



Resolución del Ararteko, de 28 de septiembre de 2012, por la que se recomiendan al Departamento de Interior, Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco criterios en materia de vigilancia de las personas presas que reciban atención hospitalaria extrapenitenciaria, con el fin de preservar su derecho a la intimidad.

Antecedentes

1. Acudió ante esta institución la abogada de una interna del centro penitenciario de Martutene, quien entendía conculcado el derecho a la intimidad de su defendida por causa de determinadas medidas de seguridad adoptadas, con ocasión de sus salidas para recibir tratamiento hospitalario extrapenitenciario, por el personal de la Ertzaintza encargado de su custodia.

Se trata de una persona que precisa tratamiento oncológico, motivo por el cual su traslado al Hospital resulta imprescindible y relativamente frecuente. La reclamante exponía que, en tales ocasiones, su derecho a la intimidad se veía afectado cuando se le obligaba, por motivos de seguridad, a permanecer bajo el control visual de una agente de policía en dos espacios en particular: por un lado, el cubículo de 2 metros cuadrados en el que ha de desvestirse y colocarse una bata-sábana para ser examinada, y que se encuentra entre el pasillo en que espera el resto del personal policial de custodia y el lugar en que se desarrolla el examen médico; por otro, en la consulta propiamente dicha. Indicaba que, en las más de veinte salidas que había debido realizar por este motivo al Hospital en el último año y medio, no siempre se había encontrado con este problema, sino que en ocasiones el trato había sido correcto, en la medida en que no permanecía nadie junto a ella en el citado cubículo mientras se desvestía, ni la atención médica que recibía era observada por la custodia policial. Sostenía que, de esta forma, las pruebas y exploraciones se habían desarrollado sin mayor problema mientras que, en otras ocasiones, se había visto en la necesidad de renunciar a las mismas, por dignidad, cuando la fuerza policial había insistido en mantener la presencia y el contacto visual en los espacios y momentos mencionados.

El último episodio de este tipo al que aludía la reclamación se refería al pasado día 15 de mayo de 2012, en que manifestaba que había sido trasladada al Hospital Donostia por tener programadas para ese día una mamografía y placas de tórax, a las cuales decidió renunciar por el motivo señalado. Refería por último que había expuesto los hechos ante la Dirección del Centro Penitenciario para que ésta, conociendo tanto a la interna como la gravedad de su enfermedad, interviniera ante la fuerza policial de custodia para que las citadas pruebas pudieran practicarse sin menoscabo de su dignidad.





2. Con el fin de contrastar el relato de los hechos, solicitamos la colaboración de Osakidetza, de la Dirección del Centro Penitenciario y del Departamento de Interior del Gobierno Vasco. A éste último le hicimos llegar, asimismo, una serie de criterios jurisprudenciales que permiten, a nuestro entender, conciliar el derecho a la intimidad de la interna y el deber de vigilancia por parte de la fuerza policial de conducción, instándole a que informara a esta institución sobre su disposición a aplicarlos en lo sucesivo, tanto por lo que se refiere a las consultas hospitalarias extrapenitenciarias en general como, en particular, en relación con el caso que ha dado lugar a este expediente.
3. Osakidetza respondió por medio de un informe del Director Gerente del Hospital Donostia, en el que manifestaba tener constancia de que el 15 de mayo la interna tenía concertadas, efectivamente, ecografía de mama, radiografía de tórax y mamografía bilateral. En cuanto a lo sucedido aquel día, indica lo siguiente:

“Consultados los profesionales responsables de su atención, éstos refieren que la paciente se negó a las citadas exploraciones alegando que la ertzaina mujer responsable de su custodia –los hombres habían quedado fuera– quería estar en el mismo espacio que ella en todo momento y ésta se negaba a, en su presencia, retirarse la ropa de cintura para arriba; hecho éste necesario para la realización de las pruebas. Por tanto, en dicha fecha, quedaron las pruebas sin realizar”.

El informe concluye indicando que la misma paciente fue trasladada nuevamente al Hospital el día 31 del mismo mes, y que en tal ocasión la agente de la Ertzaintza que la custodiaba se había ubicado en el pasillo de circulación interna de los profesionales de radiología, visualizando a la paciente a través del cristal existente en la puerta de la sala en la que se le estaban realizando las pruebas, todas las cuales quedaron realizadas en dicha fecha.

