voluntaria, no podemos menos que apuntar que en algunas ocasiones, incluso tras la entrada en vigor del texto constitucional, esto no fue así. Ya en el Informe monográfico del Defensor del Pueblo sobre el ámbito penitenciario de 1997 se apuntaba que se habían detectado casos, se ponía el ejemplo de la prisión naval de El Ferrol, que se obligaba a los internos a asistir a misa todos los días⁸⁶. No parece preciso insistir en un punto que se presenta evidente.

Alimentación y creencias. La alimentación es otro elemento sobre el que pueden hacerse algunos concretos apuntes en estas notas.

Como bien apunta Martín Retortillo “no es infrecuente que las religiones exijan de sus fieles formas de vida y respuestas positivas que predeterminan su actuar en sociedad: oraciones, visitas a los lugares de culto, a veces en cuanto al atuendo y, en no pocas ocasiones, en relación con los alimentos, ya en cuanto a los tiempos –observando el ayuno, por ejemplo–, ya en forma de prohibiciones de ingerir con carácter general determinadas sustancias. Lo que en la vida cotidiana puede no tener trascendencia exterior –a nadie importa en principio, diríamos, si uno consume o no alcohol, por ejemplo–, pero a veces puede tener trascendencia en cuanto, por determinadas circunstancias, tales hábitos pueden chocar con las prácticas habituales en el ambiente concreto”⁸⁷.

⁸⁶ *Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos (1988-1996)*, Defensor del Pueblo, 1997, p. 233.

⁸⁷ Lorenzo Martín-Retortillo, *Pluralismo y libertad religiosa: la situación de las minorías* (Ciclo de conferencias pronunciado en 2011 en el Colegio Libre de Eméritos).

Aunque desde una perspectiva extrajurídica puede verse, por abordar de forma específica estas cuestiones, Almudena Mora Notario, “Antropología de la alimentación. Cambios adaptativos en los hábitos alimentarios en un centro penitenciario según el grupo cultural de procedencia”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 255, 2011, pp. 135 y ss.

Es por ello que están previstos así diferentes menús en los centros penitenciarios⁸⁸, bien por temas de salud (diabéticos, dieta blanda...) bien por cuestiones ideológicas o religiosas (vegetarianos, musulmanes...).

Una cuestión sobre la que, ni en la teoría ni en la práctica, se han producido graves problemas. Ya en los informes específicos sobre el ámbito penitenciario elaborados desde el Defensor del Pueblo en la década de los ochenta y los noventa podemos ver que se apuntaban estas cuestiones. Así, en el informe especial del Defensor del Pueblo que abordaba la situación penitenciaria de los reclusos de 1988 a 1996 el Defensor del Pueblo se puso de manifiesto que los centros penitenciarios habían realizado las adaptaciones necesarias para garantizar la alimentación conforme las convicciones religiosas o personales, y de forma más específica que la organización regimental venía adaptándose con normalidad a las pautas de la religión musulmana vinculada a los horarios del Ramadán⁸⁹. Por su parte en el anterior informe de 1987⁹⁰ ya se venía apreciando el respeto de las convicciones religiosas y filosóficas en materia alimentaria, apuntándose en aquel momento los centros de Ceuta y Algeciras como ejemplos.

Pueden apuntarse no obstante algunos casos de los que han debido conocer diferentes Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

Con relación a un alimento concreto, no tanto a una dieta, estimándose la vulneración de asistencia, podemos citar el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Burgos, de 10 de julio de 1997, donde se estimó la queja de un recluso por no poder consumir pan ácimo por motivos religiosos; como se señala en la resolución no es de recibo “el argumento esgrimido por el Centro del artículo 51 del Reglamento Penitenciario, pues dicho precepto considera no haber lugar, por obvias razones de seguridad e higiene, a la introducción de alimentos en el Centro con destino a internos hecho por terceras personas, pero no a la adquisición, a través de los cauces legales, de los alimentos que puedan, sobre todo por motivos tan atendibles como los religiosos, adquirir del exterior los propios alimentos. Téngase en cuenta, al efecto, que la administración penitenciaria debe, en materia de alimentación, respetar las creencias religiosas de los internos, según el artículo 21.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y aunque ello debe hacerse, como dice el precepto, “dentro de lo posible”, y es admisible que la religión judía, aunque solidariamente enraizada en España, es seguida por una protegible minoría, y por ello

⁸⁸ Vid. arts. 21.2 LOGP, 226.1 y 230.3 RP.; en el caso de Cataluña Vid. art. 89 RPC.

