

## Comunicaciones y allegados. Moral y subjetivización de la ejecución de la condena (I)

### Puerto Solar Calvo

Jurista II.PP.

Doctora en derecho

### Pedro Lacal Cuenca

Psicólogo II.PP.

Máster en Psicología

Diario La Ley, Nº 9818, Sección Tribuna, 25 de Marzo de 2021, **Wolters Kluwer**

#### ÍNDICE

[Comunicaciones y allegados. Moral y subjetivización de la ejecución de la condena \(I\)](#)

[I. El Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 24.01.19](#)

[II. El interesante voto particular](#)

[III. Valoración y notas para un mejor futuro](#)

Normativa comentada

Comentarios

### I. El Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 24.01.19

Tomando como inicio de la exposición la resolución mayoritaria de la Sala de lo Penal, Sección 1ª, de la Audiencia Nacional, y siguiendo su literal (1) , «se desestima queja contra la denegación del cambio de concepto de amigo a allegado. Voto particular». Como antecedentes de hecho, se recogen los siguientes:

«PRIMERO.- Con fecha 3 de septiembre de 2018, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dictaba auto desestimatorio del recurso de queja formulado por el interno.

SEGUNDO.- Contra el referido auto, la representación procesal del penado interpuso recurso de apelación, del que, se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien interesó la confirmación del auto recurrido.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a esta Sección e incoado el correspondiente Rollo de apelación, por diligencia de 18 de diciembre de 2018 se ordenó la composición del tribunal y se asignó la ponencia, conforme al turno establecido, y como, en el curso de la deliberación, este manifestase su discrepancia con la mayoría del Tribunal y anunciase la emisión de voto particular, se acordó el cambio de ponencia».

Sobre estos hechos, se aplica el siguiente fundamento jurídico único:

«Para la toma de decisión que nos ocupa se debe tener en cuenta que hay que manejar conceptos jurídicos tan indeterminados, como precisar el alcance del de "allegados", y es que, cuando de buscar uno se trata, no se pueden negar las dificultades para encontrar uno que fije con precisión su alcance; con todo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2013, de 3 de junio de 2013 (LA LEY 87219/2013), da alguna pauta de la que partir para aproximarnos al mismo, si tenemos en cuenta que, dado el gran número de personas que cabría incluir en un indefinido concepto de parientes, entendió justificada su restricción a determinados límites, no considerando, por ello, arbitrario, a efectos de autorizar comunicaciones del tipo de la que nos ocupa, el haber acotado ese genérico concepto de parientes hasta los de segundo grado (que llegó a admitir hasta el cuarto grado) en atención a los medios y capacidad organizativa del Centro, en definitiva, a razones de orden del establecimiento, a la vez que consideró también que, en quienes no concurriese tal condición, de parentesco, podrían quedar cubiertos por el concepto de "allegados". Por otra parte, si indagamos en nuestro ordenamiento, vemos que, en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre (LA LEY 14543/2015), de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, aparece el siguiente concepto de allegados, en su artículo 67.1 (LA LEY 1459/2004): "Son allegados aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente

anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad". Ciertamente, es una norma que ha de surtir sus efectos en un ámbito distinto al que nos ocupa, por ello el concepto no lo trasladaremos aquí de manera mecánica; pero sí nos sirve para, con las adaptaciones que consideramos de rigor, perfilar el alcance de allegado a nuestro ámbito. En este sentido, prescindiremos del requisito de la convivencia familiar, porque, habiendo llegado a admitir el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada el parentesco hasta el cuarto grado, según los casos, y siendo una realidad que los parientes hasta tal grado no es habitual que convivan en familia, es por lo que habrá que descartarlo. Sin embargo, donde habrá que poner el acento para referirnos a los allegados es en la relación de afectividad, calificada de especialmente cercana, asimilable al parentesco, y pareciéndonos que ese período de cinco años de relación puede ser una pauta para valorar su consolidación en tal sentido, lo cual, por lo demás, encuentra mejor sintonía con la dicción que hay en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LA LEY 2030/1979), en que no se habla, simplemente, de allegados, sino de "allegados íntimos". Sea como fuere, lo anterior no está exento de interpretación, y aunque la que se haga sea a favor del interno, esa valoración de la afectividad que ha de caracterizar el concepto de allegados, más intensa que la simple amistad, no debe quedar sujeta, exclusivamente, a una alegación del mismo, por cuanto que bastaría la simple petición por parte del interno para acceder a la comunicación, sino que requerirá una mínima acreditación, siquiera indiciaria, a partir de algún dato objetivable, que ha de aportar el propio interno, para poder contrastar con las razones que haya tenido en cuenta el Centro a la hora de denegar la comunicación».