4. En cuanto a la Dirección de la prisión, la información que facilitó a esta institución sobre los sucesos del día 15 de mayo coincide con la relación de hechos expuesta por el Servicio Vasco de Salud.
5. El Departamento de Interior del Gobierno Vasco, por su parte, respondió a nuestra solicitud por medio de un informe de la Unidad de Administración de su División de Inspección y Administración. En él confirma que el día 15 de mayo la interna fue trasladada desde el Centro Penitenciario hasta la Sala del Hospital Donostia en que tenía su cita, señalando que el trato fue correcto en todo momento y que fue una agente femenina la encargada de escoltarla y de custodiarla en la sala. A continuación, sin embargo, manifiesta lo siguiente:





“c) Esta persona en ningún momento manifestó su disconformidad con alguno de los procedimientos que se llevaron a cabo durante el traslado, ni antes, ni después de la visita médica.

d) “No es cierto que (la interna) renunciara a unas pruebas programadas para tal día, ya que sólo tenía programada una consulta en la puerta 0, sala 2 del edificio materno-infantil del Hospital Donostia, la cual realizó.”

Tras añadir que en todo momento se preservó el derecho a la intimidad de la interna, el Departamento de Interior indica que ésta en ningún momento solicitó a la agente femenina que la custodió dentro de la sala que saliese de la misma. *“Por otra parte –continúa el informe- aunque hubiese solicitado que la agente saliese de la sala, tampoco se habría perdido el contacto visual, ya que como indica la Instrucción 056 del Viceconsejero de Seguridad en su apartado V.4 sobre traslados en el interior de un centro sanitario, en ningún momento se perderá de vista al recluso, y en el V.3, no solo por la custodia de la presa, sino también para velar por la integridad y seguridad de la misma y del personal sanitario que la atiende.”*

El informe concluye manifestando que han sido numerosas las ocasiones en que esta interna ha debido ser trasladada, y que jamás mostró enfado o malestar con los procedimientos empleados, añadiendo que en todos los traslados se trata de ponderar la intimidad con la responsabilidad que se exige, con el resultado de que muy pocas veces se reciben reclamaciones como la de la presente queja.

6. A la vista de las respuestas recibidas, hemos acordado finalizar nuestra intervención en el asunto emitiendo la presente resolución con recomendación, que basamos en las siguientes

Consideraciones

1. Según la reclamación que da lugar al presente expediente, la violación de derechos denunciada se habría producido en el curso de los múltiples traslados al Hospital de los que, a lo largo del último año, había sido objeto la interna como consecuencia de su grave enfermedad. No obstante, la propia queja precisaba –y así lo confirmaban las informaciones recibidas tanto de Osakidetza como de la Dirección de la Prisión- que los problemas mencionados no habían existido en todas las ocasiones. Se trataría más bien de episodios puntuales que, si bien tenderían a producirse cada vez con más frecuencia a juicio de la reclamante, dependerían en todo caso de los/as agentes que integraran el dispositivo de vigilancia en cada traslado, los cuales no siempre habrían exigido mantener el contacto visual sobre la presa mientras ésta se desvestía o era examinada.



Nuestra intervención, en consecuencia, no estará enfocada a la revisión de los hechos del día 15 de mayo de 2012 sino en la medida en que de ellos, ponderados en ese contexto, se desprenda un margen de mejora en la actuación de la fuerza policial, de modo que se ajuste siempre, y con independencia de cuál sea en cada ocasión su composición, a los criterios establecidos en esta materia por el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de vigilancia penitenciaria.

2. No es posible pasar por alto, en cualquier caso, la contradicción que se observa entre las versiones que ofrecen, al exponer lo sucedido el día 15 de mayo, los dos departamentos del Gobierno Vasco concernidos.