Las Reglas Penitenciarias Europeas de 1973 ya contemplaba esta cuestión “en la medida de lo posible”, en su regla n° 19; en la última versión aprobada en 2006 se contempla de forma más detallada la cuestión alimenticia en su regla n° 22. También se recoge en las Reglas Europeas para delincuentes juveniles –Rec(2008)11– (regla 68.1).

⁸⁹ *Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos (1988-1996)*, Defensor del Pueblo, 1997, p. 105.

⁹⁰ *Situación penitenciaria en España (1987)*, Defensor del Pueblo, 1987, p. 47.

no quepa hacer un exhaustivo cuidado de todos y cada uno de sus ritos, ello no puede ser obstáculo para que, por la Administración, por la vía de los artículos 303 y 304 del Reglamento Penitenciario, no se facilite al recluso que, adoptándose las medidas pertinentes, pueda cumplir sus obligaciones religiosas adquiriendo pan ácimo, por lo que debe acogerse, como se hace, su queja”.

Por su parte, el suministro de una dieta vegetariana (vinculado en algunos casos a la religión hinduista del recluso) es objeto de diferentes resoluciones, en ocasiones con resultado dispar.

Cabe apuntar así el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid, de 4 de noviembre de 1997, donde se acepta la queja del interno que solicita el mismo por causa de sus convicciones filosóficas y religiosas.

También el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Soria, de 27 de agosto de 1998, donde podemos leer: “Si bien es cierto que la Administración no puede estar confeccionando menús a la carta, no lo es menos que en este caso no se trata de que el interno pueda elegir a la carta los platos que cada día desea comer sino de confeccionarle un menú lacto-vegetariano, labor que se mantiene dentro de las competencias de la Administración Penitenciaria y con supervisión de los servicios médicos para que aporte un adecuado valor nutricional, como ocurre con otro tipos de menú, que se sirven en el Centro. De la misma forma que existe un menú para musulmanes por sus convicciones religiosas en el que se excluyen determinados alimentos debe admitirse la confección de un menú lacto-vegetariano *con el mismo fundamento de la convicción personal o religiosa*.”

Con diferente resolución final, amparada en la protección de la salud del interno, podemos citar el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza, de 30 de septiembre de 1996, en donde se señalará que el deber de velar por la salud del interno contenido en la normativa penitenciaria no cede ante el derecho a que se valore, en la medida de lo posible, sus convicciones religiosas en la alimentación proporcionada por el centro (en el caso concreto, el recluso, de religión hinduista, solicitaba una dieta vegetariana⁹¹); el Juzgado, en su Auto, dejando de lado la no acreditación de la adscripción a tal religión abunda en el dato de las obligaciones de la Administración Penitenciaria, y ese deber primordial de velar por la salud e integridad de los internos.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podemos encontrar asimismo algún interesante supuesto, como el conocido por la sentencia de 7 de diciembre de 2010 (caso *Jacobski v. Polonia*) donde se estimó vulnerado el artículo 9 del Convenio en el caso de un recluso que solicitaba, siéndole denegada, una dieta vegetariana acorde con su religión budista. El proceso de recursos y solicitudes hasta la definitiva sentencia recoge supuestos de huelga de hambre del recluso unido a puntuales e intermitentes satisfacciones en sus requerimientos.

⁹¹ El recluso limitada su dieta exclusivamente a pan y queso.

