

¿PUEDEN LOS PRIVADOS DE LIBERTAD USAR MÓVILES PARA COMUNICARSE?



BORJA MAPELLI CAFFARENA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 03-11-2013
Fecha de aceptación: 04-12-2013

RESUMEN: El autor realiza una exposición sobre la problemática jurídica relacionada con la tenencia y utilización de dispositivos de telefonía móvil en los establecimientos penitenciarios por parte de los internos, focalizada sobre todo en la tensión existente entre la preservación de la seguridad y el ejercicio de derechos individuales, adoptando finalmente una postura argumentada para abordar, de una manera más progresista, la regulación jurídica de la cuestión.

PALABRAS CLAVE: Teléfonos móviles; seguridad en establecimientos penitenciarios; comunicaciones.

ABSTRACT: The author exposes the juridical problematics related to the possession and utilization of mobile telephony devices in penitentiary establishments by convicts, focused especially in the tension between the preservation of the safety and the exercise of individual rights, adopting finally an argued position to approach, in a more progressive way, the juridical regulation of this subject.

KEY WORDS: Mobiles phones; security in penitentiary establishments; communications.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. SEGURIDAD VS. DERECHOS INDIVIDUALES.- III. REGULACIÓN JURÍDICA VIGENTE. 1. Marco general. 2. Tenencia de móviles en establecimientos penitenciarios.- IV. TOMA DE POSTURA.-

I. INTRODUCCIÓN

A los avances tecnológicos el mundo del Derecho debe responder con una permanente revisión de los equilibrios entre los derechos y los deberes y de las argumentaciones de las nuevas soluciones propuestas, muy conscientes de que del establecimiento de esas fronteras no solo se deriva seguridad jurídica, sino el

reforzamiento de las garantías de los derechos involucrados¹. No obstante, cada vez resulta más difícil conjugar los vertiginosos avances de una tecnología muy agresiva para ciertos derechos fundamentales, hasta el extremo de que el ciudadano del s. XXI parece conformado frente a la fascinación tecnológica y permite agresiones inimaginables en otras épocas.

Aún resultan más difíciles esas revisiones cuando nos ubicamos en el mundo de la prisión. La condición de privado de libertad no tendría por qué hacer perder a las personas el acceso a ciertos derechos. A pesar de su importancia, uno de los más vulnerados es el derecho a comunicarse con el mundo exterior. Si distinguimos dentro de los sistemas de comunicación, los físicos (orales, epistolar, salidas, etc.), los analógicos (teléfonos o telegramas) y los digitales (móviles o en red), las prisiones tan solo han desarrollado los primeros y, escasamente, los segundos; es más, el acceso a los sistemas analógicos apenas lleva unas décadas, se produce, por primera vez, con la vigente ley, en el 1979. No hace, por tanto, mucho tiempo que las prisiones eran concebidas de una forma monolítica. Las relaciones con el exterior, históricamente, se limitaban al estrecho cauce de las comunicaciones en locutorios y de las epistolares, estas últimas reservadas a quienes sabían leer y escribir y, las primeras, sometidas a unas condiciones de privacidad e intimidad deplorables. Cuando comenzaron a instalarse cabinas telefónicas en el interior, hubo una auténtica resistencia del sistema que se reflejó en el injustificable requisito reglamentario de que solo por motivos

¹ Precisamente, cuando comenzamos a escribir este artículo el periódico El Mundo, en su edición digital, (09/10/2013) se hace eco de una Sentencia del TC en la que ha rechazado el recurso de amparo interpuesto por un trabajador que fue despedido de una empresa del sector químico por enviar información "sensible" y "confidencial" a la competencia utilizando para ello el teléfono móvil y el correo electrónico corporativo. El Alto Tribunal niega que la empresa haya vulnerado el derecho a la intimidad ni el secreto de las comunicaciones. El empleado durante un tiempo había transmitido por estos medios información a la competencia que, a juicio de TC transgredía la buena fe, que debe presidir las relaciones laborales, al haber mantenido durante "mucho tiempo" una conducta de "máxima deslealtad", proporcionando mediante correo electrónico y SMS información confidencial a otra entidad mercantil, sin haber pedido autorización para ello y utilizando medios que eran propiedad de la empresa. La empresa, argumenta el TC, tenía legitimidad para controlar "las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral realizada a través del uso profesional de estos instrumentos, como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a fines personales o ajenos al contenido propio de su prestación de trabajo" y concluye afirmando que la limitación del email a fines profesionales "llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales".

excepcionales o cuando la familia está lejos se pueden solicitar comunicaciones telefónicas (art. 47). Queda aún por afrontar el difícil reto de incorporar los medios digitalizados y *en red* al sistema de comunicaciones penitenciarias. Las directrices de política penitenciaria que se han seguido hasta ahora, tanto en nuestro país como en el exterior, son absolutamente prohibitivas. Sin embargo, la porosidad de los sistemas penitenciarios modernos hace muy difícil mantener la prohibición. Es casi inimaginable que se pueda lograr un paraguas desdigitalizado en el mundo actual, en el que estos sistemas de comunicación alcanzan los rincones más recónditos. Los incidentes descubiertos en las prisiones son cada vez más numerosos² y demuestran que, efectivamente, el problema lejos de solucionarse origina frecuentes conflictos disciplinarios. La propia Administración penitenciaria ha terminado por reconocer en la

