

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO**

Núm. Registro: 3312/2016

Excmos. Sres.:

D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
D^a. Adela Asua Batarrita
D^a. Encarnación Roca Trías
D. Andrés Ollero Tassara
D. Fernando Valdés Dal-Ré
D. Juan José González Rivas
D. Santiago Martínez-Vares García
D. Juan Antonio Xiol Ríos
D. Pedro José González-Trevijano Sánchez
D. Ricardo Enríquez Sancho
D. Antonio Narváez Rodríguez

ASUNTO: Recurso de amparo interpuesto por don Sabin Mendizábal Plazaola.

SOBRE: Auto núm. 377/2016, de 11 de mayo de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 15 de febrero de 2016

AUTO

I. Antecedentes

1. El Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada, en nombre y representación de don Sabin Mendizábal Plazaola presentó el día 9 de junio de 2016 en el Registro General de este Tribunal demanda de amparo contra el Auto núm. 377/2016, de 11 de mayo de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 15 de febrero de 2016, que desestimó a su vez la queja que había interpuesto solicitando ser trasladado para el cumplimiento de su condena a un Centro Penitenciario más próximo a su domicilio familiar, toda vez que la administración no había atendido su solicitud en tal sentido.

2. Los hechos relevantes para resolver el presente recurso de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El demandante de amparo tras ser extraditado desde Francia cumple en España condena de cuatro años y seis meses de prisión por la comisión de un delito de daños en grado de tentativa en concurso ideal con un delito de transporte de sustancias o aparatos explosivos o inflamables (art. 568 CP) en conexión con un delito de colaboración con banda armada (art. 577 CP).

En el recurso de amparo manifiesta que el día 15 de julio de 2015, hallándose interno en el Centro Penitenciario Madrid V (Soto del Real), presentó a la Junta de Tratamiento un escrito en el que solicitó ser trasladado al Centro Penitenciario de Martutene (Guipúzcoa) por ser más cercano a su domicilio habitual y que dicha petición no le fue contestada.

b) El día 28 de julio de 2015 la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias dictó Acuerdo de Clasificación Inicial en primer grado de tratamiento penitenciario y le destinó al Centro Penitenciario de Valladolid. Este Acuerdo fue recurrido en queja ante el Juzgado Central de Menores, en funciones de Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria (al que en lo sucesivo se denominará Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria) mediante escrito de fecha 10 de agosto de 2015, queja que, según las alegaciones vertidas en la demanda de amparo, fue desestimada por Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 30 de septiembre de 2015.

c) El recurrente remitió desde el Centro Penitenciario de Valladolid un escrito de queja al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en el que recordaba que su solicitud de ser trasladado a un Centro más próximo a su domicilio familiar no había recibido contestación alguna y que en su lugar la Administración había acordado trasladarle al Centro Penitenciario de Valladolid, situación que vulneraba su derecho a la vida privada y familiar (art. 18.1 CE, en relación con el art. 8 CEDH), por la lejanía de dicho Centro respecto de la localidad en la que vivían sus abuelos y su padre (Soraluze-Plasencia de las Armas, Guipúzcoa, a unos 400 kms.) y los diversos e importantes problemas de salud que sufrían estos que les impedían viajar.

d) El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dictó Auto el 15 de febrero de 2016 (Expediente “Peticiones y Quejas” 411-2015) en el que desestimó la queja por falta de competencia objetiva. El Juzgado argumenta, con cita de la STC 138/1986, de 7 de noviembre, que no corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria conocer de los recursos contra las resoluciones administrativas que afecten al traslado de penados de un establecimiento a otro, cuestión que debe dilucidarse en vía administrativa y, agotada ésta, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Citaba asimismo en apoyo de su decisión la STS de 5 de diciembre de 1986 y varios pronunciamientos del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Matizaba que el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede asumir de manera excepcional el control judicial de las decisiones administrativas de traslado de centro cuando entrañen una vulneración de derechos fundamentales y penitenciarios de los internos susceptible de ser corregida mediante su

revisión, pero consideraba que en el caso planteado por el demandante no existían razones para entender que su traslado a Valladolid constituyese una sanción encubierta ni que se hubieran visto afectados sus derechos fundamentales.

e) El demandante interpuso contra este Auto recurso de apelación que fue resuelto en sentido desestimatorio por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Auto núm. 377/2016, de 11 de mayo. Tras analizar la STC 138/1986, y varios pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa y del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, concluye que la posibilidad de control de la decisión de traslado por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria es excepcional y sólo podrá operar “previa acreditación o constancia de que la resolución administrativa en cuestión ha producido una clara vulneración de los derechos fundamentales y penitenciarios del interno susceptible de ser corregida por la vía del traslado de Centro Penitenciario”.

Declara ajustada a Derecho la resolución recurrida y descendiendo a las particularidades del caso señala:

“La lejanía del centro penitenciario no impide las visitas al recurrente. El informe del Director del Centro Penitenciario, pone de manifiesto que el interno ha venido disfrutando de manera habitual de las comunicaciones ordinarias por locutorio con la frecuencia que establece el art. 42 del Reglamento Penitenciario, tanto con amigos como con familiares, según aparece en los listados remitidos por el Centro Penitenciario.

La situación de los familiares en cuanto a un hipotético impedimento de desplazamiento al lugar del Centro Penitenciario, ya sea por razones de edad, de estado de salud, u otras de tipo económico, se solventan con los permisos extraordinarios que puede solicitar el interno, sin perjuicio de que aquellos rechacen el tratamiento penitenciario, en cuyo caso las dificultades o trabas para el ejercicio de este derecho, serían una consecuencia de la propia voluntad del interno” (FD 2).

Contrasta a continuación las exigencias del derecho a la vida privada y familiar de los presos conforme las interpreta el TEDH en sus Sentencias de 25 de octubre de 2013 (*Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*) y 23 de octubre de 2014 (*Vintman c. Ucrania*) y manifiesta que el propio Tribunal reconoce que en la selección de los centros de cumplimiento son motivos

justificados evitar el hacinamiento o garantizar la disciplina adecuada. Señala que sólo se producirá una afectación de derechos fundamentales “cuando la excesiva distancia, unida a las dificultades de medios de transporte, impidan o dificulten seriamente las visitas de familiares y amigos al punto de quebrar el derecho a la vida familiar”.

En el caso concreto, valora que se trata de un condenado por terrorismo, lo que exige especiales cautelas, y que mantiene comunicaciones y recibe visitas de su entorno familiar y de sus amigos; en relación con los parientes mencionados en el recurso (abuelos, el padre ya había fallecido) afirma que no se trata de parientes de primer grado “por lo que (la) afectación a la vida familiar no es tan intensa y pueden ser ocasionalmente visitados por el interno en permisos extraordinarios”; no aprecia en definitiva vulneración de derechos fundamentales que justifique el conocimiento de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria siendo la competente la jurisdicción contencioso-administrativa (FD 3).

3. En la demanda de amparo se achaca a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar amparado en el art. 18.1 CE en conexión con el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como ha sido interpretado y aplicado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que según el recurrente califica de injerencia desproporcionada en el derecho reconocido en el art. 8.1 CEDH el rechazo de las autoridades administrativas y judiciales a aproximar a los presos a sus familiares.