La reclamante nos decía que la interna había manifestado con claridad su disconformidad con las medidas de control adoptadas con ocasión de ese traslado, así como su renuncia por tal motivo a practicarse las pruebas que tenía programadas para ese día. Pues bien, ambos extremos constan como acreditados en el informe que Osakidetza nos remitió al respecto. Y asimismo nos fueron confirmados por la Dirección de la Prisión, ante la que nos interesamos por el caso habida cuenta de que, de acuerdo con la queja recibida, estaba al corriente de lo sucedido. El Departamento de Interior, por el contrario, informó a esta institución que la paciente ni se había quejado de la custodia, ni había renunciado a prueba alguna, ni siquiera tenía programadas pruebas para ese día.

Es evidente que ambas versiones resultan incompatibles entre sí. Sin entrar a valorar cuál de ellas se corresponde con la realidad, hemos de llamar la atención sobre el hecho de que la contradicción señalada no puede explicarse como producto de distintas percepciones subjetivas sobre cuestiones más o menos valorativas, como acaso sucedería si se limitara a la existencia o no de disconformidad por parte de la paciente con las medidas de vigilancia, o a si fue éste u otro el motivo que le llevó a renunciar ese día a las pruebas. Lo insólito del caso es que la discrepancia se extiende hasta aspectos puramente objetivos y sencillos de acreditar, como son si la interna tenía o no pruebas médicas programadas para ese día, si éstas quedaron sin practicar y si fue la propia paciente quien así lo solicitó. Tratándose de datos que conforman la base fáctica de la actuación investigada, el control y supervisión de la misma no podrán ser efectivos mientras una de las instancias administrativas que en ella intervienen nos diga que no es cierto un hecho del que la otra, en cambio, nos dice que tiene constancia. Por ello, y en aras del principio de coherencia que debe presidir la actuación administrativa, resulta imprescindible que esta contradicción sea aclarada.

3. Con independencia de todo ello, y teniendo en cuenta lo que hemos precisado más arriba sobre el alcance y sentido de nuestra intervención en el presente caso, tomaremos como punto de partida un dato sobre el que coinciden las dos





versiones: el 15 de mayo de 2012 la interna fue trasladada al Hospital Donostia, donde la fuerza policial encargada de su custodia actuó siguiendo el criterio de que una de sus componentes permaneciera en todo momento en el mismo espacio en que se encontrara la paciente, manteniendo constante contacto visual con ella.

Esta exigencia de que la fuerza actuante no pierda de vista a la interna se habría mantenido, de acuerdo con el informe del Departamento de Interior, *“aunque hubiese solicitado que la agente saliese de la sala”*. Para justificarlo, el Departamento apela a que así lo indica el apartado V.4 de la Instrucción 056 del Viceconsejero de Seguridad, de 8 de julio de 2004, con el fin de atender a las funciones de vigilancia que asigna a la Ertzaintza su apartado V.3.

4. De la lectura de dichos apartados, sin embargo, no se desprende criterio alguno que permita fundamentar la actuación cuestionada:

- El apartado V.4 se refiere a un supuesto distinto del que motiva el presente expediente, como es el traslado de un recluso de una a otra dependencia del centro sanitario en el que esté internado. Resulta lógico que la Instrucción disponga la necesidad de no perder de vista al preso durante dicho trayecto: en cuanto a la seguridad, el riesgo de fuga es mayor que cuando aquél se encuentra, como sucedía en el caso que nos ocupa, en una sala cerrada y sin otra salida que la puerta vigilada por la fuerza de custodia; y parece razonable entender que, en principio, el hecho de que la Policía le observe durante su traslado de una dependencia a otra afectará menos a su intimidad, como paciente, que si dicho control visual se refiere al momento y lugar en que, como aquí ocurría, se desnuda y recibe atención médica.
- A los efectos que aquí interesan, el apartado V.3 únicamente establece, con buen criterio, que las funciones de vigilancia asignadas a la Ertzaintza van más allá de la mera custodia del interno, extendiéndose a la necesidad de velar por su integridad y seguridad, así como por las de sus visitas y el personal sanitario que le atiende.