Podemos citar igualmente, vinculado a esta cuestión, un caso acontecido recientemente en el Reino Unido (julio de 2011) donde se planteó el tema de los ayunos religiosos. En el caso concreto un recluso que estaba en período de ayuno voluntario por dichos motivos (no se trataba del período de Ramadán, aunque se practicaba con el asesoramiento de un imán), se negó a beber líquidos para poder proporcionar una prueba de orina de carácter obligatorio para detección de drogas que, por caso del propio ayuno, le había sido imposible facilitar. La *High Court of Justice* entendió aquí que se había producido una vulneración de su libertad religiosa no habiéndose probado la necesidad de tener que ser realizada en ese específico momento cuando en apenas unas horas hubiera terminado dicho ayuno. Aunque no se trata de un tema de libertad religiosa, el supuesto nos recuerda en alguna medida el supuesto conocido por la STC 196/2006, de 3 de julio (caso “Cacheo y prueba pericial”) que estimó el amparo interpuesto por un interno sancionado por negarse a la práctica de una prueba de orina (voluntaria) tras un cacheo con desnudo integral (necesario para evitar que accediera al control con un recipiente que pudiera alterar la prueba); dicha medida traía como causa una prueba solicitada por el interno en actuaciones judiciales para probar que había superado su consumo de sustancias tóxicas y el Juez de Vigilancia Penitenciaria había acordado que se le practicaran sin previo aviso⁹².

Cabe recordar por último, al hilo de todo lo expuesto, que en las Reglas Penitenciarias Europeas (la última versión data de 2006) se contempla el hecho de que los detenidos deben tener un régimen que sea acorde, entre otros diversos puntos, a su religión⁹³.

Contacto con funcionarios. La aprobación de la denominada comúnmente Ley de Igualdad (de forma más específica Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) dio lugar a un amplio número de reformas entre las que se contó la de la Ley 36/1977, de 23 de mayo, de Ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de Creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. Esta reforma supuso, como es sabido, la extinción de las escalas masculina y femenina en dicho cuerpo, integrándose la totalidad de sus funcionarios en el Cuerpo de Ayudantes, sin más. Se trató de una previsión polémica que no obstante pasó casi de puntillas frente a otras previsiones que incluso fueron objeto de diferentes recursos.

⁹² Señaló el Tribunal que, tratándose de una “intervención corporal leve”, su realización voluntaria no implica lesión del derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad corporal. Ahora bien, pertenece a la libertad del interno “revocar en cualquier momento ese consentimiento, como así hizo, aduciendo que, dadas las características del lugar donde se iba a proceder a proporcionar la muestra de orina (en este caso, una habitación con cristales diáfanos), podía ser visto por terceras personas”.

⁹³ Régimen Alimenticio. Regla 22.1.

La introducción de la igualdad, loable de forma general⁹⁴, se enfrentaba aquí a algunos elementos que se apuntaron desde el mismo momento de su aprobación desde ciertos sectores del ámbito penitenciario: cuestiones de seguridad de las propias funcionarias así como la posibilidad de determinados abusos por parte de funcionarios, cuestiones ambas que llevaron a la presentación de una Proposición de Ley para volver a la separación del cuerpo en dos ramas⁹⁵. No está de más apuntar al hilo de esta idea que la Audiencia Nacional, en una sentencia dictada poco tiempo antes de la Ley de Igualdad, desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por una funcionaria de prisiones por presunta discriminación en la convocatoria de un concurso para la provisión de puestos de trabajo vacantes apuntado que la existencia de las dos escalas, masculina y femenina, “guardan una relación muy directa con la vigilancia de interiores, donde hay que realizar una serie de actividades como registros, cacheos en las personas y pertenencias de los internos, control de actividades...etc., que justifican sobradamente que las personas encargadas de realizar estas tareas pertenezcan a una u otra escala, no tanto por las funciones que desarrollan, que son las mismas, sino por el colectivo de internos a los que tales funciones o actividades van dirigidas, considerando la Sala que ello es motivo objetivo y razonable suficiente como para entender que no existe discriminación alguna”⁹⁶. De forma más cercana no podemos dejar de lado tampoco algunas recomendaciones del Defensor del Pueblo en la materia⁹⁷.