Aplicando esta lógica al caso que se aborda:

«Frente a los datos que aporta el Centro Penitenciario, contamos, tan solo, con unas alegaciones hechas por el interno, que carecen del más mínimo aporte indiciario, lo que nos parece insuficiente, de ahí que compartamos la línea argumental de la jueza "a quo", que se basa en la información remitida desde la prisión, debidamente documentada y que, gozando, como goza, de una presunción de veracidad, ha de prevalecer sobre unas simples alegaciones no avaladas por dato externo alguno. No se trata de que el recurrente sea más o menos extenso en esas alegaciones, sino de que las que exponga tengan algún respaldo, que consideramos que no lo tienen, pues, además, contamos con una información final del Centro Penitenciario, de fecha 10 de octubre de 2018, en la que se da cuenta de que las comunicaciones orales con los visitantes para los que se solicita, no es un número de veces significativamente superior a otras comunicaciones simplemente de amigos, ante lo cual no se alcanza ese nivel de especial afectividad que ha de caracterizar al "allegado", más si le añadimos el atributo de "íntimo", y, por lo tanto, el recurso ha de ser desestimado. En atención a lo expuesto».

Por todo ello:

«LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del interno contra el auto de 26 de octubre de 2018, desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra el anterior, de 3 de septiembre de 2018, desestimatorio, a su vez, de la queja por denegación de comunicación con allegados».

## II. El interesante voto particular

Frente a la resolución mayoritaria, el magistrado S.V. emite este interesante voto particular:

«1.- La queja se sustenta en la negativa a que el recluso en la prisión de A Lama, Pontevedra, comunique con sus amigos en calidad de allegados y en la categoría de comunicaciones vis a vis o familiares que prevén el artículo 53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LA LEY 2030/1979) y 45.1 y 5 del Reglamento Penitenciario (LA LEY 664/1996), comunicaciones orales especiales porque el encuentro tiene lugar en un espacio común, sin mampara separadora, lo que permite el contacto físico y la expresión de los afectos, algo tan importante en la vida de relación de los seres humanos. Nuestra resolución y el auto impugnado se limitan a recoger la información que facilita el Director de la prisión, en una singular motivación *a posteriori* del acto administrativo que, además, sirve para fundamentar la decisión judicial, y se desentienden de los datos que facilitaba el recluso en su queja inicial. Para ello, se dice que las alegaciones del interno carecen de mínimo aporte indiciario. Sin embargo los hechos ofrecidos por el recluso no han sido desmentidos ni contradichos, son compatibles con los datos que constan en los registros de la cárcel (que los tres están siempre incluidos en la lista semestral de familiares y amigos, de ahí que acudan a las comunicaciones orales ordinarias) y son esenciales para ponderar los vínculos del interno con sus amigos. De esa manera, solo se valoran los elementos fácticos que sustentan el acto denegatorio. Por otro lado, la decisión sobre la condición de amigo íntimo debe tener en cuenta, algo que se obvia de manera habitual, que el acceso a las

comunicaciones orales ordinarias y especiales —las familiares a las que pueden acceder los allegados que se desarrollan sin mecanismos de separación física— depende de dos filtros: estar incluido en la lista semestral de 10 visitantes y en el cupo máximo de las cuatro personas que puede participar en el encuentro (artículo 42.2 del Reglamento Penitenciario (LA LEY 664/1996)). De ahí que cualquier juicio sobre la existencia del lazo de la amistad íntima, en que se basa la condición de allegado, que se realice con base exclusiva en el número de comunicaciones llevadas a cabo durante el último período —como se hace en el auto del que discrepo— solo permitirá reconstruir una realidad fragmentaria en perjuicio de los intereses del preso.