4. El Pleno de este Tribunal por providencia de 16 de febrero de 2017 acordó, conforme a lo previsto en el artículo 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a propuesta de su Presidente, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

II. Fundamentos Jurídicos

1. El presente recurso de amparo se interpone contra el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 15 de febrero de 2016, que fue confirmado en apelación por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Auto núm. 377/2016, de 11 de mayo.

El demandante plantea un único motivo de queja, expuesto en los antecedentes, que no resulta acreedor de un pronunciamiento de admisión a trámite, ya que la existencia de lesión del derecho fundamental invocado en amparo no resulta mínimamente verosímil.

El Pleno de este Tribunal ha decidido hacer explícitas en el presente Auto las razones en las que se asienta este juicio liminar.

2. El motivo único del recurso de amparo gira en torno a la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE, que el recurrente entiende debe ser puesto en conexión con el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH. Aduce que conforme a la doctrina emanada del TEDH en sus Sentencias de 25 de octubre de 2013 (*Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*) y 23 de octubre de 2014 (*Vintman c. Ucrania*), así como en la más reciente Sentencia de 14 de enero de 2016 (*Rodzivillo c. Ucrania*), el rechazo a aproximar a los presos a sus familiares constituiría una injerencia desproporcionada en el derecho reconocido en el art. 8.1 CEDH.

El recurrente sugiere que los meritados pronunciamientos del TEDH conforman una doctrina de alcance general para todos los países incorporados a su sistema de garantías susceptible de moderar el contenido y alcance del derecho fundamental a la intimidad familiar reconocido en el art. 18.1 CE en el caso de las personas internas en Centros Penitenciarios.

Este planteamiento impugnatorio, por lo tanto, sólo presentaría visos de prosperabilidad en un procedimiento constitucional de amparo como el presente si fuera cierta y asumible la premisa de la que parte el recurrente: que el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH, tal como lo interpreta el TEDH en las meritadas Sentencias, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar amparado por el art. 18.1 de nuestra Constitución.

3. La doctrina constitucional no ha admitido que el deslinde del ámbito material de protección del derecho constitucional a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE deba verificarse mediante la mimética recepción del contenido del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH, según lo interpreta el TEDH. En este sentido,

el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH y el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE no son coextensos.

A la hora de delimitar los aspectos de la vida privada que a la luz de la Constitución española quedarían acogidos al régimen de tutela del art. 18.1 CE –recurso de amparo ex art. 53.2 CE- son imprescindibles los siguientes pronunciamientos:

a) La STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 11) que resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 1707-2001 interpuesto por el Parlamento de Navarra contra determinados preceptos de la LO 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Esta resolución indagó en el contenido del derecho a la intimidad personal y familiar al analizar la aplicabilidad de las reservas de ley orgánica (art. 81.1 CE) y ordinaria (art. 53.1 CE) a la materia de reagrupación familiar de extranjeros. Este derecho, se dijo entonces, “no forma parte del contenido del derecho consagrado en el art. 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal” pues “el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica ‘la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana’ (STC 231/1998, de 2 de diciembre, FJ 3)”, ámbito que igualmente alcanza a determinados aspectos de la vida de las personas con las que se guarde una estrecha vinculación familiar.

En relación con el art. 8.1 CEDH se dijo que la jurisprudencia del TEDH “en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto un ‘derecho a la vida familiar’, que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996 § 52)” aunque “nuestra Constitución no reconoce un ‘derecho a la vida familiar’ en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE”.

b) La STC 60/2010, de 7 de octubre [FJ 8 c)], que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8821-2005, planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas, respecto del art. 57.2 del Código Penal. El Pleno de este Tribunal se pronunció en el sentido de que la imposición de la pena de alejamiento (que impide al penado y a su víctima mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía), afecta al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y consecuentemente a la configuración autónoma del propio plan de vida, pero no a la intimidad familiar, “porque lo que el derecho reconocido en el art. 18.1 CE protege ‘es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres’ (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2), y ello por más que en ocasiones estas dos posiciones jurídicas, la libertad para actuar en un determinado sentido y el derecho a resguardar ese ámbito vital de la acción y el conocimiento de los demás, puedan aparecer solapadas en caso de que una misma injerencia procedente del Estado o de terceros suponga una intromisión en el espacio protegido por ambas (así, en el asunto resuelto por la STC 151/1997, de 29 de septiembre)”. El hecho de que nuestra Constitución no reconozca un derecho a la vida familiar en los mismos términos que la jurisprudencia del TEDH al interpretar el art. 8.1 CEDH “en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese ‘derecho a la vida familiar’ derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional”.

c) La STC 186/2013, de 4 de noviembre (FJ 7) proclama nuevamente que dentro de nuestro sistema constitucional la protección del “derecho a la vida familiar” derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea “se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad...”.

d) La STC 11/2016, de 1 de febrero (FJ 2) invoca doctrina del TEDH [singularmente las SSTEDH de 14 de febrero de 2008 (*Hadri-Vionnet c. Suiza* §§ 52-62), 12 de junio de 2014 (*Maric c. Croacia* §§ 62, 64, 67-71) y 30 de octubre de 2002 (*Pannullo y Forte c. Francia*)]

para reconocer a unos padres el derecho a disponer de los restos de un feto de 22 semanas de gestación producto de una interrupción voluntaria del embarazo para proceder a su incineración en una ceremonia privada como manifestación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE.

Este pronunciamiento se atiene a un supuesto singular, sin manifestar una genuina vocación revisora de la doctrina precedente, y sin aseverar en ningún momento que sea procedente reformular el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE mediante la íntegra recepción de la doctrina elaborada por el TEDH al interpretar el art. 8.1 CEDH en todas sus posibles facetas. La doctrina del TEDH se toma únicamente como “criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales (art. 10.2 CE)” (FJ 3).

4. Descartada la vulneración en las resoluciones judiciales impugnadas de un derecho subjetivo de naturaleza sustantiva susceptible de amparo constitucional en los términos del art. 53.2 CE, la cuestión subyacente es más bien de intensidad o grado de la tutela que los Tribunales deben dispensar a las variadas manifestaciones que el desenvolvimiento de la autonomía personal puede desplegar en la experiencia vital de un ciudadano. En este punto se ha de recordar que los constreñimientos personales que impone el ingreso y permanencia en un Centro Penitenciario, entre otros, el alejamiento de familiares, amigos y allegados, son consecuencia y no causa de la pena, por lo que no constituyen un acto autónomo de injerencia del poder público discernible del contenido de la relación de sujeción especial a la que se ve ordinariamente sujeto el ciudadano que ingresa en prisión. En este contexto las decisiones administrativas de asignación de Centro Penitenciario solo adquirirían relevancia constitucional y entrarían en la esfera competencial de los Jueces de Vigilancia Penitenciario conforme al art. 76.2 g) LOGP en supuestos verdaderamente excepcionales en los que fuera detectable un ejercicio desviado de las potestades administrativas indicativo de una arbitrariedad constitucionalmente proscrita (v. gr., el traslado de centro como sanción encubierta).