⁹⁴ Personalmente tenemos muchas reservas respecto de algunas de las previsiones operadas fuera de este campo, concretamente en el sistema electoral, con la inclusión de listas paritarias; en todo caso, como es bien sabido se trata de un tema sobre el que el Tribunal Constitucional ya se pronunció en su STC 12/2008, de 29 de enero.

⁹⁵ Proposición de Ley de modificación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, con el objeto de mantener las escalas masculina y femenina del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. (BOCG, nº 214, 14 de mayo de 2011). Entre los argumentos esgrimidos en la exposición de motivos se apuntaron los siguientes: “El nivel de conflictividad de los módulos de internos es muy superior al de las mujeres presas en España; la diferencia física, las posibles agresiones de todo tipo dentro de un colectivo en el que un 75 por ciento son personas con diferentes trastornos que van desde los psicóticos a los de inadaptación, falta de control, drogodependencia, violencia, etc., ponen en riesgo la seguridad física de las funcionarias, al margen de otro tipo de posibles agresiones que se producen en las prisiones. Por otro lado, la Ley para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres ha permitido que los funcionarios hombres tengan una mayor presencia en las cárceles de mujeres. Esto puede dar lugar a conductas como las sucedidas recientemente en la cárcel de Alcalá Meco, donde se han denunciado abusos y relaciones sexuales entre presas y funcionarios, y donde ha tenido que dimitir la cúpula directiva de la prisión por los hechos sucedidos”.

⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2006.

⁹⁷ Vid. Recomendación 73/2009, de 24 de junio, sobre extinción de las escalas masculina y femenina del cuerpo de ayudantes. (BOCG. Sección Cortes Generales. IX Legislatura. Serie A, núm. 329)

Esta cuestión, que no estrictamente la que nos ocupa en estas notas, sí que tiene vinculación inmediata y directa con una de ellas, ya que puede tratar de vincularse a cuestiones religiosas de algunos reclusos.

Así, en algunos centros penitenciarios se han producido puntuales quejas por parte de reclusos de religión islámica que no querían tener contacto con mujeres funcionarias. Aquí, evidentemente, la respuesta es clara en la imposibilidad de atender demandas de este tipo.

Ahora bien, aunque aquí ya no estamos en el ámbito de la libertad religiosa, sí que debe hacerse una precisión en lo relativo a la intimidad de los reclusos. Recordemos que el Real Decreto 1836/2008, de 8 de noviembre, por el que se establecieron criterios para la aplicación de la integración de las escalas ya señaló, junto a previsiones relativas a la seguridad⁹⁸, que la aplicación efectiva de esa integración podía en algunos supuestos y circunstancias, colisionar con la protección del derecho a la dignidad e intimidad de las personas internadas. Así, la práctica de cacheos con desnudo integral quedó reservada para funcionarios del mismo sexo que los reclusos: “La Administración asegurará la realización efectiva, por personal funcionario del mismo sexo que las personas objeto de actuación, de aquellos cometidos, funciones y tareas en que pudieran afectarse los derechos a la dignidad o intimidad personal de estas”.

Pero más allá de este específico punto, cualquier otra reclamación debe ser tajantemente rechazada.

Locales y espacios. El Real Decreto de desarrollo de los Acuerdos de cooperación de 1992 (RD 710/2006, de 9 de junio –Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Judías y la Comisión Islámica de España–) estableció que para la prestación de la asistencia religiosa (culto, prestación de servicios rituales, instrucción y asesoramiento moral y religiosa, así como, en su caso, honras fúnebres) podrán habilitarse locales en función de las solicitudes que se presentaren, siendo posible destinar a estos fines los espacios de usos múltiples. De cara a la celebración del culto se estableció que sería en los días festivos correspondientes a los diversos Acuerdos donde se procedería a la celebración del culto; ahora bien, se señala igualmente, que una causa justificada podría permitir la celebración en días diferentes. Por su parte, como vimos con anterioridad, y con relación a la asistencia religiosa católica, los acuerdos de 1993 establecieron que se dispondrá de una capilla y “si ello no fuera posible, deberán contar con