2.- La lectura de los tres escritos del recurrente que constan en el expediente facilita otra información imprescindible para examinar la intimidad de la relación con los tres amigos. (i) El interno mantiene comunicaciones familiares con su esposa, su hijo de 11 años, su hermana y sus dos padres, que tienen más de 80 años. (ii) Se desplazan desde Bilbao, una distancia de casi seiscientos cincuenta kilómetros por trayecto, dato relevante para analizar el esfuerzo que significa acudir a una comunicación oral de una hora en fin de semana. (iii) Solo pueden comunicar los que se encuentran en la lista de diez familiares y amigos, por lo tanto, si se descuentan a los miembros de la familia adquirida y los de origen, es importante que esos tres amigos aparezcan siempre en la lista, porque solo hay espacio para otros dos. Solo estos hechos ya demuestran lo significativo de la relación de ellos tres con el interno y de que no es irrazonable su consideración como allegados íntimos. Pero es más, los escritos siguen ofreciendo información, que confirma esta hipótesis. (iv) A los amigos, J.S. y M.S. —es la Administración penitenciaria quien les ha dado un idéntico y conjunto tratamiento— comunican con el recurrente desde que ingresó en prisión, hace 21 años. Le han visitado en todas las cárceles donde ha cumplido condena: París, Névic Sur L'Ille, Madrid, Cáceres, Puerto de Santa María, Sevilla, Zaragoza y, ahora, en Pontevedra. Es decir que su relación acreditada se ha desarrollado durante un tiempo muy significativo, por emplear el adjetivo que reitera la resolución impugnada. (v) S.F. es quien en varias ocasiones ha trasladado en vehículo a la esposa e hijo del recluso y esperado a que realizaran la comunicación, para regresarles al domicilio familiar. (vi) Es amigo de la infancia de S.M., pues compartieron vida en el mismo barrio. (vii) R.N. fue compañero en la prisión durante más de tres años, con quien compartió la vida cotidiana, y desde que fuera liberado le visita junto a su esposa e hijo menor, compartiendo viajes con la cónyuge e hijo del recluso. (viii) N.T. es quien le facilita los libros y apuntes de sus estudios universitarios. Respecto a las comunicaciones telefónicas, el recurrente señala que solo habla con su esposa e hijo, ya que son muy breves las mismas, de cinco minutos. Por carta solo se comunica, y poco, con amigos y familiares que no acuden a comunicar con él. Por ello es un dato relativo que no tiene el peso que le daba el Director.

Allegada es la persona cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza

3.- Las comunicaciones con personas del exterior, familiares y amigos, tratan de posibilitar el mantenimiento de los vínculos sociales y de limitar los efectos de la separación que conlleva la pena de prisión. También sirven a la finalidad de preparar la futura vida en sociedad del condenado, una vez que extinga la pena. En concreto, las comunicaciones con parientes y amigos permiten mantener los lazos familiares de afecto, solidaridad y apoyo mutuo, en alguna medida paliar el aislamiento y la soledad de la reclusión,

neutralizar en lo posible las consecuencias no queridas, pero indisociables, de la prisionización. Allegada es la persona cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza. Nada más. Es decir, un amigo querido y estimable. Y acceden junto a los familiares a las comunicaciones especiales del artículo 53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LA LEY 2030/1979) para hacer posible el contacto directo. A ello apunta el recurrente en su queja inicial: "mis posibilidades de abrazar a personas de mi círculo íntimo son escasas".

4.- La intimidad en la relación entre las personas es una circunstancia de la vida que comporta un componente subjetivo; componente que las instituciones de control y de garantía deberían abstenerse de valorar una vez constatada la apariencia razonable, por la dificultad que entraña la tarea y el riesgo de error, cuando la realidad a la que trata de aproximarse es de naturaleza emocional, que no se deja aprehender fácilmente. La opinión del interesado, junto con el detalle de la relación, salvo razones de seguridad u orden, público —que no se mencionan—, ha de tenerse en cuenta, ya que es el recluso quien puede determinar quién sea su allegado o próximo, por la misma reserva de las relaciones privadas.

5.- Como hemos dicho, hay datos que permiten afirmar la condición de allegados de los tres amigos, porque demuestran la antigüedad de la relación, la extensión, en el tiempo y su intensidad. Las comunicaciones orales en el

último período en prisión son muy numerosas, si se tiene en cuenta las limitaciones a las que está sometido en sus comunicaciones el recluso por su régimen cerrado de vida y la distancia entre el centro y el lugar de residencia de la familia y amigos. El número de las comunicaciones, por su frecuencia, permite confirmar por sí solo la realidad de la relación de afecto entre ellos, cuya densidad y calidad se sostiene en el resto de datos. En definitiva, un conjunto indiciario que avala la hipótesis de que entre ellos existe una relación de amistad y confianza íntima. Por ello se debió estimar el recurso y permitir que los tres amigos pudieran acudir, cuando les correspondiese y dentro del cupo de cuatro visitantes, a las comunicaciones especiales y abrazar al interno».