² Sin ánimo de exhaustividad a continuación referimos algunos casos de los que se han hecho eco los medios de comunicación. Caso Rocha (*“Durante semanas, Rocha tuvo en su poder un móvil de última generación dentro de la cárcel y con él grabó, asegura, su alegato contra el trato ‘inhumano’ que reciben los presos, y las ‘pésimas’ condiciones de salubridad en las cárceles.”* En las imágenes, grabadas en el verano de 2012, Rocha acude a la celda de otro preso que vende marihuana, hachís y cocaína para “pagar a funcionarios”, sostiene, y en otro vídeo se observa cómo una persona abre su celda, cerrada en ese momento bajo llave, para suministrarle tiras de hachís pegadas en una tarjeta.”). <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/03/11/madrid/1363031116.html>. Caso Duchemin (*“Duchemin fue denunciado después de descubrirse que mientras estaba en prisión tuvo acceso a un teléfono móvil, que podía utilizar para llamar al exterior. El francés, que obtuvo el aparato a través de un funcionario, se arrepiente de utilizar este teléfono, pero mantiene que en ese momento lo consideró normal porque anímicamente estaba muy hundido y necesitaba hablar con su mujer. El preso pagó 500 euros por este teléfono, pero afirma que ahora no se atrevería a comprarlo. ‘Sufrió dos infartos estando en prisión y una llamada a mi mujer era mi medicina para no hundirme. Solo hablaba con ella, con nadie más’*”). <http://www.diariodemallorca.es/mallorca/2012/10/22/telefono-movil-prision-palma/802538.html>. El caso Kalashov (*“Zakhar Kalashov es el jefe de la mafia georgiana y desde enero lo es también de la todopoderosa mafia rusa. Este ascenso lo ha conseguido pese a estar entre rejas en varias cárceles españolas desde el año 2006”...* Los dos últimos años los ha pasado en dos penales gallegos: siete meses en el de A Lama (Pontevedra) y los quince últimos en el de Teixeiro, en Curtis (A Coruña). Fue allí donde, según fuentes policiales que cita el diario ABC, Kalashov dirigió una reunión de capos mafiosos rusos que se produjo en enero en Atenas y que le llevó a la cúpula de la organización”... Kalashov, que es considerado el preso más vigilado que hay en España, fue trasladado la pasada semana de la cárcel de Teixeiro a la de Zaragoza”... “Se ha barajado que el preso pudo intervenir desde la cárcel de Teixeiro a través de un teléfono o, incluso, especulan, por videoconferencia.” <http://www.farodevigo.es/galicia/2013/04/30/jefe-mafia-rusa-dirigio-prision-corunesa-teixeiro-reunion-capos/800734.html>). O el caso Arginzoniz (*“El equipo de dirección del Centro Penitenciario de Huelva ha decidido imponer un duro castigo al preso de la banda terrorista ETA, Aritz Arginzoniz Zubiaurre, alias ‘Artito’, tras descubrir que su novia intentó introducir el pasado día 5 de enero en esta prisión un teléfono móvil en el transcurso de un encuentro programado por ambos y autorizado por Instituciones Penitenciarias, según adelantó ayer El Confidencial Digital”... “Instituciones Penitenciaria considera este hecho ‘muy grave’. Según El Confidencial Digital intentar colar un teléfono en un centro penitenciario es una maniobra considerada ‘habitual’ entre los presos comunes, pero hasta ahora no se habían dado casos de miembros de ETA que intentaran mantener comunicación con el exterior de la cárcel con dispositivos móviles.”*. <http://www.elperiodicodehuelva.es/index.php/noticias/item/24491-un-presos-de-eta-intenta-%E2%80%98colar%E2%80%99-un-m%C3%B3vil-en-la-prisi%C3%B3n>).

Instrucción 3/10 (Protocolo de actuación en materia de seguridad) que se “viene produciendo un considerable aumento respecto a la introducción y posesión por parte de los internos de aparatos de telefonía móvil”. Según distintas fuentes de información se pueden obtener móviles por un precio entre los 500 y los 1.000 €. El tamaño de los terminales –fáciles de ocultar-, el que la mayoría de sus elementos sean de plástico, indetectables por los radares convencionales, la existencia de enchufes en las celdas para recargarlos, la posibilidad de abonar el saldo en el exterior y la dificultad técnica de los inhibidores, que terminan afectando a los sistemas de comunicación y a los propios sistemas informáticos de todo el centro, son algunas de las circunstancias que favorecen su inevitable entrada en los establecimientos³.