⁹⁸ “La Administración General del Estado incluirá en la relación de puestos de trabajo de los centros penitenciarios y centros de inserción social un número de puestos del área de vigilancia como reserva mínima para su desempeño por personal funcionario de un sexo determinado; en todo caso, los puestos objeto de reserva no podrán superar el 40% del total de vigilancia con respecto a un grupo de población penitenciaria concreta, y asumirán, entre otras, las funciones derivadas de la realización de actividades que pudieran afectar los derechos a la dignidad o intimidad personal de los internos”.

un local apto para la celebración de los actos de culto, cuyas dimensiones estarán en función de la estructura y de las necesidades religiosas del Centro, y con un despacho destinado al resto de las actividades propias de la asistencia religiosa”. En el caso de Cataluña la Instrucción 1/2005 hace referencia únicamente a un espacio multiconfesional⁹⁹ en cada centros que resulte adecuado a las necesidades de las diferentes confesiones.

Sobre el concreto “espacio” destinado al culto y sus requisitos podemos citar el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Pontevedra, de 20 de septiembre de 2005, en donde se desestima la queja de un interno que entiende que la prohibición de rezar en el patio del módulo vulnera su libertad religiosa; allí se señalará que “quienes establecen los lugares de culto son las autoridades religiosas y no las particulares. Un patio de una prisión no es un lugar de culto y autorizar actos de culto donde hay internos que no profesan esa religión, sería obligarlos a participar en un acto de culto ajeno”; de igual forma “se podrán habilitar espacios para la práctica religiosa, pero el culto debe ser dirigido por persona que reúna los requisitos legales, ya que el buen orden y seguridad del establecimiento podría verse afectado si grupos de internos realizaran actos comunes no sometidos al control de una persona capacitada que se responsabilice”.

Reseñar también que en otros ordenamientos encontramos incluso pronunciamientos de las Cortes Constitucionales (podemos citar por ejemplo la reciente Sentencia T 23/10, de 26 de enero de 2010, de la Corte Constitucional de Colombia¹⁰⁰) por la vulneración del ejercicio de la libertad de cultos por el trato desigualitario en espacios entre diferentes confesiones.

Símbolos y prendas de vestir. Parece oportuno plantearse también, en el seno de estas reflexiones generales, cuestiones más específicas como las prendas de vestir. Comencemos recordando que la Ley penitenciaria establece que el interno “tiene derecho a vestir sus propias prendas”, añadiendo inmediata-

⁹⁹ Crítica con esta previsión se muestra Francisca Pérez Madrid, apuntando que la existencia de este espacio multiconfesional puede ser, en la práctica una dificultad grave para el ejercicio de la libertad religiosa, poniendo como ejemplo el centro de Can Brians, “La asistencia religiosa penitenciaria en Cataluña: la instrucción 1/2005, del dret a rebre atenció religiosa en el medi penitenciari”, p. 233.

¹⁰⁰ En el caso analizado se abordaban las limitaciones a que los internos de religión evangélica se veían sometidos en un concreto centro penitenciario. La Corte, en su fallo, amparó al recurrente en su derecho a ejercer su libertad de cultos en condiciones de igualdad, ordenando al Director del centro a iniciar la reforma (con un plazo máximo de un mes) del Reglamento interno del centro en orden a garantizar a los internos el tiempo adecuado para el ejercicio de su culto y el acceso igualitario de ministros de diferentes iglesias y cultos reconocidos, dentro eso sí “de las restricciones lógicas de seguridad y las limitaciones logísticas del penal”. A ello se añadía la prevención dirigida al Director del Centro para que realizara “todos los esfuerzos necesarios, a efectos de que los internos cuenten con los espacios físicos aptos indicados para realizar sus respectivas ceremonias religiosas, tomando en consideración el número de creyentes, pero sin incurrir en prácticas discriminatorias”.

