

Consideraciones críticas sobre la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la intervención de las comunicaciones de los reclusos

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos

Para mi querido compañero Carlos García Valdés, cuyo temprano y valiente compromiso con la ciencia del Derecho penitenciario ha determinado que este sector de la ciencia completa del Derecho penal, alcance el lugar que le corresponde.

RESUMEN

Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la intervención de las comunicaciones de los reclusos, prevista en el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, desde la perspectiva del artículo 18.3 de la Constitución Española.

Palabras clave: Derecho penitenciario, Secreto de las comunicaciones, Intervención de las comunicaciones.

ABSTRACT

Analysis of the doctrine of the Constitutional Court regarding the intervention of prisoners' communications, provided for in article 51.5 of the General Organic Penitentiary Law, from the perspective of article 18.3 of the Spanish Constitution.

Key words: Penitentiary law, Secrecy of communications, Communication intervention.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. El llamado «Marco Normativo Constitucional» de la intervención de las comunicaciones de los reclusos.–3. La esforzada interpretación en clave constitucional del art. 51.5 LOGP.–4. Aspectos no tratados de la limitación del Derecho Fundamental.–5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Si uno lee las aproximadamente veinte resoluciones del Tribunal Constitucional sobre la intervención por motivos penitenciarios (1) de las comunicaciones de los reclusos en el período 1983-2013, último año este en el que aparece una decisión sobre el tema (2), se obtiene la impresión –bastante frecuente en los tribunales de justicia– de diferentes fases de elaboración doctrinal: se comienza por una primera aproximación tímida al contenido de un derecho fundamental, delimitado en el ámbito de las prisiones, para después configurar un contenido mucho más extenso y elaborado, y finalmente reducirlo ostensiblemente ante las reivindicaciones para el ejercicio de este derecho por parte de terroristas, particularmente de ETA, o por reclusos incluidos en el fichero FIES (3), de lo que cabe deducir que el Alto Tribunal estima que tal ejercicio resulta abusivo, aunque no lo manifieste expresamente.

(1) Hay que distinguir las intervenciones por motivos penitenciarios de las intervenciones por la posible comisión de un delito. Estas últimas están reguladas en los arts. 579 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). En lo que sigue no me voy a ocupar de las intervenciones previstas en la LECrim. Cfr. sobre la diferenciación entre ambas NISTAL MARTÍNEZ, «La libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa», *Diario La Ley*, n.º 7383, 19 de abril de 2010, p. 4, quien destaca que mientras las intervenciones penitenciarias son comunicadas al interno afectado, las acordadas para la investigación de un posible delito, no, ya que en otro caso se frustrarían las pesquisas iniciadas. Sobre la distinción véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 200/1997, de 24 de noviembre, Fundamento Jurídico (FJ) 4. Acerca de las intervenciones decididas para la averiguación de un posible delito, cfr. V. GIMENO SENDRA, «La intervención de las comunicaciones», *Diario La Ley*, n.º 7192, 9 de junio de 2009, pp. 1-21.

(2) Con posterioridad, el Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 40/2017, de 28 de febrero, FJ 4, ha mencionado, pero solo incidentalmente, la doctrina constitucional sobre intervención de las comunicaciones de los reclusos. Es en realidad un Auto sobre la solicitud de acercamiento de un recluso condenado por terrorismo a un centro penitenciario más próximo a su domicilio. Este ATC 40/2017, de 28 de febrero, viene acompañado de un muy relevante Voto Particular, que creo es de obligada lectura.

(3) Fichero de Internos de Especial Seguimiento, creado por Circular de 6 de marzo de 1991 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y generalizado

2. EL LLAMADO «MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL» DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DE LOS RECLUSOS

El art.18.3 de la Constitución Española (CE) garantiza el derecho fundamental en los siguientes términos:

«Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Con ello se está diciendo que la única excepción admisible («salvo») en cuanto al contenido del derecho solo puede venir de la mano de una decisión dictada por un órgano judicial.

Sin embargo, el régimen general para el ejercicio de este derecho fundamental por parte de los internos en un centro penitenciario viene descrito en el art. 51 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP), promulgada pues apenas un año después de la aprobación de la Constitución. Como indica Juanatey, estamos ante un derecho fundamental y no ante un beneficio penitenciario, quien añade que «Su concesión no depende de la conducta buena o mala del interno, ni de la evolución, en su caso, en relación con el tratamiento penitenciario» (4).

El art. 51.5 LOGP establece lo siguiente:

«Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente».

Pues bien, si contraponemos única y exclusivamente el art. 51.5 LOGP con el jerárquicamente superior art. 18.3 CE, resulta una clara contradicción, ya que el precepto de la LOGP autoriza a una autoridad administrativa, como lo es el Director de cualquier establecimiento penitenciario, no solo a intervenir, sino incluso a suspender, el derecho al secreto de las comunicaciones. De manera que lo que la Constitución reserva a la autoridad judicial, la Ley se lo permite a la autoridad administrativa, lo que en principio no puede ser admisible por razón de la superior jerarquía normativa de la Constitución. Es

a partir de las Instrucciones 21/1996, de 16 de diciembre, 6/2006 y 12/2011. Aunque la STC 189/1994, de 20 junio, no entra en el fondo por extemporaneidad de la demanda de amparo, se plantea en tal demanda la posible inconstitucionalidad del Fichero FIES.

(4) C. JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho penitenciario*, 2.^a ed., Madrid, 2013, Iustel, p. 182.

cierto que el art. 51.5 LOGP exige que el Director de la cárcel «dé cuenta» a la autoridad judicial competente, pero esta «dación de cuentas» parece ser, interpretándola según las palabras que usa la ley, una simple puesta en conocimiento. Y además esta puesta en conocimiento es posterior a la adopción de la medida administrativa, de modo que antes de que el juez o tribunal reaccionen –si es que se deciden a reaccionar, lo que ante una simple dación de cuenta no parece que haría falta– frente a la notificación, puede haber sido ya ejecutada la suspensión o la intervención de las comunicaciones del interno; de este modo la posible actuación judicial llegaría ya demasiado tarde, pues aunque decidiera anular –lo que el art. 51.5 LOGP no contempla expresamente– el acto administrativo, la suspensión o intervención ya habrían producido sus efectos y, en consecuencia, se habrían impedido completamente las comunicaciones del interno afectado o bien el contenido de estas habrían trascendido a las autoridades administrativas (5).