II. SEGURIDAD VS. DERECHOS INDIVIDUALES

Invocar la seguridad por parte de las instancias oficiales para limitar el ejercicio de los derechos es un recurso excesivamente frecuente. La innegable fuerza atractiva de la seguridad, como argumento, arrastra consigo, innecesariamente, muchos derechos y pone al privado de libertad en una suerte de estado de excepción personal. Sin mayores concreciones se señala, una y otra vez, la necesidad de que la vida en la prisión esté presidida, por encima de todo, por los criterios de seguridad que garantizan el cumplimiento del mandato judicial. El desconocimiento de las enormes posibilidades – legales y materiales- de que dispone la Administración penitenciaria para asegurar la convivencia ordenada en los establecimientos, haciéndolo compatible con el ejercicio de los derechos de las personas, la coloca ante terceros en una posición “cómoda”, con unos amplísimos márgenes de actuación, que da lugar a lo que en otras ocasiones he denominado los *excesos penitenciarios*⁴. Por esto, quizás es conveniente recordar que hace décadas que nuestras cárceles dejaron de ser noticia por episodios violentos, organizados por la población penitenciaria y que nos tenemos que ir al cine para saber

³ Para más detalles vid: <http://www.europapress.es/nacional/noticia-registran-modulo-carcel-valdemoro-busca-moviles-aparicion-supuesto-presos-twitter-20120119175644.html>

⁴ Vid. por todos, Mapelli Caffarena, *El tratamiento penal de los excesos en la ejecución de la privación de libertad*, en Libro Homenaje a Francisco Bueno Arús. Núm. Extra. Revista de Estudios Penitenciarios. (2013)

cómo es un motín. Esta situación de paz penitenciaria, absolutamente deseable, se ha logrado gracias a una férrea arquitectura y a una reutilización disciplinaria de todos los beneficios que en sus orígenes se concibieron como estímulos al servicio de los programas resocializadores. En las prisiones, hoy preocupa mucho más el buen recluso que el buen ciudadano. Pero no debemos olvidar que, como señala García Valdés, con razón, una correcta comprensión del régimen penitenciario lo asocia con el objetivo de “evitar que el interno rompa sus contactos con el mundo exterior, que no se sienta temporalmente excluido de un modo absoluto de la sociedad”⁵.

Tenemos la impresión de que la actual decisión de prohibir el acceso a las comunicaciones digitales se hace sin que la misma vaya precedida de un estudio sobre los riesgos reales que comporta y se apoya exclusivamente en presunciones más o menos infundadas. Limitar el acceso a los derechos de las personas en base a meras presunciones vulnera esos derechos en su propia esencia. Sin embargo, la naturaleza y los contenidos de los derechos fundamentales de las personas no cambian en su esencia para los privados de libertad, sino que mantienen su vigencia y sus garantías –e, incluso, habría argumentos jurídicos a favor de considerarlos reforzados- en el escenario de la cárcel. Sostener lo contrario es tanto como reconocer a los internos como ciudadanos de segunda clase. Sin embargo, algunos de estos, como el derecho al patrimonio, a la libertad ambulatoria, a la intimidad, a la presunción de inocencia, a los derechos de los pacientes -privacidad del historial clínico, consentimiento del tratamiento médico- y otros más o, sencillamente, se niegan o son interpretados de forma sustancialmente distinta, de manera que pierden sus contenidos en contra de lo establecido por nuestro texto fundamental que deja claro su invulnerabilidad, si no resultan expresamente contrarios a las necesidades de estar privado de libertad. En estas circunstancias no nos debe extrañar tampoco la destacada proliferación de resoluciones del Tribunal Constitucional que se derivan de la interpretación del Art. 25. 2 CE.

Al hilo del tema que nos ocupa, es, de nuevo, conveniente recordar aquí que la intervención de las comunicaciones y el ejercicio de los derechos de la persona

⁵ García Valdés. *Comentarios a la Legislación penitenciaria*. Madrid. 1982. Pág. 167.

asociados a la misma solo son posibles respetando las garantías de motivación, proporcionalidad y control judicial⁶. Subrayamos estas garantías porque deben ser tenidas en cuenta cuando nos planteamos la posibilidad de digitalizar las comunicaciones de la población penitenciaria.

No es de extrañar que también las comunicaciones o, más ampliamente, los contactos con el mundo exterior a las prisiones hayan centrado el interés a partir de estos avances tecnológicos. La LOGP no se atrevió a otorgarles el carácter de derecho de los privados de libertad, si bien con ella se introduce una rica constelación para adaptarse al perfil del interno, una variedad hasta entonces desconocida en nuestro país y, aun hoy, muy avanzada en un análisis de derecho comparado. Fue en el catálogo de derechos de los internos del Reglamento Penitenciario donde se eleva a este rango las “*relaciones con el exterior previstas en la legislación*” (art. 4. 2. e/). En todo caso es incuestionable su estrecha relación con los fines de la reinserción social de los condenados⁷, además, de otros derechos reconocidos en la Constitución, como son los derechos a ejercer la libertad de expresión (Art. 20.1 CE), a la libertad ideológica (Art. 16.1 CE) o a la intimidad (art. 18.1 CE).

A la vista del interés suscitado por otros modos de comunicarse con el exterior podemos convenir que las llamadas de teléfono no han sido suficientemente explotadas y, consiguientemente, han jugado un papel poco relevante. Es posible que, junto al recelo general con el que se trata por el legislador el tema de las comunicaciones, también se haya considerado que las cabinas no permitían su uso generalizado y frecuente. El control analógico se hacía complicado y la ubicación y número de terminales creaban -y siguen creando- problemas dentro de los establecimientos. Pero hoy las cosas han cambiado radicalmente con las posibilidades que ofrecen las telefonías móviles.