Por lo demás, también desde la perspectiva extensa del derecho a mantener los lazos familiares el TEDH ha marcado límites precisos al establecer que el art. 8.1 CEDH no reconoce el derecho del preso a elegir su lugar de detención, que la separación familiar es una consecuencia inevitable de su prisión [STEDH de 23 de octubre de 2014 (*Vintman c. Ucrania*, §§ 77-78)], y que las autoridades gubernativas tienen un amplio margen de discrecionalidad en

la asignación de destino con arreglo a la legislación interna, constituyendo fines legítimos en una sociedad democrática para limitar los contactos familiares i) evitar la superpoblación de los centros, ii) mantener la disciplina en ellos o prevenir el crimen, iii) desarrollar un programa individualizado de rehabilitación o iv) proteger los derechos y libertades de terceros [SSTEDH de 23 de octubre de 2014 (*Vintman c. Ucrania* § 89), y de 14 de febrero de 2016 (*Rodzevillo c. Ucrania* § 84)].

En concreto, un examen detenido de los supuestos que dieron lugar a las citadas Sentencias del TEDH sobre esta cuestión evidencia importantes diferencias con la situación del aquí recurrente en amparo, singularmente en cuanto a las distancias concernidas, situación del transporte en el país y dificultad y penosidad del desplazamiento.

a) En el caso de la Sentencia *Khodorkovskiy y Lebedev contra Rusia*, de 25 de julio de 2013, se trataba de dos condenados por corrupción, defraudación fiscal y otros delitos de índole económica, destinados, el primero a una colonia penitenciaria distante 6.320 kilómetros de su domicilio en Moscú, que en el sistema público de transporte demandaba un mínimo de dos días de viaje, y el segundo a una colonia penitenciaria distante 3.300 kilómetros de Moscú. Ambos habían reclamado ser destinados a centros de la Rusia Central mucho más próximos a su domicilio, lo cual les fue denegado.

Ante esta situación, el Tribunal afirma que la asignación de centro puede afectar al derecho del preso a su vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH “si los efectos de la medida sobre la vida privada y familiar del recurrente van más allá de las privaciones normales y de las restricciones inherentes al concepto mismo de prisión” (§ 837), y establece también que la “situación geográfica” de la colonia, unida a las “realidades del sistema ruso de transportes”, que hacían que en aquel caso el viaje implicase un “largo y exhaustivo esfuerzo, especialmente para los niños pequeños de los solicitantes”, son factores que interfieren en el derecho a la vida privada y familiar del preso y de sus familiares (§ 838). Consecuentemente, aprecia una injerencia a los efectos del art. 8 CEDH.

En todo caso, al examinar acto seguido si esa injerencia está justificada al amparo del art. 8.2 CEDH, por estar prevista en la Ley y ser necesaria para logro de determinados fines necesarios en una sociedad democrática, el Tribunal Europeo considera “legítimos” a los efectos del citado art. 8.2 CEDH los fines alegados por las autoridades rusas de salvaguardar la

seguridad de los propios presos y evitar la sobrepoblación de los centros (§ 845), aunque rechaza que en el caso concreto los demandantes estuvieran más seguros en los centros que les habían asignado (§ 856) y que no existieran centros más próximos a Moscú para ubicarles (§ 849), valorando en ambos casos la falta de explicaciones concretas de las autoridades penitenciarias, que aludían al riesgo de que las víctimas de los delitos cometidos pudieran tomar venganza sobre los recurrentes— cuando según el Tribunal la víctima de los delitos por los que habían sido condenados era el propio Estado — y a la ausencia de plazas más próximas a Moscú, cuando lo cierto es que existen, respectivamente, más de treinta y cinco y más de cincuenta y cinco regiones más cercanas a la capital rusa que aquella a la que los recurrentes habían sido en cada caso destinados. Por todo, ello que concluye que la medida es desproporcionada (§ 850).

En concreto, en este último apartado (§ 850) el Tribunal Europeo insiste en el “amplio margen de discrecionalidad” de las autoridades gubernativas en la asignación de destino con arreglo a la legislación interna, aunque afirma que ese margen de apreciación “no es ilimitado” ni debe quedar enteramente a la entera discrecionalidad de aquéllas, de suerte que “debe tenerse en cuenta de alguna manera el interés de los presos en el mantenimiento de al menos algunos lazos familiares y sociales”.

b) En la Sentencia *Vintman contra Ucrania*, de 23 de octubre de 2014, un condenado por asesinato a cadena perpetua que posteriormente le sería conmutada por quince años de prisión había sido destinado a una colonia penitenciaria distante 700 kilómetros de su domicilio familiar antes de la revisión de la pena de cadena perpetua, y trasladado a una colonia distante 1.000 kilómetros, tras su revisión. En aquel caso el viaje en ferrocarril a ésta última exigía entre diecinueve y veintitrés horas; su madre, nacida en 1938, presentaba una discapacidad de grado medio, que hacía muy penoso el desplazamiento para visitar a su hijo. Ambos solicitaron en repetidas ocasiones el traslado a una prisión más cercana, lo cual fue denegado por diversos motivos —entre otros la existencia de una previsión legal de que el preso debía cumplir toda su condena en la misma prisión, falta de espacio en centros más cercanos y mal comportamiento penitenciario-.

Entrando a examinar si en tales circunstancias había existido una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar, el Tribunal recuerda nuevamente que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce del derecho del preso a elegir su lugar de detención y que la separación de su familia es una consecuencia inevitable de su prisión, aunque, por otra parte,

ubicarle en una prisión cuya lejanía del domicilio familiar dificulte seriamente o imposibilite las visitas puede equivaler en ciertos casos a una interferencia en su vida familiar, pues la oportunidad de los familiares de visitar al preso es vital para mantener la vida familiar (STEDH *Ospina Vargas c. Italia*, 6 de abril de 2010, § 61) (§ 78). Recuerda también que en la Sentencia *Khodorkovskiy y Lebedev contra Rusia*, recién citada, apreció que “la asignación de los demandantes a una prisión remota (situada a varios miles de kilómetros de la ciudad donde vivían sus familiares) constituyó una injerencia en sus derechos del artículo 8”, teniendo en cuenta, “en particular, las largas distancias, la situación geográfica de las colonias afectadas y las realidades del sistema de transporte ruso, que hacen el viaje desde la ciudad natal de los solicitantes a sus colonias un largo y agotador esfuerzo, especialmente para sus hijos pequeños” (§ 79).

Aplicando esa doctrina al supuesto examinado, el Tribunal concluye que en las circunstancias del caso –edad y delicado estado de salud de la madre, distancia kilométrica y limitaciones del sistema ucraniano de transporte- la denegación de traslado había supuesto la denegación del contacto familiar entre madre e hijo (§ 81 y 82).

Al efectuar al examen del carácter legítimo de la injerencia, el Tribunal, admitiendo como motivos legítimos de limitación del derecho la superpoblación de los centros (§ 96) y el mantenimiento de la disciplina en ellos (§ 98), considera sin embargo que en el caso concreto las decisiones de las autoridades ucranianas no justificaron suficientemente la concurrencia de tales fundamentos (§ 100-102), ni valoraron, pese a constarles, la imposibilidad física de la madre para viajar a lugares tan distantes (§ 103). En particular, en este último apartado (§ 103) el Tribunal hace especial hincapié en que las autoridades nunca valoraron el interés del demandante y de su madre por mantener sus lazos familiares, a pesar de su continua invocación.

c) Finalmente, por lo que hace a la Sentencia *Rodzevillo contra Ucrania*, de 14 de enero de 2016, en ella un condenado a cadena perpetua por pertenencia a organización criminal, asesinatos, robos y otros delitos, había sido destinado a un centro penitenciario distante 1.000 kilómetros del domicilio familiar en el que residían sus padres, de avanzada edad; entre dichos puntos no existía conexión ferroviaria directa, el viaje exigía veinticuatro horas y suponía un desembolso importante para las posibilidades económicas de la familia, por lo que su madre sólo pudo visitarle siete veces en el período comprendido entre el año 2007 a 2015 y no recibió visitas de ningún otro miembro de su familia (su padrastro sufría una discapacidad). Solicitado

su traslado en repetidas ocasiones, las autoridades lo denegaron oponiendo la previsión legal de que el preso debía cumplir toda su condena en el mismo centro o la falta de espacio en centros más cercanos.