Sobre esta incompatibilidad entre el art. 18.3 CE y el art. 51.5 LOGP, y por lo tanto sobre la inconstitucionalidad de este precepto, no se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional, pero sin embargo sí la han defendido algunas demandas de amparo (6). Pero en la etapa de configuración extensa del derecho fundamental en

(5) Sobre este problema temporal del *dies a quo* de la intervención o suspensión de las comunicaciones y en este mismo sentido se pronuncia el Voto Particular de los Magistrados González Campos, Viver Pi-Sunyer y Vives Antón a la STC 128/1997 de 14 de julio: «A nuestro juicio la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria puede justificar, a partir naturalmente del momento de su emisión, la limitación del derecho fundamental, pero no sana la vulneración previa de la Administración, si esta vulneración existe durante el lapso de tiempo que media entre la actuación de la Administración y la resolución judicial [pues] la conculcación del derecho se ha producido, y así debe declararse y repararse en la medida en que ello sea posible –en la jurisdicción ordinaria o en la constitucional–. Si no se hace así se dejará impune una parte importante de la actividad de la Administración». Está de acuerdo con este punto de vista, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Madrid, 2000, Tecnos, p. 110.

(6) Así, por ej., la demanda que da lugar a la STC 73/1983, de 30 de julio, según se aprecia en su Antecedente 3.º; y la demanda que da lugar a la STC 175/1997, de 27 de octubre, como se expresa en su Antecedente 2. Por el contrario, la STC 58/1998, de 16 de marzo, Fundamento Jurídico (FJ) 7, ha descartado expresamente la inconstitucionalidad del art. 51.2 LOGP. Coincide en la inconstitucionalidad del art. 51.5 LOGP, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, cit., p. 95. Muy crítico con la práctica penitenciaria y con la doctrina del TC sobre la intervención de las comunicaciones entre el recluso y su abogado se manifiesta J. M. OLARIETA ALBERDI, «La intervención de las comunicaciones del Abogado en prisión», en *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona, 1994, J. M. Bosch, pp. 183-193, *passim*. F. REVIRIEGO PICÓN, «El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: comunicaciones escritas "entre" reclusos», *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 26, 2005, p. 576, menciona la

relación con los reclusos de un centro penitenciario, el Tribunal que interpreta la Norma Fundamental se ha referido a otro precepto constitucional, el art. 25.2 CE, con el fin de delimitar el contenido del derecho garantizado en el 18.3 CE. Aquel precepto declara lo siguiente:

«Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. 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.»

Por una parte, el Alto Tribunal destaca que el ejercicio por parte de los reclusos de su derecho al secreto de las comunicaciones sirve a los fines de la reinserción social. La STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2, es demostrativa de lo que acabo de indicar:

«Hay que advertir que este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos y adquiere, por ello, suma relevancia en orden al cumplimiento de la finalidad, no exclusiva, de reinserción social de las penas privativas de libertad que establece el primer inciso del art. 25.2 de la CE. Mediante la comunicación oral y escrita con otros sujetos, el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y ello le permite relacionarse con el exterior y, en definitiva, mantenerse preparado para su futura vida en el seno de la sociedad (7)».

Pero junto a esta, digamos, conexión «positiva» del art. 18.3 con el art. 25.2, existe en la doctrina del Supremo Intérprete de la Constitución, otra vertiente «negativa» de dicha conexión: ya la primera Sentencia del Tribunal Constitucional sobre este punto, la 183/1994, de 20 de junio, FJ 5, hace referencia al aspecto del art. 25.2 CE en cuanto configura un ámbito más estrecho en el ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos, legitimando, por lo tanto, las limitaciones que puedan provenir de la sentencia, del sentido de la pena y de la ley penitenciaria. Y es verdad que esa legitimación procede nada menos que del texto constitucional. Pero la exégesis se sistematiza a partir de la STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6, a), que

«dudosa constitucionalidad» de la supresión de la resolución judicial previa, pero no entra en la discusión a fondo de este problema.

(7) En el mismo sentido, STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 2.

habla ya de un «marco normativo constitucional» del derecho al secreto de las comunicaciones del que puede gozar una persona interna en un centro penitenciario. Las resoluciones posteriores suelen repetir esta sistematización, aunque a veces introducen en ella modificaciones y matizaciones.

La STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6, a), se permite una pequeña «trampa», ya que en vez de referirse a las limitaciones de la «ley penitenciaria», que es lo que garantiza el art. 25.2 CE, hace mención a las restricciones previstas en la «legislación penitenciaria», lo que permite ampliar la base normativa al Reglamento penitenciario, que puede ser mucho más estricto y menos garantista que la Ley del mismo sector (8). Pero si hay reserva de ley, y en el art. 25.2 CE se insta una verdadera reserva de ley, no es legítimo que un Reglamento establezca mayores limitaciones a un derecho fundamental que las que establece la Ley (9): así lo impone el art. 53.1 CE (10).

El «pobre» art. 25.2 CE sirve pues para justificar las restricciones que experimentan los reclusos cuando intercambian sus comunicaciones orales y escritas. Y lo califico de «pobre», porque es el único derecho fundamental (pues lo es, ya que está incluido en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución, que lleva por rótulo «*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*») al que el Tribunal Constitucional le ha negado la naturaleza de derecho fundamental. Y lo relega a la categoría de ser un simple mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria (11), lo que en román paladino significa que no puede fundamentar un recurso de amparo, aunque sí podría servir de base para un recurso o cuestión de inconstitucionalidad.