⁶ Vid. Marco Urgell. *La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia* (Tesis doctoral). <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/32087/amu1de1.pdf;jsessionid=D1F2AE012B2F8F803F06FE9D7251B70E.tdx2?sequence=1>. En el mismo sentido, 88 Efectivamente, la S.T.C. 175/1997, 2ª, de 27 de octubre (RTC 1997/175).

⁷ Cervelló Donderis. *Derecho penitenciario*. 3ª edic. Valencia 2013. Págs. 246 y ss; Juanatey Dorado. *Manual de Derecho penitenciario*. Madrid. 2013. Pág. 181.

No es solo por seguir en el compromiso de esa política penitenciaria de ampliar en lo posible las comunicaciones, sino que, además, los teléfonos móviles permiten que sus usuarios puedan acceder a otros servicios complementarios, muy interesantes para los privados de libertad. La liberalización es consecuente con el principio de igualdad de oportunidades de los internos. En la actualidad el acceso a las visitas se ve muy condicionado por razones diversas, como la ubicación o la capacidad económica de la familia. Hay reclusos que, bien por carecer de medios o porque sus allegados se encuentran lejos, ven muy restringidos sus comunicaciones exteriores. El uso autorizado del móvil terminaría con esas desigualdades. Pero, no puede ignorarse que, en paralelo, su tecnología puede crear problemas para la seguridad del establecimiento. La posibilidad impedir que se transfieran datos y fotografías de los espacios de seguridad y de las personas estarán muy mermadas, por lo que la liberación digital nos obliga a reformular de raíz todo el tema de las comunicaciones desde el interior, las cuales cambiarían respecto a cómo son concebidas en la actualidad. Por este motivo el debate sobre su eventual uso autorizado parece lejano. También debe considerarse que si se pone en manos de internos miembros de los nuevos modelos de criminalidad, especialmente, el narcotráfico, la delincuencia organizada o la delincuencia de cuello blanco con recursos de todo tipo en el exterior, un instrumento tanpreciado entraña riesgos evidentes. Ahora bien, es verdad, que también los avances tecnológicos, como demuestra la experiencia, permiten establecer nuevos horizontes en los sistemas de control mucho más generalistas, completos, económicos y eficaces.

III. REGULACIÓN JURÍDICA VIGENTE

1. Marco general.

Antes hemos visto cómo nuestro legislador declara que los contactos con el exterior son un derecho del privado de libertad que ejercerá conforme a lo que disponga la legislación. Implícitamente, se está reconcomiendo su carácter nuclear dentro del

complejo proceso de reinserción social que debe favorecerse desde el ingreso a través de distintos medios, entre los cuales destacan estas actividades que mantienen vivas las relaciones familiares y sociales del interno durante la reclusión y, en igual medida, reducen los índices de prisionalización. El reconocimiento de las comunicaciones como un derecho obliga, en primer lugar, al legislador a regularlo mediante una norma jurídica, estableciendo en ella las circunstancias en que puede verse limitado su ejercicio; pero también obliga a la Administración, la cual se hace destinataria del correspondiente deber, a garantizar el acceso a las mismas de los internos. Asimismo, la Administración solo puede limitar los referidos derechos cuando haya una cobertura normativa que se debe interpretar siempre a favor del acceso al derecho y no en contra.

La regulación vigente, como vamos a ver a continuación, pierde gran parte de sentido, una vez que se tomara la decisión de la liberalización digital y, en consecuencia, aquélla no es posible sin un cambio legal. Conforme con lo anterior, bajo el genérico epígrafe de “*comunicaciones y visitas*” (Cap. VIII. Tít. II), la Ley señala las características y garantías con las que deben ejercerse estos derechos. Así, se ordena que se “*celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de orden y seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento*” (Art. 51.1). Más adelante equipara a todos los efectos las comunicaciones telefónicas con las orales en los locutorios (“*Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento.*” Art. 51.4), haciendo, pues, extensivas aquellas normas de intervención para las telefónicas, sin hacer distinciones dentro de estas en razón de la naturaleza de la terminal, sea fija o móvil.

Por su parte, el Reglamento detalla algo más las condiciones en las que se desarrollan las comunicaciones telefónicas (Art. 47). Las mismas están presididas por su carácter excepcional, porque lo autoriza expresamente el Director, solo a instancias de parte; por su carácter finalístico, porque el interno tiene que justificar la llamada con un asunto importante, y por su carácter compensador, porque está solo previsto para

quienes no pueden recibir visitas por tener los familiares sus residencias alejadas o no poder desplazarse para la visita. Tan solo se permite una frecuencia máxima de cinco llamadas por semana⁸, con una duración máxima de cinco minutos en cada ocasión⁹. El control que se ejerce sobre la misma consiste en la presencia de un funcionario. El importe de la llamada corre a cargo del interno, salvo cuando se trate de la comunicación prevista en el artículo 41.3 de este Reglamento. Salvo casos excepcionales, libremente apreciados por el Director del establecimiento, no se permitirán llamadas desde el exterior a los internos. Por último, el Director puede intervenir de plano las comunicaciones telefónicas entre internos, dando cuenta posteriormente, de ello al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Las comunicaciones telefónicas entre internos de distintos establecimientos podrán ser intervenidas mediante resolución motivada del Director, notificándose la misma al interno y al Juez de Vigilancia Penitenciaria¹⁰.