### III. Valoración y notas para un mejor futuro

El auto que comentamos y el voto particular al mismo, se prestan a comentarios de fondo y forma que creemos ejemplifican de manera clara una forma habitual de actuación administrativa y judicial en materia penitenciaria. Veamos con mayor concreción a qué nos referimos.

En cuanto al fondo, destaca la valoración que la mayoría de la sala realiza del término allegado. Con independencia del estudio más completo de los datos aportados por el interno, que bien podían contrastarse con una petición de ampliación de informes, la sala parece introducir un requisito adicional al previsto en la norma, como es que la relación se prolongue durante cinco años. Este proceder recuerda al criterio que se contemplaba en la Instrucción 4/2005, sobre comunicaciones de internos (LA LEY 3106/2005), para el caso de las comunicaciones íntimas. Retomando los aspectos básicos de este supuesto, y como se abordó en otros trabajos (2) , las comunicaciones vis a vis pueden mantenerse con familiares y allegados, excepto que concurran razones de seguridad y tratamiento que lo desaconsejen. Sin embargo, sobre la base de la relación de sujeción especial (3) , prescindiendo del anclaje normativo necesario para ello, la referida instrucción establecía un requisito adicional para que los internos pudieran mantener comunicaciones vis a vis con allegados. Así, para los casos en que no se podía constatar una relación familiar, era necesario probar una relación estable de al menos seis meses de duración. Requisito que, en la práctica y ante la ausencia de un medio de prueba mejor, solía obligar a mantener un período previo de comunicaciones orales de al menos seis meses para poder mantener el vis a vis solicitado. Esta forma de proceder, tras ser corregida jurisprudencialmente en varias ocasiones y diversas instancias (4) , fue eliminada mediante una actualización de la Instrucción 4/2005 llevada a cabo en 2020.

En concreto, la Instrucción 6/2020 (LA LEY 1649/2020) determina que el punto 3.1 c) de la Instrucción 4/2005, que establece que «con carácter general, no se concederán comunicaciones íntimas a los internos con personas que no puedan acreditar documentalmente la relación de afectividad o que hayan celebrado otras con anterioridad con persona distinta a la solicitada, en cuyo caso será necesario que exista, al menos, una relación de estabilidad de 6 meses de duración», queda redactado de modo que «con carácter general, se concederán comunicaciones íntimas a los internos con aquellas personas con las que mantengan una relación afectiva. En el supuesto de no poder acreditarse documentalmente tal relación, se emitirá informe social que permita valorar e individualizar la concreta situación del interno». Ello como decíamos, en la medida que diversas resoluciones judiciales habían destacado que ni en la LOGP (LA LEY 2030/1979) ni el RP se exige el plazo de 6 meses que establece la mencionada instrucción, siendo la única limitación prevista las razones de orden y seguridad (5) .

Como resultado, en la actualidad se atiende más a las circunstancias del caso concreto, evitando acudir a requisitos generales y limitadores, máxime si estos no están previstos en la norma superior. Lo anterior, de forma más acorde con la filosofía de nuestro sistema de ejecución, tendente a contemplar las circunstancias penales, penitenciarias y personales de cada interno, presentes en la individualización de la ejecución de la condena. Sin embargo, y a pesar de esta importante evolución en relación a las comunicaciones vis a vis, no podemos dejar de observar que la lógica de la relación de sujeción especial sigue presente, no sólo en el día a día administrativo, sino en la propia interpretación judicial que en ocasiones lo sustenta. Si bien en esta ocasión, en relación a otro tipo de comunicaciones.

A su vez, la falta de individualización que se aprecia en la resolución de la mayoría de la sala, nos lleva al otro ámbito de crítica que pasamos a abordar. Esto es, la falta de procedimiento que habilite para llegar al fondo de la verdadera situación de los internos en prisión en relación a las quejas que presentan (6) . Si se lee detenidamente la resolución, la AN cuenta con informe del centro penitenciario, al que otorga presunción de veracidad. Sin embargo, este principio se utiliza de tal manera que impide cualquier defensa por parte del interno. Primero, porque no se le da traslado del informe administrativo de modo que pueda realizar las correspondientes alegaciones. Segundo y

también relevante, calificando la información del interno como insuficiente, tampoco se procede a solicitar un informe complementario en relación a la misma. Las SSTC de 27 de enero (LA LEY 4958/2020) y 10 de febrero del 2020 (LA LEY 5800/2020) (7), recordaron la importancia de llegar al fondo en las resoluciones administrativas que afecten derechos de los internos. Sin duda, esta resolución obedece a parámetros anteriores a sendas resoluciones.