(8) La STC 128/2013, de 3 de junio, FJ 4, llega a mencionar dos Instrucciones aprobadas por el Ministerio del Interior, que incluye en el canon constitucional de control de las resoluciones judiciales.

(9) En el mismo sentido M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, cit., pp. 54-55 y 66, aunque véase la nota 43 en pp. 56-57.

(10) El tenor literal del art. 53.1 CE es el siguiente: «*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)*».

(11) Así SSTC 194/2002, de 28 de octubre, FJ 9 (con cita de otras en el mismo sentido); 128/2013, de 3 de junio, FJ 3, matizando el contenido de los dos primeros incisos del art. 25.2 CE.

En definitiva, aun encontrándose situado entre los arts. 14 al 29 del texto constitucional (12), estamos ante un derecho fundamental que no es un derecho fundamental, pero que sí sirve para limitar otros derechos fundamentales: ¡el colmo! (13)

La práctica irrelevancia del segundo inciso del art. 25.2 CE (14), se observa claramente en esta declaración del TC en su Sentencia 128/2013, de 3 de junio, FJ 3:

«Desde esta segunda perspectiva, la vulneración del art. 25.2 CE tendrá relevancia en un recurso de amparo constitucional, únicamente si dicha lesión lleva aparejada a su vez la de un derecho fundamental del interno –peso [sic, quiere decir preso] preventivo o en situación de cumplimiento de pena– indebidamente sacrificado o restringido por la autoridad penitenciaria (SSTC 73/1983, de 30 de julio, FJ 7 y fallo; y 15/2011, de 28 de febrero, FJ 7 y fallo). [...]

Razón por la cual, no estando comprometido un derecho fundamental autónomo sino tan sólo una de las facultades que la libertad hace posible y cuya restricción forma parte del status penitenciario, ha de descartarse la vulneración del art. 25.2 CE.»

Pero si el art. 25.2 CE permitiera que la ley penitenciaria redujera con toda amplitud el contenido esencial de un derecho fundamental de un recluso, entonces carecería de sentido la mención del precepto de que tal recluso *«gozará de los derechos fundamentales de este capítulo»*. Es decir, el art. 25.2 CE no permite eliminar la exigencia de que cualquier limitación del derecho al secreto de las comunicaciones tiene que venir necesariamente de una resolución judicial, tal y como

(12) Lo que, de acuerdo con los arts. 53.2 y 116.1 b) CE, es relevante para poder formular un recurso de amparo. No obstante, no todo lo que figura entre los arts. 14 al 29 CE es un derecho fundamental; a mi juicio no lo es, por ejemplo, la declaración del art. 22.2 CE: *«Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales»*; declaración, por cierto, inexacta, ya que debería decir más correctamente *«serán ilegales»*, pues se trata de un mandato de la Constitución al legislador ordinario: la Constitución no puede declarar la «ilegalidad» sino, en todo caso, la «inconstitucionalidad» de algo.

(13) Con esta doctrina del TC y sus consecuencias también se manifiesta muy crítica P. SOLAR CALVO, *«¿Tienen los internos demasiados derechos? Valoración normativa a raíz del ATC 40/2017, de 28 de febrero y su voto particular asociado»*, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 29, 2018, p. 41: *«A su vez, la interpretación que se hace del art. 25.2 CE ha derivado en un reconocimiento muy descafeinado de la reinserción social como mero mandato al legislador y, en cascada, ha contaminado la interpretación que se realiza sobre el reconocimiento del resto de derechos de quienes cumplen condena»*.

(14) *«El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.»*

expresa el art. 18.3 CE. A mi entender pertenece al contenido esencial (art. 53.1 CE) del derecho fundamental que me ocupa la exigencia de que solo pueda ser limitado por una resolución judicial, de manera que la ley de desarrollo de este derecho solo podrá determinar los casos en que resulte procedente la referida limitación y los casos en que la misma no resulte procedente.

Ahora bien, el art. 25.2 CE concreta su ámbito de aplicación a los penados, es decir, a los ya condenados por sentencia a una pena privativa de libertad o bien –aunque ahora no nos interesa este aspecto– a una medida de seguridad. Eso quiere decir que el 25.2 CE no es «expresamente» aplicable a los presos preventivos, esto es, a los sometidos a la medida cautelar de la prisión preventiva o provisional, por lo tanto no derivada de un fallo condenatorio. El tenor literal del segundo inciso del art. 25.2 CE no deja lugar a dudas: «*El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma [...]*».

No obstante la doctrina del Tribunal Constitucional incluye una segunda «trampa» y extiende a los preventivos su doctrina sobre la eficacia del art. 25.2 CE. Lo acabamos de ver al aclarar en la STC 128/2013, de 3 de junio, FJ 3, qué entiende por interno («*peso [sic, quiere decir preso] preventivo o en situación de cumplimiento de pena*»). El error gramatical –peso por preso– podría responder a la mala conciencia, precisamente reprimida, por hacer decir al texto constitucional lo que no dice. Es cierto que la LOGP incluye en el concepto de interno a los detenidos, presos o penados, lo que se puede comprobar al leer sucesivamente los apartados 1 y 2 del art. 15 de dicha ley. Pero no cabe ninguna vacilación acerca del hecho de que el segundo inciso del art. 25.2 CE solo se refiere a los penados, pero no a los detenidos ni a los que se encuentran bajo prisión preventiva o provisional (15). Y tampoco cabe duda de que la prisión provisional no es ni puede ser una pena anticipada (16).