El Tribunal, después de reiterar nuevamente su doctrina anterior ya comentada (§ 83), declara legítimos conforme a los parámetros del art. 8.2 CEDH los fines legales de evitar la sobrepoblación carcelaria y “la necesidad de implementar un programa de rehabilitación individualizado y consistente” (§ 84), pero descendiendo al caso considera que la respuesta dada por las autoridades constituyó una interpretación formalista y restrictiva de la Ley y que aparentemente no tomaron en cuenta las alegaciones del demandante y de su madre sobre su situación personal, problemas de salud y limitaciones económicas que impedían a los padres viajar para visitarle (§ 85), de modo que siguiendo los criterios del caso *Vintmann* el Tribunal declara vulnerado el art. 8 CEDH.

De cuanto antecede podemos extraer la conclusión de que de acuerdo con el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos la asignación de plaza penitenciaria es una facultad discrecional de la Administración, y en modo alguno un derecho del preso derivado de su derecho a la vida familiar consagrado en el art. 8 CEDH, y solo constituye una injerencia ilegítima:

a) Cuando las autoridades no evalúan adecuadamente las circunstancias personales del preso, premisa que rige igualmente en los casos de denegación de permisos penitenciarios por perentorias necesidades familiares [vid. STEDH de 6 de diciembre de 2016 (*Kanalas c. Rumania* §§ 65-67), en un caso de denegación de permiso para acudir al funeral de la madre].

b) Cuando las autoridades ignoran la necesidad de conservación de un mínimo grado de vinculación familiar [vid. STEDH de 25 de julio de 2013 (*Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia* § 850, cuando afirma que el interés de los internos en mantener al menos ciertos lazos sociales y familiares debe ser tomado en consideración al planificar la distribución de la población penitenciaria]. Los pronunciamientos estimatorios del TEDH antes resumidos constataban en realidad situaciones de virtual anodamiento de los lazos familiares derivadas de la lejanía de los centros de detención, las graves deficiencias de los sistemas de comunicaciones y transporte de los países demandados, y las circunstancias particulares de los demandantes y sus familiares.

En el presente recurso de amparo, ni la distancia entre el centro penitenciario y el domicilio familiar (400 kilómetros según la propia demanda), ni el estado de los transportes en España, ni, consiguientemente, las características del desplazamiento exigido, son equiparables a las valoradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias antes citadas. Además, las resoluciones recurridas han valorado y ponderado de forma expresa e individualizada el interés del recurrente en mantener sus relaciones familiares, en los términos que más adelante se detallan.

5.- En la concreción de la tutela otorgada por nuestro ordenamiento jurídico a las relaciones familiares se ha de partir del principio de protección de la familia, proclamado en el art. 39.1 CE entre los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I del Libro I CE), con valor informador de la legislación y de la práctica judicial y administrativa, invocable ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen (art. 53.3 CE) y de su conexión, en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad, con la finalidad de redución y reinserción social proclamada en el art. 25.2 CE, lo que ha constituido el germen de un despliegue normativo sectorial del que son exponente cualificado las previsiones normativas recogidas en los arts. 51 a 53 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y en los arts. 41 a 47 del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, al regular las comunicaciones orales y las comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia, las comunicaciones escritas y las comunicaciones telefónicas, que tratan de precaver la desconexión del recluso de su entorno familiar y social de procedencia.

Dice el art. 51.1 LOGP:

“Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones 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 seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”.

El art. 51.5 LOGP por su parte dice:

“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”.

También es reseñable el art. 53 LOGP:

“Los establecimientos dispondrán de locales anejos especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados íntimos de aquellos internos que no puedan obtener permisos de salida.

Estas visitas se concederán con sujeción a lo dispuesto en el número 1, párrafo segundo, del artículo 51, y en los casos, con los requisitos y periodicidad que reglamentariamente se determinen”.

El derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE no opera como presupuesto material o fundamento del régimen jurídico de comunicaciones penitenciarias instituido en la normativa sectorial, que responde más bien a parámetros de política criminal y penitenciaria dirigidos a evitar el desarraigo de los reclusos y fomentar su resocialización, sino como límite de las restricciones aplicables a su desenvolvimiento: vid. STC 201/1997, de 25 de noviembre, en relación con la prohibición del uso de la lengua propia en las comunicaciones telefónicas, que considera que constituye una vulneración del art. 18.1 CE.

Este Tribunal ha elaborado por lo demás una doctrina clara sobre los requisitos que deben cumplir los acuerdos administrativos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas adoptados al amparo del art. 51.5 LOGP: motivación, dación de cuenta inmediata a la autoridad judicial competente, notificación al interno afectado y establecimiento de un límite temporal de vigencia (STC 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6, con amplia cita de la STC 106/2001, FJ 6).

En cualquier caso el mantenimiento y desarrollo de las relaciones interpersonales en cualquiera de sus múltiples manifestaciones constituye una facultad inherente al ejercicio de la

libertad personal, no un derecho fundamental autónomo (SSTC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2, para las relaciones sexuales, y 128/2013, de 3 de junio, FJ 3, sobre comunicación con familiares), y su restricción constituye una consecuencia legítima del status penitenciario al que queda sometido quien ingresa en prisión.

La STC 128/2013, de 3 de junio (FJ 3), al interpretar el alcance del art. 25.2 CE, dice:

“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 —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).

No es el caso, sin embargo, de la mera suspensión o restricción del derecho a la comunicación con sus familiares, atribuida por el aquí recurrente al centro penitenciario de Algeciras y confirmada por las resoluciones judiciales posteriores. En tal sentido y con referencia a las comunicaciones generales con terceros, orales o escritas, previstas en el art. 51.1 de la Ley Orgánica general penitenciaria (LOGP), que son las que aquí nos importan, hemos dicho que representa ‘una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles’; sin embargo, ‘[l]os derechos fundamentales que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo’ (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2). 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”.

La ya citada STC 60/2010, de 7 de octubre [FJ 8 b)] también proporciona una adecuada intelección del contenido constitucional genuinamente afectado cuando se interpone un obstáculo jurídico en el desarrollo de las relaciones afectivas:

“... la imposición de la pena de alejamiento, al impedir al penado y a la víctima mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía, también afecta negativamente a un principio cuya restricción ha de ser tomada en cuenta, en los términos que

después indicaremos, en el control de constitucionalidad de la disposición impugnada. Se trata del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), un principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida y que, por más que pueda someterse, como ocurre con otras normas de la Constitución, a límites o exclusiones a raíz de su ponderación con otras normas constitucionales, se proyecta sobre la decisión de continuar o no la relación afectiva o de convivencia que resulta impedida o entorpecida como consecuencia de la prohibición de aproximación. Así lo hemos reconocido en nuestra STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4, respecto de la libertad de procreación, que constituye, al igual que la relativa a la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia, una manifestación del libre desarrollo de la personalidad naturalmente afectada como consecuencia de la imposición de la pena de prohibición de aproximación”.