En comparación con el resto de las modalidades de comunicar con el exterior la telefónica está sometida a un tratamiento excepcional injustificable, a pesar de ser el medio más cómodo, seguro y económico para todos¹¹. Los avances tecnológicos lejos de mejorar la oferta de llamadas se han empleado para hacer más eficaces los controles ya que los riesgos de que el usuario marque un número de teléfono distinto al que tiene autorizado están excluidos porque la tarjeta magnética que se le suministra lleva

⁸ Sin embargo, la propia DGIIPP en su página web permite más llamadas (“*Podrán autorizarse hasta diez personas, y el coste de las llamadas corre a cargo del interno o interna, a través de un sistema de tarjeta, con un tope de 10 llamadas a la semana de hasta 5 minutos cada una*”). <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/LaVidaEnPrision/relacionesExterior/telefono.html>.

⁹ La referencia reglamentaria al número máximo de llamadas permite que la Administración arbitrariamente sin necesidad de motivarlo pueda reducir las según le convenga. Esta posibilidad ha sido rechazada por la jurisprudencia. Así la Audiencia Provincial de Madrid en Auto 670/96 de 7/10/1996 entiende que está reñido con los principios del sistema semejante prerrogativa y que, al menos, deben garantizarse dos llamadas a la semana, sin contar aquellas que tengan una causa extraordinaria. En términos muy similares se ha expresado el TEDH en el caso Labita v. Italy dem. n° 26772/95 – 06/04/2000.

¹⁰ Las comunicaciones telefónicas con abogados no están sometidas al régimen general sino que gozan de mayor discrecionalidad en cuanto a la frecuencia y los controles. Vid. García Castaño/Millares Lenza *Las comunicaciones y visitas de los internos*. En <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=998>.

¹¹ Con razón destaca Martínez Escamilla (Martínez Escamilla. *La suspensión o intervención de las comunicaciones del preso*. Madrid. 2000. Pág. 259) el contraste de la regulación legal de la comunicación telefónica tratada con total excepcionalidad y su hegemónica expansión en la sociedad libre, en donde ha desplazado cualquier otro modo de comunicación entre las personas.

incorporada los números autorizados¹². La instrucción 4/2005 –actualizando la 24/96- a pesar de que señala su intención de revisar “*la normativa referente a los mecanismos existentes en los Centros Penitenciarios que permitan mejorar las prestaciones de la administración a los internos y sus familiares, profesionales y amigos, con el fin de mantener los vínculos con su entorno familiar y social lo que, sin duda, representa una de las actividades de mayor incidencia en la consecución de uno de los objetivos demandados por la L.O.G.P, su reinserción*”, al menos, en lo relacionado con las comunicaciones telefónicas tan solo las restringe y las somete a mayores controles¹³. Ahora el tiempo este digitalmente medido y no hay posibilidades de marcar más de un número, aun dentro del tiempo autorizado¹⁴.

2. Tenencia de móviles en establecimientos penitenciarios.

El tema de concreto de los móviles en el interior de los establecimientos ha sido tratado con más detalle en la Instrucción 1-3/10 (12/4/2010) (Protocolo de actuación en materia de seguridad) en clave absolutamente prohibitiva. El documento es, no obstante, interesante porque en él se detallan los problemas que plantea la telefonía móvil y se

¹² La propia Instrucción 4/2005 ACTUALIZACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN 24/96 DE 16 DE DICIEMBRE SOBRE COMUNICACIONES Y VISITAS, reconoce que debido a la rigidez que presenta el nuevo sistema de control digitalizado de las comunicaciones telefónicas estas no pueden ser concedidas en el marco de las recompensas. En el mismo sentido se expresa en el Protocolo de actuación contra la entrada de teléfonos móviles en el interior de los Cp de 13/04/2011 (“*Tras llevar a cabo un análisis de las incautaciones de aparatos de telefonía móvil en el interior de los centros penitenciarios durante los últimos años y primer trimestre del año actual, se constata no sólo el importante número ocupado sino también el alto número de internos involucrados en la introducción, utilización y/o alquiler o cesión de los mismos*”).

¹³ Aún más restringidas quedan en la mencionada Instrucción las comunicaciones telefónicas entre internos de distintos centros. Nuevamente, se aprecia una regulación presidida por la presunción y la sospecha de que se va a infringir la norma. Estas comunicaciones serán autorizadas por ambas Direcciones, previa solicitud de los interesados, de acuerdo al siguiente procedimiento: a) Sólo se autorizarán entre internos que acrediten relación de afectividad o parentesco. b) Una vez comprobada la relación anterior y autorizada la tramitación de la comunicación, se remitirá petición al Centro receptor donde deberán constar los datos c) El Centro receptor, una vez recibida la petición anterior, comunicará la aceptación de la misma con la confirmación del día y la hora. En ambos casos, la realización y recepción de las llamadas se hará a través de funcionarios. d) El día establecido para la realización de estas llamadas será los miércoles de 17 a 19 horas. e) El número de llamadas que podrán realizar o recibir los internos será de dos al mes.