mente a continuación que “siempre que sean adecuadas u optar por las que le facilite el establecimiento, que deberán ser correctas (...) desprovistas de todo elemento que pueda afectar a la dignidad del interno. Extramuros de los centros penitenciarios, como apuntamos al inicio, bien en espacios públicos abiertos bien en espacios públicos cerrados, se debate la posibilidad o imposibilidad de vestir determinadas prendas. Lo hemos visto con el *Hiyab*, el *Niqab* o el *Burka*. Lo hemos visto en centros escolares, bien de forma general, bien en concretas actividades (deportivas, por ejemplo) con resoluciones en muy diferentes sentidos, mas también lo hemos visto en previsiones específicas de determinados ayuntamientos e incluso en procesos judiciales.

Ahora bien en el caso de los centros penitenciarios la situación es ciertamente diferente. Estamos en una relación de sujeción especial en donde el elemento de la seguridad tiene un valor determinante. Así pues, si no debe haber problema en permitir que una mujer vista el *Hiyab* o el pañuelo por que por sus creencias religiosas así lo desee, evidentemente no resulta posible vestir prendas que no permitan identificar a la concreta persona, *Niqab* o *Burka*, por ejemplo. No es preciso entrar a valorar otros elementos que habitualmente se introducen en la coctelera de estos debates a la hora de valorar estas cuestiones como son las de “orden público inmaterial”¹⁰¹. El elemento de la seguridad resulta suficiente como para proceder a esa prohibición. No conocemos que este debate se haya suscitado en ningún centro penitenciario de nuestro país pero si en algún momento pudiera darse, existen poderosas razones en ese sentido.

Desde otra perspectiva, no está de más apuntar que en algunos países este tema se ha planteado desde el otro lado del espejo; así, desde el de las funcionarias de los centros penitenciarios. Tanto desde la perspectiva de la propia libertad de estas (recordemos cómo en Marruecos se sucedieron discusiones sobre la posibilidad o imposibilidad –finalmente se optó por la vía restrictiva a diferencia de otros países como Canadá en donde se ha aceptado– de que las funcionarias llevaran o no el velo y las críticas a la prohibición por parte del Partido Justicia y Desarrollo, actualmente en el poder¹⁰²) como por reclamaciones de los reclusos en orden a imponer esa vestimenta a las funcionarias (se han planteado algunas reclamaciones en ese sentido en las prisiones británicas).

Sin entrar a valorar en detalle este último punto, carente de total sentido, y derivando nuestras reflexiones al primero de ellos, nuevamente el elemento de

¹⁰¹ Entre los diversos motivos esgrimidos bajo esa rúbrica pueden señalarse “la generación de un conflicto entre Islam y democracia, el atentado contra los fundamentos del orden democrático-liberal, entre los que están la dignidad de la mujer y la igualdad de género, la neutralidad religiosa del Estado, o la necesidad de evitar la formación de sociedades paralelas a las que conduciría el multiculturalismo”, Benito Aláez Corral, “Reflexiones jurídico constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, cit.

¹⁰² El Partido Justicia y desarrollo fue el más votado en las elecciones de noviembre de 2011 al parlamento marroquí (obtuvo 107 de 395 escaños), siendo a continuación su líder –Abdelilah Benkirane– nombrado Primer Ministro de Marruecos.

la identificación o no de la interna creemos que debe ser el único parámetro de referencia.

Reseñar también, por último, la denuncia desde el Observatorio de la Laicidad por el mantenimiento de un crucifijo de grandes dimensiones en el centro penitenciario de Bilbao.