En definitiva, las diversas manifestaciones del ejercicio de la autonomía personal en el plano de las relaciones personales y familiares no integran derechos fundamentales autónomos, sino intereses jurídicos invocables ante la Jurisdicción ordinaria según su particular configuración legal, por lo que la legitimidad constitucional de las resoluciones judiciales impugnadas sólo podría ser enjuiciada desde la perspectiva de la razonabilidad de la interpretación y aplicación que hacen del ordenamiento jurídico y del mandato constitucional de proscripción de la arbitrariedad (art. 24.1 CE), motivo de amparo que no ha sido esgrimido por el actor.

Desde esta perspectiva, las restricciones que el demandante dice sufrir en el libre desenvolvimiento de sus relaciones familiares en razón de la distancia geográfica del Centro Penitenciario en el que se encuentra interno respecto del lugar de residencia de sus familiares no carecen ex ante de legitimidad constitucional, al tratarse de consecuencias necesariamente asociadas al sentido, naturaleza y contenido de la pena privativa de libertad que está extinguiendo (art. 25.2, inciso segundo CE).

Por otra parte, tampoco puede afirmarse que en este caso la Jurisdicción ordinaria haya prescindido de una valoración individualizada de su situación personal, ni del grado de afectación de sus relaciones interpersonales y su posible compensación mediante el disfrute de permisos, visitas y comunicaciones con arreglo a las posibilidades que ofrece el ordenamiento sectorial. Esto es predicable del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que en concreto constató que “[l]a lejanía del centro penitenciario no

impide las visitas al recurrente. El informe del Director del Centro Penitenciario, pone de manifiesto que el interno ha venido disfrutando de manera habitual de las comunicaciones ordinarias por locutorio con la frecuencia que establece el artículo 42 del Reglamento Penitenciario, tanto con amigos, como con familiares, según aparece en los listados remitidos por el Centro Penitenciario”.

Asimismo, ponderó que el contacto con familiares que no pueden desplazarse al lugar Centro Penitenciario “ya sea por razones de edad, de estado de salud, u otras de tipo económico”, puede también producirse a través de los permisos extraordinarios previstos en la legislación penitenciaria y que puede solicitar el interno, aunque siempre vinculados a las necesidades del tratamiento penitenciario (lo que constituye finalidad legítima en una sociedad democrática según la STEDH *Rodzevillo contra Ucrania*, antes citada, § 84).

E igualmente razonó que “Su padre al que se refería en su inicial petición ha fallecido posteriormente. La enfermedad de su abuela, demencia avanzada que la incapacita para cualquier desplazamiento, y la de su abuelo, artrosis de ambas caderas, les incapacitan para las visitas a cualquier centro penitenciario con independencia de su distancia.

No se trata de parientes de primer grado por lo que afectación a la vida familiar no es tan intensa y pueden ser ocasionalmente visitados por el interno en permisos extraordinarios”.

En esta resolución la Audiencia Nacional declina su competencia objetiva para entrar a revisar las decisiones gubernativas de destino penitenciario de acuerdo con los límites predeterminados en el art. 76.2 g) LOGP (que dice que al Juez de Vigilancia corresponde “[a]cordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos”) sin incurrir en irracionalidad o error patente, e incorporando a su razonamiento una valoración singularizada de las circunstancias personales del recurrente.

En definitiva, cabe concluir que las resoluciones objeto de este recurso de amparo no solo han dado adecuada respuesta a la petición del recurrente desde la perspectiva de la Constitución Española que, como ya se ha razonado en el fundamento jurídico 3 de esta misma resolución, no incluye en el derecho fundamental a la “intimidad personal y familiar” (art.18.1

CE) el derecho a la “vida familiar” del art. 8.1 CEDH, tal como ha sido entendido por la jurisprudencia del TEDH, sino que también, partiendo de premisas diferentes, han llegado a una solución concordante con la doctrina sentada por el TEDH en esta materia.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir el recurso de amparo núm. 3312/2016, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada en representación de don Sabin Mendizábal Plazaola, con arreglo a lo previsto en los arts. 50.1 a) y 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dada la manifiesta inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados.

Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil diecisiete.

Voto particular que formulan el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos al Auto de inadmisión dictado en el recurso de amparo avocado núm. 3312-2016, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Tribunal en la que se sustenta el Auto, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de este, que entiendo hubiera debido de ser de admisión, ya que no puede afirmarse que concurra la causa de inadmisión de que la vulneración del derecho a la intimidad familiar y personal (art. 18.1 CE) alegada por el demandante de amparo sea manifiestamente inexistente.

I. La necesidad de reconsiderar la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la intimidad familiar para evitar las paradojas de su contenido.

1. La opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto concluye que la lesión aducida por el demandante de amparo de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), derivada de la decisión de denegar su traslado a un centro penitenciario más cercano a su domicilio familiar, es manifiestamente inexistente. Esta conclusión se fundamenta en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no incluye dentro del ámbito de aplicación del art. 18.1 CE el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía. Se razona, además, que no resulta suficiente para reconsiderar esa doctrina el hecho de que la jurisprudencia del TEDH haya reconocido en diversas resoluciones que queda afectado el derecho a la vida familiar en aquellos supuestos, como el presente, en los que la lejanía del centro penitenciario del domicilio familiar imposibilita o dificulta el normal desarrollo del contacto con familiares más cercanos a través de las diversas instituciones penitenciarias diseñadas para el mantenimiento de los vínculos familiares (así, SSTEDH de 25 de octubre de 2013, *as. Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*; de 23 de octubre de 2014, *as. Vintman c. Ucrania*; o de 14 de enero de 2016, *as. Rodzevillo c. Ucrania*).

La renuencia de la jurisprudencia constitucional a reconocer como contenido del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE la convivencia y contacto entre los miembros de una familia debe ser reconsiderada, ya que (i) carece de un sustento argumental sólido; y (ii) ha derivado en algunas paradojas axiológicas sobre su contenido esencial.

2. Las discrepancias con la jurisprudencia constitucional que niega que el disfrute de la mutua compañía entre personas con vínculos familiares forme parte del contenido del derecho a

la intimidación familiar reconocido en el art. 18.1 CE ya fueron puestas de manifiesto en el apartado 6 del voto particular formulado a la STC 186/2013, de 4 de noviembre, en la que se denegó un recurso de amparo contra una decisión de expulsión que implicaba la separación de la demandante de su hija española menor de edad. Basta ahora con remitirse a dicho voto particular.