¹⁴ Vid. Apartado 7.3 de la Instrucción 4/2005, ACTUALIZACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN 24/96 DE 16 DE DICIEMBRE SOBRE COMUNICACIONES Y VISITAS.

fundamenta la actual política penitenciaria respecto del uso de la misma. Según el referido documento la radical prohibición se debe a que el móvil elude el control y el registro de la conversación y su eventual intervención. Además, reitera, posibilita “mantener el contacto incontrolado con su entorno delincuencia, continuar con su actividad delictiva e, incluso, organizar desde el interior del establecimiento la comisión de nuevos delitos”.

Conforme a este documento la DGIIPP entiende que las vías de entrada de los móviles en la prisión son las siguientes:

- a) Comunicaciones y visitas.
- b) Paquetes dirigidos a los internos.
- c) Ingresos de libertad, otros centros y reingresos de permiso.
- d) Internos auxiliares que desempeñan destinos en el exterior.
- e) Departamentos de carga y descarga.
- f) Personal ajeno a la Institución¹⁵

A partir de esta convención se han diseñado unas medidas de seguridad reforzada con el objetivo de reducir el riesgo de entrada de móviles en los centros. Aunque la propia Administración reconoce que no se han conseguido los objetivos (“Esto nos lleva a concluir que uno de los objetivos perseguidos con la puesta en práctica de las medidas reguladas en la Instrucción 3/2010 no ha sido, en este punto, suficientemente conseguido, a juzgar por el número de ocupaciones mantenido desde su entrada en vigor.”)¹⁶, no estamos en condiciones de valorar cuantos móviles existen, en que centros o por que vía han entrado, y que éxitos se logran con estas medidas; pero lo que sí es seguro que cuantas más barreras e intervenciones se hagan en las frágiles relaciones con el mundo libre mayor será el aislamiento de la población penitenciaria, con el costo negativo que ello representa para los procesos de reinserción social y

¹⁵ No se menciona los propios funcionarios, supuesto mencionado en otras fuentes que incluso ha dado lugar a alguna condena (SAP La Coruña 19/03/2009). Con toda seguridad no se hace porque el objeto del catálogo no es otro que dictar medidas para neutralizar cada una de esas vías en relación con la población reclusa.

¹⁶ Protocolo de actuación contra la entrada de teléfonos móviles en el interior de los Cp de 13/04/2011.

también es seguro que la mayoría de internos sometidos a estas restricciones van a ser víctimas una vez más de los excesos penitenciarios. Aplicar de modo generalizado controles y limitaciones a las relaciones con el exterior es una estrategia que desconoce que esas medidas limitan el ejercicio de un derecho reconocido por la legislación, ni siquiera en base a una presunción, sino mediante medidas generalizadas que han sido prohibidas por la jurisprudencia.

No menos graves son las tensiones colaterales que se generan en el centro con los intentos de burlar los controles de acceso. La tenencia de un móvil es sancionada, por lo general, como falta grave del artículo 109 f) del Reglamento Penitenciario, con treinta días de privación de paseos y actos recreativos comunes. Una sanción que analizada en el contexto del catálogo resulta de considerable rigor¹⁷. Por otra parte, aunque se carece de un estudio empírico, en el estado actual podemos presumir que la mayoría de internos, que tratan de introducir un móvil, pertenecen a los grupos de mayor riesgo de reincidencia. Se trata de personas implicadas en organizaciones criminales o dedicadas al narcotráfico, las cuales disponen de importantes recursos económicos para corromper y someter a otros internos. Un ejemplo nos lo suministra una resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de León¹⁸, en el que un interno a quien se le descubre un móvil dentro sus enseres en su celda –que no compartía con nadie- no se le puede sancionar porque otro interno, inopinadamente, “*se hizo responsable de los hechos de manera reiterada, tanto por escrito como verbalmente, a pesar de lo cual a él no se le incoó expediente disciplinario alguno*”, en lo que parece un caso evidente de corrupción penitenciaria¹⁹.

¹⁷ En ocasiones el Juez de Vigilancia ha criticado expresamente como desproporcionada las medidas empleadas para reprimir la tenencia del móvil, como se aprecia en las siguiente consideración de este Auto: “*Por último hay que hacer constar que por parte de la Dirección del Centro Penitenciario Madrid III, se hizo un uso inadecuado del artículo 243 del Reglamento Penitenciario, ya que se aplicaron al interno 16 días de aislamiento, durante el tiempo que se investigaban los hechos relacionados con la ocupación del teléfono móvil y el cargador. Ese periodo de tiempo y la naturaleza de la medida cautelar aplicada (separación celular y suspensión de llamadas) se considera excesivo y desproporcionado y así se le hará saber al centro penitenciario Madrid III, Régimen disciplinario para que en lo sucesivo se haga un uso razonable del artículo 243 del Reglamento Penitenciario*” (Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid 1 de fecha 20/05/08).

¹⁸ Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de León de fecha 22/02/11.