La STC 141/1999, de 22 de julio, FJ 6, no manifiesta ningún reparo en extender la aplicación conjunta del art. 18.3 y segundo inciso del art. 25.2 CE a los preventivos:

«No representa un impedimento para la aplicación de esta doctrina el que se trate de un preso preventivo, circunstancia ésta aludida por el recurrente. Por más que, en términos generales, el hecho de tratarse de un preso preventivo y no de un condenado, deba mere-

(15) Como advierte NISTAL MARTÍNEZ, ob. cit., p. 6, es posible que un interno sea «mixto», es decir, que acumule la condición de penado y preventivo respecto a diferentes procesos penales.

(16) En este sentido SSTC 66/1989, de 17 abril, FJ 6; 128/1995, de 26 julio, FJ 3; 19/1999, de 22 febrero, FJ 5; 217/2001, de 29 octubre, FJ 5.

cer una específica consideración a la hora de adoptar motivadamente medidas que supongan la restricción de un derecho cabe reiterar, por lo que al presente caso concierne, la apreciación que se acaba de formular con apoyo en la STC 200/1997.

El art. 25.2 se refiere a los condenados a pena de prisión que estuvieren cumpliendo la misma, los cuales gozan de los derechos fundamentales, en la forma y con las limitaciones que hemos expuesto antes. Ni ese precepto ni ningún otro de la Constitución mencionan a los presos preventivos, que, como ocurre con los condenados, son titulares efectivos de los derechos fundamentales, las [sic, quiere decir «los»] cuales habrán de ejercitarse según la regulación legalmente establecida (art. 53.1 CE). [...]

Con estas garantías, la LOGP regula el ejercicio de los derechos de los «internos», una denominación que incluye a todos los reclusos de un Establecimiento Penitenciario, sean detenidos, presos o penados (art. 1)».

Pese a estas palabras, lo cierto es que algunas de las demandas de amparo sobre posible vulneración del art. 18.3 alegaban que la limitación del derecho se había aplicado a un preventivo, solamente acusado, pero no condenado, por ejemplo, por delito de terrorismo, lo que, según criterio del Letrado del demandante, excluía el empleo del segundo inciso del art. 25.2 CE, como fundamento de la limitación del secreto de las comunicaciones (17); tampoco resulta extraño que estas mismas demandas formularan la queja de vulneración de la presunción de inocencia, ya que, en cuanto no se había declarado todavía la responsabilidad penal del afectado, en verdad era todavía inocente.

No acabo de entender por qué el Alto Tribunal ha diseñado el marco normativo constitucional del ejercicio por los reclusos del derecho al secreto de las comunicaciones refiriéndose únicamente a los arts. 18.3 y segundo inciso del art. 25.2 CE, y con olvido por tanto del art. 55.2 CE. Salvo una referencia incidental en la STC 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 4, al art. 55.2 CE, ninguna otra resolución hace mención de este precepto. Conviene transcribir ahora su contenido:

«Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

(17) Se inician con demandas de amparo interpuestas por preventivos las SSTC 183/1994, de 20 de junio; y 141/1999, de 22 de julio, antecedente 7.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.»

Es cierto que este precepto queda restringido para las personas relacionadas con delitos de terrorismo, pero también es verdad que, en la práctica, muchas de las demandas de amparo han sido presentadas por tales personas; conviene añadir que esta norma establece con toda claridad, y además en el plano constitucional, la suspensión, entre otros, del art. 18.3 CE. El art. 55.2 CE no solo impone como condiciones la previsión en una «ley orgánica» (lo que evidentemente cumple la Ley Orgánica General Penitenciaria) y la «necesaria intervención judicial», sino además el «control parlamentario»; pero también e implícitamente excluye las suspensiones generales y no personalizadas (por ejemplo, para todos los reclusos de un centro penitenciario, o de una provincia, o de una Comunidad Autónoma), ya que ha de tratarse de una limitación legal «para personas determinadas». Desde luego que la expresión «intervención judicial» es mucho más elocuente y equivale a un completo control judicial que la más laxa de «dando cuenta a la autoridad judicial competente», que aparece en el art. 51.5 LOGP.

Pero por otro lado, el art. 55.2 CE puede ser aplicado sin problemas a los reclusos en situación de prisión preventiva (18), ya que la limitación del derecho que nos ocupa puede imponerse «en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas». Al menos, así lo creo yo. Pues un preventivo, de quien se sospecha su participación en un delito de terrorismo, está siendo investigado por su actuación con bandas armadas o elementos terroristas, lo que supone una fundamentación más clara que la que nos facilita el art. 25.2, segundo inciso, CE, si bien limitada a estos delitos.

El párrafo segundo del art. 55.2 CE sirve de recordatorio de la posible responsabilidad penal en los casos de utilización injustificada o abusiva de las condiciones previstas en la Ley Orgánica que prevea la suspensión de, entre otros derechos, el art. 18.3 CE. Sin embargo, en los supuestos en que el Tribunal Constitucional ha apreciado vulneración del art. 18.3 CE no hay constancia de que se hayan iniciado

(18) Para evitar que el art. 55.2 CE sea prácticamente una repetición del art. 18.3 CE, J. JIMÉNEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 81-82, extiende también la excepción que representa el art. 55.2 CE a personas que ni siquiera aparecen como formalmente investigadas en la instrucción penal, pero que sin embargo están relacionadas con hechos terroristas.

actuaciones penales contra las autoridades o funcionarios que se han extralimitado en la intervención de las comunicaciones respecto a condenados o acusados de terrorismo (19).

3. LA ESFORZADA INTERPRETACIÓN EN CLAVE CONSTITUCIONAL DEL ART. 51.5 LOGP

Aún con el complemento del art. 55.2 CE, el art. 51.5 LOGP no es completamente conforme con el marco normativo constitucional. Dicho en términos más claros: el art. 51.5 CE es inconstitucional, en cuanto que no garantiza que la decisión de restricción del derecho al secreto de las comunicaciones la adopte en primera instancia un juez o tribunal, tal y como exige el art. 18.3 CE. Pero, para evitar enfrentarse a la posible inconstitucionalidad de dicho art. 51.5 LOGP, cuestionada también –como ya se ha indicado– en alguna demanda de amparo (20), el TC se ha esforzado en interpretarlo, haciéndole decir lo que en verdad no dice. Veamos a continuación algunos aspectos de esta atrevida exégesis.