En todo caso, habida cuenta de que la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto ha hecho cita expresa de la STC 186/2013 para argumentar la manifiesta inexistencia de lesión, quizá merezca la pena recordar cuál fue la suerte que deparó a este asunto su paso por el TEDH. En el citado voto particular se concluía, en relación con la injustificada diferencia entre el ámbito de aplicación del art. 18.1 CE y el art. 8.1 CEDH, que se había “puesto una piedra más para una nueva condena contra el Estado español por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instancia ante la que la actora, indudablemente, recibirá la adecuada satisfacción a sus pretensiones que, de manera inexplicable, este Tribunal Constitucional no le ha otorgado”. Y, en efecto, la demanda ante el TEDH interpuesta por la recurrente finalizó mediante la decisión de 17 de marzo de 2015, *as. GVA c España* (demanda núm. 35765/14), por la que el Gobierno español reconoció la vulneración de los derechos de la demandante que resultan de los artículos 8 y 13 CEDH, comprometiéndose a “dejar sin efecto el acuerdo jurídico administrativo por el que se decretó la sanción de expulsión del territorio nacional de la demandante”, al pago de una cantidad de dinero en concepto de satisfacción equitativa y “a que en el futuro la interpretación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se realizará puesta en relación con los criterios que recoge el artículo 57.5.b) de la misma Ley Orgánica, de conformidad al artículo 8 del Convenio y se tutelarán de manera efectiva por la jurisdicción ordinaria, por haberlo así ordenado el Tribunal Constitucional en su sentencia 186/2013, de 4 de noviembre, dictada en el recurso de amparo recaído en este asunto”.

De ese modo, tomando en consideración la dimensión institucional de los derechos fundamentales; el mandato del art. 10.2 CE de que se proceda a su interpretación de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos; y la tutela multinivel de estos derechos a nivel nacional, regional e internacional, no parece razonable negar la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda ponderar la procedencia de una reconsideración de su jurisprudencia mediante la expeditiva vía de rechazar la admisibilidad de recursos que pueden

propiciar esa situación. La simple negación de que casos como el presente tengan siquiera relación con derechos fundamentales que, sin embargo, en todo nuestro ámbito regional están reconocidos como tales, acredita una autarquía jurisprudencial de este Tribunal muy alejada de la necesidad del tan proclamado –aunque no compartido por todos los magistrados de la casa– diálogo entre Tribunales.

3. El problema, sin embargo, no solo está en que la jurisprudencia constitucional haya establecido una enorme brecha con el ámbito de protección dispensado a la vida e intimidad familiar por los instrumentos regionales de derechos humanos y los órganos jurisdiccionales que deben interpretarlos. Lo más preocupante es que la jurisprudencia constitucional está derivando en situaciones axiológicamente paradójicas en cuanto al reconocimiento del contenido del derecho fundamental a la vida familiar del art. 18.1 CE.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto pretende limitar el contenido del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE a la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana que igualmente alcanza a determinados aspectos de la vida de las personas con las que se guarde una estrecha vinculación familiar. A esos efectos, cita la STC 11/2016, de 1 de febrero, en que este Tribunal reconoce a unos padres el derecho a disponer de los restos de un feto de 22 semanas de gestación producto de una interrupción voluntaria del embarazo para proceder a su incineración en una ceremonia privada como manifestación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE, en aplicación de la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH de 30 de octubre de 2002, *as. Pannullo y Forte c. Francia*; de 14 de febrero de 2008, *as. Hadri-Vionnet c. Suiza*; y de 12 de junio de 2014, *as. Maric c. Croacia*). Sin embargo, sostiene que este pronunciamiento es un supuesto singular que no manifiesta una genuina vocación revisora de la doctrina precedente

Pues bien, lo relevante de la STC 11/2016, como de las no citadas por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, SSTC 119/2001, de 24 de mayo; 16/2004, de 23 de febrero; y 150/2011, de 29 de septiembre, en que se sostiene que forma parte del contenido esencial del art. 18.1 CE la tutela frente a agentes contaminantes acústicos del domicilio familiar, no es su eventual carácter aislado. La importancia de estas sentencias es que ponen de manifiesto

que hace ya tiempo que se ha iniciado una transición hacia una confluencia con la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en relación con el ámbito de aplicación del derecho a la vida familiar reconocidos en el art. 8.1 CEDH y en el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, superadora de la estrecha comprensión de la intimidad familiar como un mero ámbito de privacidad reservado del conocimiento de terceros. La jurisprudencia constitucional no puede mantenerse por más tiempo atrincherada en una comprensión de la intimidad familiar que ya no responde a los parámetros impuestos por la evolución de la realidad social.

4. Esta transición es preciso concluirla a la mayor brevedad posible con la admisión de asuntos como el presente recurso de amparo que posibilita la creación de un cuerpo de jurisprudencia que, atendiendo a la alta función encomendada a este Tribunal por la Constitución española, dote a la jurisdicción ordinaria de líneas orientadoras en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. En defecto de que se culmine esa transición, no puede dejarse de mencionar que la jurisprudencia constitucional en la materia se ha instalado en una suerte de paradoja axiológica de la que resulta preciso salir para evitar una lectura alejada del sentir social del contenido esencial del derecho a la intimidad familiar.

La STC 11/2016, en los términos ya expuestos, ha considerado que forma parte del contenido esencial del art. 18.1 CE el derecho a que una familia pueda hacerse cargo de unos restos abortivos, en recepción de la jurisprudencia del TEDH que considera que forma parte del derecho a la vida familiar que sean entregadas a las familias los restos mortales de aquellas personas con las que exista un vínculo familiar. Contrasta con ello la rígida posición de la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, que se produce en el sentido de que no forma parte de ese derecho a la intimidad familiar la posibilidad de un contacto con aquellas personas con las que se mantienen esos mismos vínculos familiares. No puede evitarse un atisbo de crueldad –la evitación de la crueldad, según muchos pensadores (Rorty, Dworkin...), es un concepto clave para explicar los deberes éticos inherentes a la condición humana– cuando se advierte que la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto reconoce que este Tribunal ha consagrado como un derecho fundamental que los padres puedan tener junto a sí a sus hijos muertos pero se niega a posibilitar el reconocimiento como derecho fundamental a permanecer juntos cuando están vivos.

Esas paradojas son también evidentes en el ámbito del reconocimiento del derecho a la intimidad familiar en las relaciones penitenciarias. No parece que sea justificable desde una perspectiva axiológica que se considere conformador del núcleo esencial del derecho a la intimidad familiar de los reclusos la posibilidad de comunicar telefónicamente con sus familiares en su propio idioma hasta el límite de considerar contrario al art. 18.1 CE una decisión administrativa de prohibir a un recluso el uso del euskera en la comunicación telefónica semanal con sus familiares (así, STC 201/1997, de 25 de noviembre); y, por el contrario, que en el trámite de admisibilidad de un recurso de amparo, se tache de manifiestamente inexistente una lesión de ese derecho cuando se trata de controlar decisiones que afectan a la posibilidad misma de que se mantenga una comunicación personal entre esas mismas personas que mantienen vínculos familiares.

II. La existencia de una lesión del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) configurado con el contenido del derecho a la vida familiar del art. 8.1 CEDH.

5. La exposición ya realizada, tendente a acreditar que la lesión del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE no puede ser reputada como manifiestamente inexistente, podría eximir de cualquier otra consideración, ya que con ello ha quedado expuesta la discrepancia con la concurrencia de la causa de inadmisión apreciada en este recurso de amparo.