Protección de datos e intimidad. Hemos ido apuntando en diferentes momentos que la propia situación de reclusión exige de la Administración penitenciaria una actuación que facilite el ejercicio de la libertad religiosa por parte de los internos. Pero eso a su vez tiene como contrapartida la solicitud del recluso, esto es una cierta exteriorización de las creencias. El Reglamento penitenciario de hecho lo recoge como un dato especialmente protegido. Así, para su recogida, se señala que cuando “los datos de carácter personal de los reclusos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la Administración penitenciaria no será preciso el consentimiento del interno afectado, salvo en los relativos a su ideología, religión o creencias”. Señalándose a continuación que “los datos de carácter personal de los reclusos relativos a convicciones religiosas o filosóficas (...) que hayan sido recabados para formular los modelos individualizados de ejecución o los programas de tratamiento penitenciarios, sólo podrán ser cedidos o difundidos a otras personas con el consentimiento expreso y por escrito del recluso afectado o cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley” y que “cuando se soliciten de la Administración Penitenciaria este tipo de datos especialmente protegidos por medio de representante del recluso, deberá exigirse, en todo caso, poder especial y bastante otorgado por el mismo en el que conste expresamente su consentimiento para que su representante pueda tener acceso a dichos datos personales del recluso”.

Al hilo de esta idea, cabe apuntar que en el caso conocido por los Autos de la Audiencia Provincial de Navarra, de 5 de febrero y 2 de marzo de 2004 (Autos 6, 24 y 25/2004), se abordaron los recursos planteados por diferentes reclusos contra los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Navarra que desestimaron los interpuestos contra una Circular del centro penitenciario de Pamplona que establecía las reglas para la utilización de la Mezquita; entre dichas reglas se establecían horarios, ubicación y normas de asistencia. Veamos las reglas allí contenidas: “Utilización de la Mezquita. Departamento: Adultos. Lugar: Planta segunda, galería central lado derecho, aula de usos múltiples. Horario: Mañanas de 10 a 12, tardes de 17 a 19, todos los días. Normas de asistencia: Los internos interesados en acceder a dicha actividad religiosa deberán obtener la autorización de la Dirección del centro por medio de instancia, que conservarán en su poder; en ningún caso podrán acudir a dicha actividad hasta obtener la preceptiva autorización escrita, *asimismo se mantendrá un listado actualizado, que figurará en lugar visible en el aula señalada*”¹⁰³. En dichos recursos se solicitaba libre acceso a la mezquita sin

¹⁰³ La cursiva es nuestra.

obligación de declarar sobre las creencias, preferencia en el espacio habilitado frente a cualquier otra actividad y la no la no publicación de dicho listado. La Audiencia, entendiendo que la circular no obliga a declararse musulmán sino únicamente a presentar la instancia oportuna para acceder a la Mezquita, estimará parcialmente los recursos, en lo relativo a la publicación permanente de un listado actualizado en el aula, considerando suficiente que los funcionarios tengan acceso al mismo.

Comunicación con Ministros. Vimos anteriormente que la Ley penitenciaria específica en sus previsiones la posible comunicación del interno con sacerdotes o ministros de su religión cuya presencia haya sido reclamada previamente; comunicación que, recordemos puede ser intervenida. Sobre este concreto sujeto, apuntaron los criterios de actuación aprobados por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en sus periódicas reuniones que: “La comunicación con Ministros del propio culto a que se refiere el artículo 49.5 del Reglamento Penitenciario ha de entenderse referida a Ministros de confesiones religiosas inscritas en el Registro Especial del Ministerio de Justicia o de aquellas otras que sean, por tradición cultural o extensión territorial, comúnmente reconocidas”. Este criterio, aprobado por unanimidad, presentó la siguiente motivación: “Se tiende a evitar el fraude de presentar como Ministro del Culto a cualquier líder de una organización o secta, incluso exótica o satánica. Sin embargo, no puede reducirse la lista de confesiones a la muy limitada de las que figuran inscritas en el Registro Especial del Ministerio de Justicia, que deja fuera a religiones como el budismo, el brahmanismo o el sintoísmo, y a muchas Iglesias cristianas distintas de la Católica”.