No decimos que para el caso analizado la comunicación debiera haberse concedido, sino que la valoración sobre su pertinencia debiera haberse realizado de forma individualizada

Con lo anterior, no decimos que para el caso analizado la comunicación debiera haberse concedido, sino que la valoración sobre su pertinencia debiera haberse realizado de forma individualizada y sobre el fondo de la situación alegada, tanto por el centro, como por el interno. Todo ello teniendo en cuenta que, de haberse constatado una relación de afectividad suficiente, las únicas razones normativas para la no concesión de la comunicación solicitada, son las propias de la seguridad y el tratamiento. Por esta vía, destacamos un aspecto no menos relevante en materia de derechos, no siempre presente en los operadores jurídicos penitenciarios.

Esto es, la necesaria ausencia de valoración sobre lo que le conviene o no conviene a un interno, en cuanto al ejercicio de sus derechos. Como nos recuerda el voto particular comentado, «la intimidad en la relación entre las personas es una circunstancia de la vida que comporta un componente subjetivo; componente que las instituciones de control y de garantía deberían abstenerse de valorar una vez constatada la apariencia razonable, por la dificultad que entraña la tarea y el riesgo de error, cuando la realidad a la que trata de aproximarse es de naturaleza emocional, que no se deja aprehender fácilmente. La opinión del interesado, junto con el detalle de la relación, salvo razones de seguridad u orden, público —que no se mencionan—, ha de tenerse en cuenta, ya que es el recluso quien puede determinar quién sea su allegado o próximo, por la misma reserva de las relaciones privadas».

En definitiva, dados los requisitos legales para el disfrute de un derecho —el de comunicaciones en este caso, pero también cualesquiera otros—, y no concurriendo las limitaciones, también legales, del derecho en cuestión, poco ha de importar la opinión del operador jurídico sobre la conveniencia o no de su ejercicio. La norma ha de cumplirse en sus términos. Y en la práctica diaria debemos huir de una interpretación moralizadora de la misma. No se trata de que los demás hagan lo que consideramos «bueno». Se trata de que los demás, incluidos los internos, ejercitan su libertad y sus derechos dentro de los cauces legales previstos para ello.

(1) *Jurisprudencia Penitenciaria 2019*, SG.II.PP., Madrid, 2020, pp.176-181.

(2) Se profundiza en SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., «Comunicaciones vis a vis más allá del Covid-19», *Diario La Ley*, n. 9630, Sección Tribuna, 12 de mayo de 2020.

(3) Acerca de sus orígenes, LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 53 y ss. Profundizan en su estudio, GARCÍA MACHO, A., *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española (LA LEY 2500/1978)*, Tecnos, Madrid, 1992; LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994. Sobre la aplicación del concepto al medio penitenciario, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., SAPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 76-81.

(4) La Sentencia n.112/2019 de 28.10.19 del JC Cont.-Adm. n.4, condenó a la Administración Penitenciaria al pago de responsabilidad patrimonial al entender que este requisito era un exceso normativo y limitador de los derechos de los internos. A su vez, esta reclamación patrimonial tenía como fundamento el AJVP n.1 de Las Palmas de 6.11.18, que estimó la queja presentada por el recurrente ante la denegación de la comunicación vis a vis.

(5) Instrucción 6/2020 (LA LEY 1649/2020), SG.II.PP., de actualización de la Instrucción 4/2005 (LA LEY 3106/2005), sobre comunicaciones de los internos. Disponible en [www.institucionpenitenciaria.es](http://www.institucionpenitenciaria.es)

(6) Al respecto, muy interesante el estudio de BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria. (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario)*, Dykinson, Madrid, 2017.

(7) Se trata de dos resoluciones revolucionarias que, en relación los derechos a la libertad de expresión y la tutela judicial efectiva, ponen en tela de juicio el proceder administrativo y judicial en relación a la solicitud de una entrevista y la tramitación de un procedimiento disciplinario. Para un análisis detallado, SOLAR CALVO, P., «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 2020», *La Ley Penal*, n. 144, mayo-junio 2020.