A) «*Dando cuenta*» como auténtico control judicial

Es evidente que la expresión «*dando cuenta*» que emplea el art. 51.5 LOGP implica simple y llanamente una comunicación del Director del Establecimiento Penitenciario al órgano judicial competente. Es decir, que bastaría como máximo con que este último se diera por enterado de la decisión administrativa de intervención mediante un acuse de recibo, pero en ningún caso se exigiría una resolución judicial que anulara o, por el contrario, convalidara tal decisión administrativa. Pues bien, como la mención del «*dando cuenta*» del art. 51.5 LOGP resulta incompatible con la expresión de «*salvo resolución judicial*» del 18.3 CE, nuestro Máximo Intérprete de la Consti-

(19) Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos están previstos en los arts. 197 y ss. del Código Penal [CP] y especialmente en el art. 198 cuando son cometidos por autoridad o funcionario público. En la STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 3 a), se da cuenta de que el interno –condenado por delito de terrorismo en nombre de ETA– denunció al Director del Centro «a fin de depurar las responsabilidades penales que el autor o autores de la citada intervención ilegal y continuada hayan contraído».

(20) Véase *supra* la nota 5 a pie de página. Véase además la STC 188/1999, de 25 de octubre, Antecedente 6 y FJ 9, donde se pone en duda la constitucionalidad de un precepto del Reglamento Penitenciario.

tución ha optado por entender que los términos «*dando cuenta*» equivalen a un verdadero control judicial. Inicia esta tendencia la STC 128/1997, de 14 de julio, FJ 5 (21), pero después se ha reiterado; la más completa fundamentación nos la ofrece la STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3:

«Rectamente entendida, esta dación de cuentas implica no sólo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuado a posteriori, mediante una resolución motivada. Ello se deduce de una necesaria consideración sistemática de este precepto con los arts. 76.1 y 2 g) y 94.1 de la misma LOGP, conforme a los cuales corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria salvaguardar los derechos fundamentales de los internos que cumplen condena, competencia esta que, en la materia que estamos analizando, implica un papel activo en protección de tales derechos, pues es el Juez de Vigilancia Penitenciaria «quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados» (STC 73/1983; en sentido similar SSTC 74/1985, 2/1987, 143/1993, 161/1993). A la misma conclusión conduce el art. 106.1 de la CE, por el que la Administración, también la penitenciaria, está sujeta al control judicial de la legalidad de su actuación (STC 73/1983). A ello hay que añadir, para valorar en toda su dimensión la importancia de esta medida, que el recluso puede ponerse en comunicación con ciudadanos libres, a los que también les afecta el acuerdo administrativo de intervención. Por todo ello resulta claro que si el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se limitase a una mera recepción de la comunicación del acto administrativo en el que se acuerda intervenir las comunicaciones y adoptase una actitud meramente pasiva ante la restricción por dicho acto del derecho fundamental del recluso, no estaría dispensando la protección del derecho en la forma exigida por las mencionadas normas».

B) «*Inmediatez*» en la dación de cuentas

Si se analiza con cierto detenimiento el aspecto temporal del art. 51.5 LOGP, cabe deducir que en primer lugar se dicta la decisión administrativa de intervención o suspensión de las comunicaciones y solo después

(21) Esta STC 128/1997, de 14 de julio, FJ 5, declara: «*Cierto es, pues, que las resoluciones judiciales no pueden limitarse a completar o suplir la carencia de la motivación de la que impone la medida, pero también lo es que tienen, respecto de la misma, plenitud de competencia revisoria [sic.] y por tanto, en relación con los hechos y no solo respecto de la fundamentación del acto porque emiten su propia decisión (no solo como órgano revisor sino también aplicando sus propias facultades en orden a la ejecución de la pena), y esta decisión será la revisable por este Tribunal*».

se da cuenta de la misma a la autoridad judicial competente. Este control judicial *a posteriori* determina que la intervención o suspensión de las comunicaciones puede estar ya en marcha antes de que el juez o tribunal alcancen a tener conocimiento de la misma, lo que implica evidentemente una relajación del control o, si se prefiere, un control menos efectivo: en efecto, desde el momento *a quo* de la intervención administrativa hasta que el órgano judicial resuelve, la comunicación, ya intervenida, ha trascendido a terceros, de modo que el derecho fundamental ha podido quedar vulnerado, siendo prácticamente imposible la subsanación.

Por esta razón, que la doctrina constitucional no pone abiertamente de manifiesto, desde muy pronto se ha exigido la inmediatez en la dación de cuenta por parte del Director del establecimiento penitenciario al órgano judicial, inmediatez que desde luego no viene exigida expresamente por el tenor literal del art. 51.5 LOGP. Ya la STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5 *in fine*, instaura «*la obligación de dar cuenta inmediata a la autoridad judicial competente*», lo que después ha repetido el intérprete máximo de la Constitución en otras resoluciones (22).

C) **Determinación del término o momento *ad quem* de la intervención**

Nuevamente podemos comprobar que el art. 51.5 LOGP nada dice acerca del momento final de la intervención o suspensión de las comunicaciones, lo que en principio podría permitir que esa medida fuera permanente para los presos en cárceles españolas. Pero el Tribunal Constitucional reaccionó pronto contra esa posible interpretación y exigió que la medida fuera acordada con un término, si bien permitió que el final no apareciera determinado temporalmente sino mediante un hecho, como, por ejemplo, aquel en que se produzca la desvinculación del preso respecto a ETA como organización terrorista. El argumento decisivo para esta interpretación «creativa» del art. 51.5 LOGP consiste en que cualquier medida que suponga una limitación de un derecho fundamental ha de ser proporcionada en relación con el fin que persiga la misma (23).