En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podemos citar a título de ejemplo la STEDH de 29 de abril de 2004, caso *Poltoratskiy v. Ucrania*, donde al recurrente, interno condenado a pena de muerte (luego conmutada por cadena perpetua), se le reconoce por el Tribunal la vulneración del art. 9 del Convenio al no habersele satisfecho la solicitud de comunicación con un ministro de su religión.

A modo de conclusión. La particularidad de espacios como los centros penitenciarios exige una respuesta por parte del poder público completamente diversa a la de otros espacios.

Las situaciones que pueden darse en los mismos son amplísimas como hemos podido ir viendo a lo largo de estas notas, y es de prever que, según avancen los años, los supuestos de conflictos vayan multiplicándose conforme nuestra sociedad se articule de una forma menos homogénea en determinados aspectos; la experiencia de otros países con una mayor mezcla de culturas y religiones nos lo muestra (el caso de Estados Unidos es ciertamente paradigmático a estos efectos y su jurisprudencia rica en los casos más variopintos; religiones, ritos...).

El carácter cerrado de estos centros limita por un lado la práctica de la libertad religiosa de los internos y asimismo puede magnificar determinados conflictos por la propia convivencia en entornos en demasiadas ocasiones

opacos y hostiles. La inteligencia de gestionar adecuadamente los mismos no solo habilita la necesaria libertad de los reclusos, asimismo impide la generación de conflictos y, desde otra perspectiva, puede cumplir en buena medida los objetivos de reeducación y reinserción social de la pena privativa de libertad. Como apunta Víctor Vázquez, el interno no tiene que reinsertarse en su religión, sino vivir su vida religiosa, y para ello el Estado debe remover los obstáculos que le impidan acceder a esa asistencia¹⁰⁴. Ello para lograr ese espacio de inclusión al que venimos haciendo referencia.

Mas no podemos dejar de lado en este apunte los oportunos elementos de seguridad y orden del centro tanto por la propia celebración o convivencia *intra muros* como por la posible articulación de redes terroristas. Como señala Mercedes Gallizo, no debe perderse de vista por ejemplo que el fundamentalismo y radicalismo religioso está en la base de nuevas formas de delincuencia terrorista y que en nuestros centros penitenciarios se han detectado labores de captación¹⁰⁵. Lo acontecido por ejemplo en el centro penitenciario de Topas, bajo la apariencia de enseñanza religiosa, puede ser un buen ejemplo de todo ello. Desde este centro (más también desde otro buen número de ellos por los traslados penitenciarios de algunos reclusos), donde se atendieron lógicamente las solicitudes de locales para el desarrollo de actividades religiosas, se terminó adiestrando a un buen número de reclusos en ideologías salafistas yihadista y takfis buscando la instauración de la Ley islámica a través de la Yihad o Guerra Santa¹⁰⁶. Ello debe llegar a extremar los controles y regular con más garantías la prestación de esta asistencia religiosa para que se produzca en el marco del respeto a los derechos fundamentales¹⁰⁷.

Pero en todo caso siempre sobre la base, destacada expresamente en la propia normativa penitenciaria, de que el interno es sujeto de derecho que no se halla en modo alguno “excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma”; hecho que lleva a que la vida en prisión tenga que tomar como referencia la vida en libertad, reduciéndose a lo mínimo posible los efectos nocivos del internamiento. Eso sí, repitamos, sin perder de vista, razones de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del establecimiento.

¹⁰⁴ “Libertad religiosa y centros penitenciarios”, conferencia pronunciada en la UNED en el seminario *Derechos fundamentales y centros penitenciarios*, diciembre de 2006.

¹⁰⁵ Mercedes Gallizo Llamas, “Asistencia religiosa en centros penitenciarios”, *Jornadas jurídicas sobre la libertad religiosa en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, p. 558.

¹⁰⁶ Véase, sobre este punto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2008 (Sala de lo Penal) que condenó a veinte reclusos por integración en grupo terrorista.

¹⁰⁷ Mercedes Gallizo Llamas, *Ibidem*.