Ahora bien, el esfuerzo argumental invertido por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto para acreditar que es manifiestamente inexistente la lesión del art. 18.1 CE, la extensión con la que se ha desarrollado ese proceso de razonamiento y el hecho de que esta decisión sobre la admisibilidad haya sido avocado por el Pleno hace materialmente equiparable este Auto de inadmisión a una sentencia de desestimación. Con la sola ausencia del trámite de audiencia al Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, es una decisión que perfectamente podría haber tomado forma de sentencia, ya que (i) tiene por objeto resolver la cuestión de fondo de la eventual concurrencia de la vulneración de los derechos fundamentales alegados y, por tanto, es coincidente con los pronunciamientos que, según el art. 53 LOTC, debe tener una sentencia; y (ii) ha sido dictada por el Pleno de este Tribunal de una manera extensamente motivada, excepcionando con ello la regla general de que la decisión de inadmisión sea adoptada por la Sección mediante una providencia en que solo se especificará el requisito incumplido.

En estas singulares circunstancias, como ya sucediera con el ATC 155/2016, de 20 de septiembre, debe comprenderse que este voto particular, aun lamentando no poder contar con la siempre ilustrativa posición del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, tiene que extenderse no solo a mostrar la discrepancia con el alcance que se pretende dar al contenido esencial del art. 18.1 CE sino también a exponer las razones sustantivas y de fondo en que se fundamenta esta discrepancia con la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto respecto de la existencia de una lesión del derecho a la intimidad familiar configurado con el contenido del derecho a la vida familiar del art. 8.1 CEDH. Es especialmente obligado realizar estas consideraciones habida cuenta de que la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, a pesar de haber negado desde un principio esa identidad de contenidos entre el art. 18.1 CE y el art. 8.1 CEDH, ha extendido su argumentación haciendo un considerable esfuerzo por defender que, en cualquier caso, tampoco habría existido una eventual vulneración del art. 18.1 CE con un contenido semejante al que ha dotado el TEDH al art. 8.1 CEDH en su jurisprudencia.

6. La jurisprudencia del TEDH sobre el particular puede quedar resumida en la reciente STEDH de 14 de enero de 2016, *as. Rodzevillo c. Ucrania*, en que se afirma que “la Corte reitera que la Convención no concede a los presos el derecho a elegir su lugar de detención y que el hecho de que los presos pueden ser separados de sus familias y a cierta distancia de ellos es una consecuencia inevitable de su encarcelamiento (véase, por ejemplo, STEDH de 6 de abril de 2000, *as. Ospina Vargas c. Italia*). Sin embargo, es inconcebible que los presos queden privados de todos sus derechos del artículo 8 simplemente por su condición de personas condenadas a una pena privativa de libertad (véase, por ejemplo, STEDH de 25 de julio de 2013, *as. Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*, § 836). Un elemento esencial del derecho de un preso al respeto a su vida familiar es que las autoridades penitenciarias deben ayudar a él o ella en mantener el contacto con sus familiares más cercanos [véase, por ejemplo, STEDH de 20 de septiembre de 2000, *as. Messina c. Italia (núm. 2)*, § 61]. El mantener a una persona en una prisión tan alejada de su familia que dificulta o incluso imposibilita las visitas familiares puede constituir, en determinadas circunstancias, una injerencia desproporcionada en la vida familiar (véase, por ejemplo, STEDH de 23 de octubre de 2014, *as. Vintman c. Ucrania*, §§ 78 y 103-104). Si bien la Corte ha aceptado que las autoridades nacionales deben gozar de un amplio margen de apreciación en materia de ejecución de sentencias, la distribución de la población carcelaria no debe quedar a discreción de los órganos administrativos. Debe tenerse en cuenta, de alguna manera, el interés de los presos

en mantener al menos algunos lazos familiares y sociales (véanse, por ejemplo, la STEDH de 25 de julio de 2013, *as. Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*, §§ 836-838 y 850)” (§ 83).

7. En el presente caso, el Auto del Juzgado Central de Menores (con funciones de Vigilancia Penitenciaria) de 15 de febrero de 2016 se limitó a rechazar la queja del recurrente relativa a la denegación de su traslado al Centro Penitenciario de Araba/Zaballa, argumentando que “es evidente que no cabe considerar vulneración de derechos el solo hecho del cumplimiento de la condena en C. Penitenciario distinto al de su preferencia”, seguido de una amplia cita jurisprudencial en que se reitera que “no existe entre los derechos reconocidos a los internos por la legislación penitenciaria, ni desde luego, en la Constitución. El derecho de ser destinado o mantenido en un determinado Centro Penitenciario, ni siquiera a uno próximo al del lugar de residencia habitual” (fundamento de derecho cuarto). Más allá de ello, ninguna valoración sobre la situación penitenciaria, familiar o los argumentos en que se fundaba la solicitud de traslado del interno fueron valorados o ponderados en esta resolución judicial

Por su parte, el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 11 de mayo de 2016 desestimó el recurso de apelación interpuesto por el ahora demandante de amparo poniendo de manifiesto que la posibilidad de control de la decisión sobre traslados por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria “solo podrá operar, previa acreditación o constancia de que la resolución administrativa en cuestión ha producido una clara vulneración de los derechos fundamentales y penitenciarios del interno susceptible de ser corregida por la vía de traslado de Centro Penitenciario” (fundamento de derecho 1). A partir de ello, sostiene que “si bien la regla general ha de ser ubicar a los penados en el establecimiento penitenciario más cercano a su domicilio, siempre que se trate del establecimiento correspondiente a la clasificación del penado, y así se desprende del artículo 12 de la LOGP cuando menciona la necesidad de evitar el desarraigo social de los penados. Sin embargo, existen motivos que pueden justificar que se asignen penados a otros lugares (...) como pueden ser la necesidad de evitar hacinamientos o garantizar la disciplina adecuadas”. Además, pone de manifiesto que “no todo alejamiento implica una afectación de derechos fundamentales, que solo se producirá cuando la excesiva distancia, unidas a las dificultades de medios de transporte, impidan o dificulten seriamente las visitas de familiares y amigos al punto de quedar el derecho a la vida familiar” (fundamento de derecho 2).

Al ponderar las concretas cuestiones alejadas por el recurrente para propiciar su acercamiento, el Auto impugnado expone que la enfermedad de los abuelos y la mala salud de los padres del ahora demandante de amparo no implican una vulneración de su derecho a la vida privada y familiar por la lejanía del centro de cumplimiento, ya que esa circunstancia no impide las visitas al recurrente. Destaca que “el informe del director del Centro Penitenciario pone de manifiesto que el interno ha venido disfrutando de manera habitual de las comunicaciones ordinarias por locutorio con la frecuencia que establece el artículo 42 del Reglamento Penitenciario, tanto con amigos, como con familiares, según aparece en los listados remitidos por el Centro Penitenciario. La situación de los familiares en cuanto a un hipotético impedimento de desplazamiento al lugar del Centro Penitenciario, ya sea por razones de edad, de estado de salud, u otras de tipo económico, se solventan con los permisos extraordinarios que puede solicitar el interno, sin perjuicio de que aquellos rechacen el tratamiento penitenciario, en cuyo casos las dificultades o trabas para el ejercicio de este derecho, serían una consecuencia de la propia voluntad del interno” (fundamento de derecho 2). Igualmente, afirma que “se trata de un preso condenado por terrorismo, lo que exige especiales cautelas. Mantiene comunicaciones y recibe visitas de su entorno familiar y de sus amigos. Su padre al que se refería en su inicial petición ha fallecido posteriormente. La enfermedad de su abuela, demencia avanzada que la incapacita para cualquier desplazamiento, y la de su abuelo, artrosis de ambas caderas, les incapacita para las visitas a cualquier centro penitenciario con independencia de su distancia. No se trata de parientes de primer grado por lo que la afectación a la vida familiar no es tan intensa y pueden ser ocasionalmente visitados por el interno en permisos extraordinarios” (fundamento de derecho 3).