(22) Por ejemplo, SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 3; 175/1997, de 27 de octubre, FFJJ 4 y 5; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6 c); 192/2002, de 28 de octubre, FJ 5 c); 193/2002, de 28 de octubre, FJ 3 c); 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6 c).

(23) En este sentido SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 6; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 3 *in fine*; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5 c); 106/2001, de 23 de abril, FJ 6 b) *in fine*; 192/2002, de 28 de octubre, FJ 5 b) *in fine*; 193/2002, de 28 de octubre, FJ 3 b) *in fine*; 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6 b) *in fine*; 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 2 *in fine* y ATC 54/1999, de 8 de marzo, FJ 2.

4. ASPECTOS NO TRATADOS DE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Para mí los aspectos más sorprendentes de la doctrina del Tribunal Constitucional son aquellos no tratados por la misma y que, sin embargo, considero decisivos para delimitar el contenido esencial del derecho fundamental. Sin ánimo de exhaustividad menciono a continuación algunas de estas cuestiones omitidas.

A) **La distinción entre intervención y suspensión**

Dejando al margen ahora el art. 18.3 CE, que no califica la excepción del derecho fundamental, el art. 25.2 CE emplea el término «*limitados*», mientras que –para los relacionados con delitos de terrorismo– el art. 55.2 CE utiliza la expresión «*suspendidos*».

Por su parte, la LOGP en su art. 51.5 permite que las comunicaciones sean «*suspendidas o intervenidas*».

Está claro, a mi entender, que tanto la suspensión como la intervención son medidas que, en cualquier caso, suponen una restricción del derecho fundamental, de modo que ambas estarían legitimadas por el art. 25.2 CE, ya que este precepto prevé genéricamente la posibilidad de limitar los derechos fundamentales de los reclusos.

Ahora bien, suspensión e intervención, ¿son una misma cosa o son cosas distintas? Según el Diccionario de la Real Academia Española, suspensión es la «situación anormal en que, por motivos de orden público, quedan temporalmente sin vigencia algunas de las garantías constitucionales». Mientras que, según la misma fuente, intervenir consiste en «dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones». Luego a pesar de que ambos conceptos puedan terminológicamente solaparse, lo lógico es que, si la norma los emplea, no signifiquen lo mismo. Por otro lado, la LOGP regula de distinta manera las suspensiones y las intervenciones, prohibiendo aquellas en algunos casos y permitiendo estas en otros, lo que obliga a una diferenciación más depurada de ambas nociones. Desde esta perspectiva diferenciadora, y pese a las apariencias, aplicadas tales medidas a los derechos fundamentales resulta que la suspensión supone una actuación más radical (y por lo tanto prevista en la Ley para casos excepcionales) que la intervención.

Ahora bien, el art. 51.5 LOGP aplica ambos conceptos de suspensión e intervención no al secreto de las comunicaciones sino a la libertad en sí de las propias comunicaciones. En este objeto de referencia coinciden suspensión e intervención. Conviene tener en cuenta que, de

acuerdo en este aspecto con la doctrina científica (24), el Tribunal Constitucional ha considerado que el art. 18.3 CE consagra implícitamente la libertad de comunicación y expresamente el secreto de la misma (25).

Teniendo en cuenta ambos aspectos cabe afirmar que la suspensión implica la privación temporal del derecho a comunicarse, tanto oralmente como por escrito, por parte del recluso con terceros, sin que según la propia LOGP, en su art. 51.2 y 3, puedan ser suspendidas administrativamente las comunicaciones del recluso con su Abogado defensor ni con sus Procuradores; en estos casos solo es posible la suspensión judicial, es decir, mediante una resolución judicial que así lo acuerde y siempre que se trate de un delito de terrorismo (art. 51.2 LOGP). Respecto a las comunicaciones con los Asistentes Sociales y Sacerdotes o ministros de la religión del recluso, no está tampoco prevista en la ley la suspensión administrativa (art. 51.3 LOGP).

En tanto que, por su parte, la intervención supone una actuación que no priva completamente del derecho a comunicarse, pero que lo restringe, permitiendo que los funcionarios penitenciarios accedan al medio que se utiliza para la comunicación, y por lo tanto determinen que se produzca la desaparición del secreto que, en principio, debería cubrir dicha comunicación. Tampoco es posible la intervención administrativa de las comunicaciones del interno con sus Abogados y Procuradores, pudiendo acordarse exclusivamente una intervención judicial de las mismas (art. 51.2 LOGP). Pero sí está permitida la intervención administrativa de las comunicaciones con los Asistentes Sociales y Sacerdotes o ministros de la religión del recluso, remitiéndose la ley (art. 51.3 LOGP) en este punto al Reglamento.

B) Modalidades de la intervención

Por lo que se refiere a las modalidades que puede adoptar la intervención, la doctrina del Alto Tribunal no es que sea parca, sino que es realmente inexistente. Y, sin embargo, al menos a mí, esta me parece

(24) Cfr., en este sentido, P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Notas sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», en *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia constitucional (Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*, Valencia, 2005, Tirant lo Blanch, pp. 666-667. Sin embargo, no comparte que la libertad de comunicaciones esté protegida en el art. 18.3 CE, E. BELDA PÉREZ-PEDRERO, «El derecho al secreto de las comunicaciones», *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 2, 1998, pp. 177 y 180.

(25) Así SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7; 15/2011, de 28 de febrero, FJ 5. El aspecto de la libertad de comunicaciones queda eliminado en la pena principal (art. 48.3 CP) y accesoria (art. 57.3 CP) de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas.

una cuestión decisiva, porque según cuál sea la modalidad, la intervención puede adoptar mayor o menor intensidad.