¹⁹ El propio titular del Juzgado reconoce en el Auto que “*es posible que el recluso C.M. se autoinculpara de tales hechos porque salía en libertad definitiva al mes siguiente, pero esto no es más que una*

Muchas de las medidas previstas en las normas dictadas por la DGIIPP introducen en el entorno a las comunicaciones unos protocolos de tensión y control, masivamente aplicados, poco recomendables para compartirlos con los escasos momentos en los que los internos se reúnen con sus familias y amigos. Así, por ejemplo, se realiza cacheo integrales de todos los internos procedentes de libertad, reingreso de permisos o de otros centros; también, los internos auxiliares que desempeñan destinos en el exterior, especialmente en los departamentos de comunicaciones y paquetes, ingresos y salidas y zonas de carga y descarga están sometidos obligatoriamente a la realización de cacheos y registros personales; por último, para buscar móviles en las comunicaciones y visitas, por donde se entienden entran con más frecuencia –según Instituciones Penitenciarias–, se impone el cumplimiento estricto de los controles, el empleo de arcos detectores de metales, la revisión del calzado por scanner, la revisión de los locales, antes y después de las visitas, la prohibición de acceder a las comunicaciones con bolsos o paquetes, el alejamiento de los comunicantes de los internos que ocupan destinos auxiliares en esas dependencias y, en general, de cualquier interno, los cuales deben permanecer alejados de las zonas de comunicaciones. Las mismas medidas se repiten para las diversas fuentes mencionadas anteriormente.

Estas medidas son de dudosa legalidad y, al menos, han sido desautorizadas por la jurisprudencia constitucional que viene negando la legitimidad de los registros y, especialmente, los cacheos generalizados sin que estén motivados por una situación excepcional concreta. La Ley es contundente al señalar que los registros y cacheos de los internos, de sus enseres y locales que ocupen se efectuarán “*en los casos, dentro del respeto a la dignidad de las personas*” (art. 23) y, aun es más claro el Reglamento, que, una y otra vez, insiste en la excepcionalidad y necesidad de motivación de los registros y cacheos y, en general, de las medidas de seguridad, las cuales, conforme a lo señalado

conjetura, y para condenar a un interno en un procedimiento sancionador hace falta algo más que conjeturas y presunciones, siendo necesaria la existencia de una prueba de cargo suficiente”.

en el art. 65, se ajustarán siempre “a la potencial peligrosidad de los internos a que se apliquen”²⁰.

IV. TOMA DE POSTURA

Tenemos entonces una situación compleja y mal resuelta que requiere con urgencia su abordaje desde una óptica más flexible que la puramente restrictiva. La deliberación y la política que se aplique en el futuro, pasa por considerar, a nuestro juicio, las siguientes circunstancias:

- La actual política de prohibición absoluta y la, consiguiente, aplicación de estrictas medidas de control en las comunicaciones exteriores tiene los siguientes graves inconvenientes:
 - Se emplea masivamente perjudicando a una generalidad de internos ajenos al problema. Como toda restricción indiscriminada de los derechos de las personas está reñida, tanto con los principios sobre los que se asienta el sistema penitenciario, como con la interpretación constitucional de los mismos.

²⁰ El TC en reiterada jurisprudencia viene destacando que, especialmente, los cacheos no pueden hacerse sin una motivación específica expresamente indicada. Así lo señala, por ejemplo, la Sentencia 57/1994, de 28 de febrero de 1994 en el siguiente Fundamento de Derecho: “*Por ello, cabe estimar, en suma, que no se ha acreditado, ni tan siquiera alegado, que en el centro penitenciario de Nanclares de Oca y en las fechas en las que se adoptaron las medidas aquí examinadas existiera una situación que, por sí misma, entrañase una amenaza para la seguridad y el orden del centro que hiciera imprescindible adoptarlas. Y otro tanto ocurre en lo que respecta al comportamiento del interno afectado por la medida, pues tampoco se ha acreditado, ni tan siquiera alegado, que de ese comportamiento se desprendiera la fundada sospecha o la existencia de indicios serios de que el recluso tratase de introducir en el establecimiento penitenciario objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del centro o la integridad física o la salud de los internos. Pues no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes; ya que sin entrar a cuestionar la certeza de tal afirmación basta reparar que sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el art. 18.1 C.E. es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración Penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso.*”

- Se muestra ineficaz. La propia Administración penitenciaria describe la situación como muy grave, son cientos de móviles los que se incautan cada año, lo que permite suponer su empleo generalizado.
- Si es cierto –y, parece que lo es- que los móviles están ya en las prisiones, los riesgos que se asocian a los mismos deben relativizarse. Las nuevas generaciones tienen, en efecto, aplicaciones tecnológicas que los hacen peligrosos y no solo para organizar una operación de tráfico desde la cárcel, sino para el propio sistema. Ahora bien, en estos últimos años hemos encontrado muy pocos episodios asociados al uso clandestino de los móviles y, sin embargo, si hemos constatado que la prohibición es una constante fuente de tensiones y conflictividad.
- Los internos que actualmente disponen de móviles dentro del establecimiento son probablemente aquellos de los que hay que temer que hagan un uso delictivo de los mismos. La autorización al resto de los reclusos probablemente no añadiría más riesgos a los que existen en estos momentos, porque la mayoría lo emplearía para comunicaciones positivas.
- Frente a los riesgos evidentes, no se pueden ignorar las importantes ventajas de un uso generalizado de los móviles. Disponiendo de móvil los internos pueden afianzar sus relaciones sociales y vivir la vida en libertad, sentirse más cerca de su hábitat afectivo y alejado de la rutina carcelaria. Sentimientos tan frecuentes y conflictivos en la población penitenciaria, por ejemplo, como los celos, se verían reducidos con comunicaciones regulares con la pareja. También es imaginable que se puedan desarrollar algunos trabajos a distancia, lo que, en algunas ocasiones podría permitir mantener una ocupación laboral desde dentro de la prisión.
- La liberación debilita las mafias carcelarias, los tratos discriminatorios y la corrupción administrativa. A pesar de no contar con estudios empíricos fiables,