8. Esta argumentación, discrepando de la posición mantenida por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, no es susceptible de superar los estándares de un derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) construido sobre la base de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida familiar del art. 8.1 CEDH.

El punto de partida de este análisis deber ser, tal como se reconoce en el Auto judicial impugnado, que la regla general derivada del art. 12 LOGP es que el interno debe cumplir su condena en el centro penitenciario más cercano a su domicilio por respecto a su derecho a la intimidad familiar. A partir de ello, si bien la Administración penitenciaria goza de un amplio

margen de apreciación para distribuir a la población penitenciaria, sus decisiones en esta materia no son puramente discrecionales y deben estar informadas por el interés constitucional del interno derivado del art. 18.1 CE en el mantenimiento de sus lazos familiares y sociales. De esa forma, la injerencia que en este derecho fundamental se produce con el mantenimiento del interno en centros tan alejados de su familia que dificulta o incluso imposibilita las visitas familiares solo puede resultar proporcionada cuando concurren circunstancias de peso que permitan el excepcionar la regla general de cumplimiento cerca del domicilio habitual impuesta por el art. 18.1 CE, por el art. 8.1 CEDH y por el art. 12 LOGP.

En ese contexto, las razones aducidas por las resoluciones judiciales impugnadas para confirmar la denegación del traslado del recurrente a un centro penitenciario más cerca de su domicilio habitual no permiten excluir que la injerencia en su intimidad familiar resulte desproporcionada e innecesaria. Como ya se ha expuesto, las razones para denegar el acercamiento del recurrente no han versado ni sobre razones de organización penitenciaria –nada se dice en relación con que el centro al que se pretendía el traslado no se correspondiera con la clasificación del penado o estuviera hacinado, por ejemplo–; ni sobre razones de tratamiento –nada se dice tampoco en relación con la posible negativa afectación al tratamiento penitenciario del recurrente–; ni, explícitamente, sobre razones regimentales –nada se expone en relación con motivos de seguridad, disciplina o buen orden de los establecimiento-. En realidad, solo se menciona de una manera muy genérica que se trata de un preso condenado por terrorismo, lo que exige especiales cautelas; que se están desarrollando con normalidad el régimen de visitas; y que las enfermedades alegadas de algunos familiares cercanos imposibilitarían la visita con independencia del centro penitenciario, que pueden ser suplidas con los permisos extraordinarios.

9. Los argumentos referidos a que se están desarrollando con normalidad el régimen de visitas de sus amigos y allegados y a que las enfermedades alegadas de algunos familiares cercanos imposibilitarían la visita con independencia del centro penitenciario, que pueden ser suplidas con los permisos extraordinarios, no se vinculan con que la injerencia en el derecho a la intimidad familiar no resulta desproporcionada, sino con la negación de la premisa principal de que exista una real injerencia en este derecho.

En el presente caso, el recurrente estaba cumpliendo condena en el centro penitenciario de Madrid V (Soto del Real), cuando instó su traslado al de Araba/Zaballa, y en el de Valladolid, cuando presentó su recurso de queja. Esto es, una distancia de unos 400 kilómetros a su domicilio familiar. En aquel momento se alegó no solo las dificultades de traslado de su padre, de 66 años de edad, aquejado de una cardiopatía; sino de los abuelos de 94 y 87 años de edad, el primero de los cuales tenía una doble prótesis de cadera que le obligaba a usar bastones para desplazarse, y la segunda una demencia senil. En estas circunstancias, el hecho de que efectivamente se pueda estar desarrollando el régimen de visitas de familiares y allegados no implica, por sí mismo, que no exista una injerencia en el derecho concernido, ya que lo relevante no es que se imposibilite con carácter general ese contacto familiar sino también que se imposibilite o dificulte respecto de un concreto grupo de familiares más allá de lo razonable en relación con el cumplimiento de la regla general de que la pena se desarrolle en un centro cercano al domicilio habitual.

De ese modo, atendiendo a la regulación de estos regímenes de visitas –que se limitan a las comunicaciones mediante locutorio los fines de semana, con una duración de 40 minutos, o a comunicaciones vis a vis de convivencia familiar y de allegados una vez al mes, con una duración de entre una y tres horas y un máximo de 4 visitantes–, puesto en relación con la distancia por recorrer, que sería de 800 kilómetros de ida y vuelta, la edad de los familiares y su situación sanitaria hay que concluir que concurren una serie de circunstancias que suponen objetivamente dificultar el contacto del recurrente con allegados familiares en línea directa que, por tanto, pertenecen a un círculo de vinculación muy cercano, incidiendo de ese modo en el núcleo esencial del derecho a la intimidad familiar.

10. El único argumento judicial en que cabría sustentar que esta injerencia en la intimidad familiar del recurrente no es desproporcionada sería que se trata de un preso condenado por terrorismo, lo que exige especiales cautelas.

Esta mera afirmación, carente de ningún otro sustento argumental, no resulta suficiente como para que se pueda concluir que en este caso está justificada una denegación del traslado del recurrente con el fin de dar cumplimiento a la regla general, reconocida por el propio órgano judicial, del cumplimiento de la pena en un centro penitenciario cercano al domicilio habitual. Con carácter general, puede resultar necesario sacrificar los intereses de la intimidad familiar

cuando entran en conflicto con otros derechos o intereses de relevancia constitucional o vinculados al cumplimiento de la pena de prisión. Sin embargo, ninguno de ellos es puesto de relieve en las resoluciones judiciales impugnadas en el presente recurso de amparo. El hecho de que se trate de un condenado por delito de terrorismo y que esto exija especiales cautelas nada dice en relación con las razones por las que dichas cautelas sí pueden ser adoptadas en el centro penitenciario de Valladolid y no el de Araba/Zaballa. De hecho, tal como se reconoce por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, el recurrente tras ser extraditado desde Francia cumple en España condena de cuatro años y seis meses de prisión por la comisión de un delito de daños en grado de tentativa en concurso ideal con un delito de transporte de sustancias o aparatos explosivos o inflamables (art. 568 CP) en conexión con un delito de colaboración con banda armada (art. 577 CP). Por tanto, se trata de una pena de prisión que, al no alcanzar los cinco años, ni siquiera tiene la consideración legal de pena grave, sino de pena menos grave [art. 33.3.a) CP]. Tampoco cabe olvidar, a los efectos de las alegadas especiales cautelar, que la situación de abandono unilateral de sus actividades por parte de la organización ETA desde hace ya algunos años también debe servir de elemento para hacer la debida ponderación en este tipo de decisiones.

Por tanto, tampoco desde esta perspectiva aparece como constitucionalmente justificada una injerencia en la vida familiar del recurrente como la que supone denegar que el cumplimiento de su pena privativa de libertad se desarrolle en un centro penitenciario más cerca de su domicilio para enervar las especiales dificultades que supone para mantener los vínculos ordinarios con determinados familiares directos aquejados de dificultades de movilidad y desplazamiento por motivos de salud. Esto hubiera debido resultar determinante para concluir que, en este caso, habría existido una vulneración de su derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), configurado con el contenido del derecho a la vida familiar del art. 8.1 CEDH.

Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil diecisiete.