En efecto, no es lo mismo limitar el número de cartas a dos semanales, tal y como aparece en el antecedente 4 a) y en el FJ 7 de la STC 141/1999, de 22 de julio, que ordenar el Subdirector del centro penitenciario al recluso que tache algo de un escrito, como figura en los antecedentes 2 c) y 8 de la STC 175/2000, de 26 de junio. También sería algo diferente limitar el papel, los sobres o los bolígrafos necesarios para escribir una carta (26).

Parece que es intervención la lectura por un funcionario de una carta escrita por un interno, ¿pero también lo es la censura de la misma, cortando partes del escrito, tachando frases o incluso destruyendo páginas enteras, de manera tal que se impida una lectura completa de la misiva por el destinatario de la misma? ¿pueden exigir los funcionarios de la Administración penitenciaria que las cartas se entreguen abiertas?; o bien, ¿están legitimados para admitirlas cerradas, pero exigiendo que se indique el contenido de las mismas, caso este último que constituye el supuesto de hecho de la STC 15/2011, de 28 de febrero, Antecedente 3 a)? ¿está capacitado un Director de un establecimiento penitenciario para impedir la comunicación de un recluso con una persona en concreto del exterior, bien como remitente bien como destinatario, persona de la que se temen peligros para la seguridad del centro o el interés del tratamiento, permitiendo no obstante al mismo tiempo las comunicaciones con otras personas distintas (27)? ¿es una intervención lícita la grabación de una comunicación oral entre el recluso y su cónyuge? (28) ¿y lo sería la audio o video-

(26) En los arts. 579 ss. LECrim. se mencionan como modalidades de intervención de la correspondencia la «detención», la «apertura», el «registro» o las «copias» de telegramas.

(27) Hay que tener en cuenta que entre las Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa de 2006 figura la regla 24.^a, apartado 12, conforme a la cual «Los internos deben de estar autorizados a comunicar con los periodistas de los medios de comunicación a menos que razones imperativas se opongan a ello por motivos de aseguramiento o seguridad, de interés público o de protección de las víctimas, de otros internos o del personal». Cfr. al respecto A. TÉLLEZ AGUILERA, *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa*, Madrid, 2006, Edisofer, pp. 60 y 80.

(28) No comparto la idea de que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no ampara a los que establecen una comunicación oral y directa, sin intermediación técnica de un tercero, como sin embargo entienden el TC, el TS y la doctrina científica; por ejemplo: el muy influyente trabajo de J. JIMÉNEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», cit., pp. 49-50; P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, en *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia constitucional*, cit., p. 676; F. J. DÍAZ REVORIO, «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», *Derecho PUCP [Pontificia Universidad Católica del Perú]*. *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 59, 2006, p. 163; J. VEGAS TORRES, «Sobre el alcance

grabación de una comunicación entre el interno y su pareja celebrada mediante un vis a vis?

La simple mención de estas hipótesis debería servir para poner de manifiesto que no todas las intervenciones –incluso las acordadas administrativamente y con una resolución judicial que las llegara a confirmar– pueden ser consideradas lícitas, de modo que debería ser la ley la que relacionara las intervenciones que, si se cumplen todas las formalidades, pueden ser consideradas lícitas. Y además, y en todo caso, la declaración de licitud de estas intervenciones debería estar presidida por el principio de proporcionalidad, de tal manera que solo estuvieran permitidas aquellas que fueran adecuadas a la consecución del fin que se persigue con la intervención.

C) **La condición de emisor o destinatario de la persona intervenida**

Para valorar la relevancia y el alcance de la intromisión en las comunicaciones el Tribunal Constitucional ha tenido en cuenta que es posible que el recluso se ponga en contacto con ciudadanos no afectados por el acuerdo de intervención.

del secreto de las comunicaciones», en C. Hermida / J. A. Santos (Coords.), *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, 2015, Congreso de los Diputados – Universidad Rey Juan Carlos, pp. 1611-1612 (con indicaciones de la doctrina del TC y del TS en el mismo sentido). Las razones de mi criterio son: 1.^a, porque resulta carente de justificación afirmar que se garantiza la libertad de comunicaciones cuando hay un tercero que hace de intermediario entre los comunicantes y que no cabe garantizar tal libertad cuando la comunicación es oral y directa, y entre los comunicantes no se interpone ningún tercero; 2.^a, porque el texto del art. 18.3 CE no permite tal restricción, pues aunque las comunicaciones orales y sin intermediarios no aparecen entre las modalidades de comunicaciones que el precepto menciona expresamente («*postales, telegráficas y telefónicas*»), este sí que concreta que se trata de una relación meramente ejemplificadora («*en especial*»), por lo que caben otras amparadas por el derecho fundamental; 3.^a, porque el art. 51 LOGP regula tanto las comunicaciones escritas como las orales; 4.^a, porque las actuales posibilidades técnicas de audio o videgrabación se han incrementado y perfeccionado de tal modo, que no tiene sentido considerar que, pese a no haber sido prestado el consentimiento de los interlocutores, tales grabaciones son lícitas constitucionalmente (sobre estas posibilidades de grabación de las comunicaciones orales, cfr. J.-M. TAMARIT SUMALLA y otros, *Curso de Derecho penitenciario*, Valencia, 2001, Tirant lo Blanch, p. 170; mencionan supuestos reales de grabaciones de conversaciones de internos de ETA con sus abogados, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coord.), *Manual de Derecho penitenciario*, Madrid, 2001, pp. 269-270); 5.^a, porque, al margen de lo anterior, es discutible que en un locutorio penitenciario o en un local de vis a vis de una cárcel no haya una «intermediación técnica».

Así la STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3, declara:

«A ello hay que añadir, para valorar en toda su dimensión la importancia de esta medida, que el recluso puede ponerse en comunicación con ciudadanos libres, a los que también les afecta el acuerdo administrativo de intervención» (29).

A la vista de esta toma de postura —completamente razonable— en las comunicaciones escritas, lo lógico sería un distinto tratamiento cuando el emisor es una persona libre que cuando es un interno sometido a una medida de intervención.