no es aventurado suponer que los móviles, que en estos momentos se usan por algunos internos privilegiados, han entrado por vías ilegales o aprovechando la corrupción. Incluso, el mantenimiento oculto del uso del móvil es inimaginable sin contar con cierta permisividad institucional.

- La liberación no solo no debilita los sistemas de control sino que los pueden hacer más operativos. Como es lógico los avances tecnológicos no solo juegan en el campo de los delincuentes o de los infractores, sino también en el de la legalidad y el control. Con independencia de poder emplear un paraguas que invalide los móviles cuando se entienda necesario, los controles sobre los abusos resultan más eficaces. Los móviles estarían registrados digitalmente, pudiéndose conocer todos los datos del uso que la persona haga de ellos. Al registrarse todos los móviles es probable que algunos internos prefieran usar terminales ilegales para eludir el control. En efecto, esto es así, es probable que la liberación no evite el mercado ilegal de móviles, habrá móviles “legales” e “ilegales”, pero estos últimos serán menos que ahora y su persecución podrá llevarse a cabo de modo más selectivo. La gran mayoría de los internos admitirán las terminales “legales” y se beneficiarán de todo lo que tienen de positivo.
- La liberación, en caso de que fuera compatible con la convivencia ordenada viene impuesta por los principios de intervención mínima, de reinserción social, de igualdad de oportunidades y de normalización.
- A pesar de su singularidad el mundo de las prisiones no puede resistir y aislarse de los profundos cambios que vertiginosamente se están produciendo. Pretender mantener a las prisiones en la era de las comunicaciones físicas predigitales es una pretensión baldía. En su lugar, es más recomendable una política penitenciaria más realista e ir preparando el sistema para el cambio.

- El uso generalizado de móviles supone un cambio sustancial en la vida de la prisión. Los cauces de contactos con la sociedad libre sería infinitos e incontrolables. Estas circunstancias requiere de una asimilación por parte del sistema y nos obliga a buscar soluciones a nuevos problemas, que en estos momentos resultan inimaginables, salvo en el plano de la pura conjetura. No nos parece exagerado considerarlo como un hito en la historia de las prisiones. La comunicación que ha sido en las últimas décadas uno de los aspectos regimentales más sometidos a intervención, pasaría a ser gestionada por el propio interno en idénticas condiciones que en la sociedad libre.
- Nuestra legislación dispone de normas a través de las que poder iniciar ese cambio. Nos inclinamos por una liberación progresiva, la cual solo es sostenible trabajando con grupos, cualquier otra propuesta no es operativa y está plagada de riesgos. En estos momentos existen dos grupos a los que se les puede aplicar la liberación sin ningún problema. Nos referimos a quienes están clasificados en tercer grado, propio o impropio, y quienes se encuentran en los módulos de respeto. De hecho, aunque muy restrictiva y perimetralmente ya se permite su uso a los internos de los CIS con algunas limitaciones, como la de que no tengan cámara ni internet. La arquitectura modular y su estructuración en torno a la idea de la micropresión inserta en un macrocentro nos parece propicia para iniciar experiencias a nivel de módulos²¹.
- Una vez valorado el impacto en estos grupos debe seguir progresándose en la liberación de la digitalización de las comunicaciones hasta alcanzar su empleo

²¹ La *Direcció General de Recursos i Regim Penitenciari de la Generalitat de Catalunya*, en el marco de sus competencias y teniendo en cuenta que el art. 83 del Reglamento dispone que “*La actividad penitenciaria en régimen abierto tiene por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva que presentan los penados clasificados en tercer grado, realizando las tareas de apoyo y de asesoramiento y la cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva al medio social*”, ha dictado la Instrucción 7/2006 en la que permite el uso de los móviles para los internos en régimen abierto con las siguientes limitaciones: 1.- En aquellos establecimientos cerrados en los que el régimen abierto está en el interior no se permite su uso y deberán depositarse en unas taquillas, cuyo funcionamiento quedará regulado en el Reglamento del centro; 2.- En los casos en los que las instalaciones de régimen abierto estén en el exterior de los establecimientos cerrados se permitirá el uso de los móviles, con la condición de que los mismos no permitan grabar ni voz ni imagen.

por la mayoría de la población, sustituyéndose la actual política de absoluta prohibición por una en que la regla sea la permisividad y la excepción la prohibición motivada.