Sin embargo, por influencia de un criterio administrativo adoptado respecto a reclusos relacionados con delitos de terrorismo, la doctrina del Alto Tribunal ha considerado que la intervención es tan legítima cuando el intervenido es emisor que cuando es destinatario, *«pues de lo contrario sería posible la transmisión de datos que pusieran en peligro la seguridad del centro penitenciario, resultando defraudada o burlada la medida de intervención en detrimento de la finalidad que con ella se persigue y que constituye uno de los fines que pueden justificar desde la perspectiva constitucional una restricción del ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones» (30).*

En otro lugar, la doctrina del Supremo Intérprete de la Constitución ha apuntado, en relación con otro problema, la posibilidad de que el interno en un centro penitenciario envíe sus cartas a una persona del exterior para que esta las remitiera a su vez a otro interno (31).

Por mi parte tengo que decir que no es lo mismo ser emisor que destinatario de una comunicación escrita: en efecto, el emisor adopta una actitud activa al controlar lo que escribe y a quién lo escribe, mientras que el destinatario adopta una actitud más pasiva en cuanto que simplemente lee —o no— la comunicación recibida. Si nos centramos en el supuesto en el que el emisor es una persona libre, no afectada por ninguna decisión judicial de suspensión o intervención de su derecho al secreto de las comunicaciones, es verdad que, hipotéticamente hablando, podría facilitar al interno datos sensibles respecto a la seguridad del centro penitenciario o ayudarle en la adquisición de

(29) En el mismo sentido SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 192/2002, de 28 de octubre, FJ 5 c); 193/2002, de 28 de octubre, FJ 3 c); 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6 c).

(30) STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 7 (*vid.* también FJ 4 de esta misma resolución). En el mismo sentido, SSTC 192/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 193/2002, de 28 de octubre, FJ 4 a); 194/2002, de 28 de octubre, FFJJ 5 y 7; la STC 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 2, generaliza esta idea: *«hemos afirmado también que la intervención opera tanto sobre las comunicaciones enviadas como sobre las recibidas».*

(31) STC 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 4.

drogas. Pero en tal caso lo procedente sería que un órgano judicial adoptara una medida cautelar contra dicha persona libre al sospechar que pudiera estar preparando la comisión de un delito. Pues si se acordara en tal supuesto la intervención por iniciativa del Director del centro penitenciario, sería a costa de desnaturalizarla, ya que se aplicaría a un sujeto no sometido a la autoridad penitenciaria, en cuanto que se estaría tratando de una persona libre, y se adoptaría, no con carácter cautelar respecto a la seguridad del centro penitenciario, sino en relación con la posible comisión de un delito, lo que resulta ajeno al ámbito del art. 51 LOGP (32).

5. CONCLUSIÓN

Por un lado, podría decirse que el art. 51.5 LOGP se asemeja a la catedral de Santiago de Compostela. En ella el original y románico Pórtico de la Gloria ha quedado recubierto por la fachada del Obradoiro para la protección de aquel. Pues bien, de forma similar, al contenido inicial del art. 51.5 LOGP se le ha añadido como un pórtico protector la abundante doctrina del Tribunal Constitucional que, más que desfigurar, reconfigura el precepto y le da un sentido nuevo, más acorde con el Texto Fundamental. De esta manera, para conocer el verdadero y completo régimen jurídico de las comunicaciones de los internos no basta con leer el art. 51 LOGP, sino que hay que acudir además a una pluralidad de sentencias y algún auto del Tribunal Constitucional.

Pero, por otro lado, el art. 51.5 LOGP me recuerda a tantas estructuras de edificios de nuestro país, ocasionadas por la crisis desatada a partir de 2008, en las que solo se ven columnas y forjados, y a las que le faltan los tabiques exteriores e interiores. También al art. 51.5 LOGP le falta un desarrollo interior, de modo que indique claramente a los órganos administrativos y judiciales qué es lo que pueden hacer y qué es lo que no pueden hacer.

Pese a la buena fe que, seguramente, ha animado a la doctrina del Tribunal Constitucional al aproximar forzosamente el art. 51.5 LOGP a la constitucionalidad, lo cierto es que sería preferible que el legislador reformara este precepto para convertirlo en una norma que en verdad sea acorde con la Ley Fundamental, matizando además los

(32) En tal caso podría resultar procedentes los supuestos de detención o prisión provisional incomunicada (art. 509 ss. LECrim) y de detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica por orden judicial (arts. 579 ss. LECrim).

muchos aspectos que se han tratado en estas Consideraciones críticas y seguramente otras no mencionadas (33).

En particular, para respetar el art. 18.3 CE, creo que el Director del Centro penitenciario debería tener únicamente la capacidad de proponer (no de decidir) la intervención o suspensión de las comunicaciones de los reclusos, siendo el juez o tribunal quienes deberían adoptar motivadamente la decisión favorable o contraria a tal propuesta.

(33) Por ejemplo: ni la LOGP ni el Reglamento Penitenciario se refieren a qué deben hacer los funcionarios penitenciarios con el conocimiento que adquieren a partir de las comunicaciones que han sido intervenidas. En consecuencia, tales textos normativos no exigen que se acredite documentalmente el resultado de la intervención de las comunicaciones de un recluso. Sin embargo, la exigencia de actas escritas –e incluso de fotocopias–, tal y como prevén los arts. 579 bis.2 y 588 LECrim para la intervención de la correspondencia en los procesos penales, sería plenamente razonable para que la Administración penitenciaria justificara la pertinencia –o impertinencia– de la orden de intervención ya ejecutada y especialmente para su posible prórroga o la nueva decisión de intervención en otro establecimiento penitenciario en el que ingrese posteriormente el mismo recluso. El control judicial sería más sencillo con estos medios de acreditación documental de previas intervenciones.