Cuando la citada Instrucción 056 del Viceconsejero de Seguridad recoge los criterios aplicables a supuestos como el presente, no lo hace en su apartado V, sino en el punto segundo de su apartado IV, dedicado al *“Tratamiento, consulta o asistencia médica sin ingreso hospitalario”*. Tal es el caso de la asistencia hospitalaria que viene recibiendo esta interna por razón de su enfermedad, y es ésta la normativa de aplicación al episodio del día 15 de mayo de 2012, con independencia de que aquel día tuviera programadas las pruebas de las que nos informa Osakidetza o bien, como sostiene el Departamento de Interior, únicamente una consulta. La Instrucción es clara al respecto:



“IV.2. TRATAMIENTO, CONSULTA O ASISTENCIA MÉDICA SIN INGRESO HOSPITALARIO

Cuando sea necesario el traslado a un centro hospitalario asistencial porque el detenido precisa asistencia médica, se seguirán las siguientes pautas de actuación:

- 1. ...*
- 2. Cuando el detenido sea requerido para ser asistido, los agentes le acompañarán en todo momento, excepto en aquellas zonas restringidas como sala de rayos X, salas de exploraciones físicas, quirófanos, etc., permaneciendo los agentes a la espera junto a los accesos a la dependencia donde se encuentre el detenido. No obstante, se podrá estar presente durante la asistencia en estos dos casos:*
 - Cuando el médico solicite a los agentes que, por motivos de seguridad, permanezcan en todo momento junto al detenido, en cuyo caso deberán atender dicha solicitud.*
 - Cuando una vez analizadas las circunstancias concurrentes (características, peligrosidad y estado físico y psíquico del detenido; lugar al que se accede para el reconocimiento médico, posibilidades de fuga, utensilios utilizados; personas que visitan al enfermo, etc.), se estime imprescindible la presencia policial durante el acto del examen médico. En caso de existir discrepancias entre los agentes encargados de la custodia y los facultativos, este hecho se pondrá en conocimiento del responsable médico correspondiente con el fin de adoptar medidas adecuadas que garanticen la custodia y la integridad del personal sanitario y que impliquen la menor afectación a la intimidad del detenido.”*
5. Estas mismas previsiones son recogidas, literalmente, en la *“Normativa sobre cuestiones legales y policiales”* de 10 de mayo de 2006, por la que el Hospital Donostia se rige en esta materia. Tomando como referencia la citada Instrucción 056, así como el *“Protocolo sobre custodia de presos y detenidos, cuando estén ingresados o sean atendidos en el Hospital Donostia”*, firmado el 11 de noviembre de 2004 por su Director Gerente y el Jefe Territorial de la Ertzaintza de Gipuzkoa, la normativa a la que nos referimos dispone en su apartado 7º que el detenido tiene derecho a ser asistido sin medios de contención y en ausencia de la policía dentro de la sala de reconocimiento, añadiendo no obstante que los agentes podrán estar presentes durante la asistencia en los dos casos señalados en el punto anterior.
6. La interna a la que hace referencia el presente expediente estaba incluida por las autoridades penitenciarias en el llamado Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES) 3-BA, del que forman parte quienes se encuentran en prisión por su vinculación a bandas armadas o elementos terroristas. La Administración Penitenciaria considera que la custodia y vigilancia de estas personas requiere hacer frente a riesgos específicos, para lo que dispone una





serie de medidas de seguridad recogidas en la Instrucción I-12/2011, de 27 de julio, de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. En lo que interesa al caso, son tres los aspectos reseñables de esta regulación:

- *“Las normas de intervención con los internos incluidos en estos grupos se concretan en mayores medidas de precaución o estrategias preventivas, que no comportan por sí mismas restricción de derechos, sino la aplicación de los principios de separación, seguridad y ordenada convivencia, conforme a las características criminológicas de estos internos”* (apartado 3.1)
- Ha de ser la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario la que valore, en cada caso, la peligrosidad y consiguiente exigencia de medidas de control específicas, en función del programa individualizado de tratamiento del interno o, en el supuesto de que éste se encuentre preventivo, del modelo de intervención que tenga asignado (apartado 3.1c).
- En materia de asistencia médica extrapenitenciaria, el mayor control no se refiere a la vigilancia mientras el interno es atendido, sino tan sólo a los trámites para su solicitud y autorización, sin que la norma que comentamos incluya referencia alguna a la necesidad de que, durante su desarrollo, la fuerza de custodia se encuentre presente o mantenga el control visual. Sí se insiste (apartado 3.3.1) en que resulta imprescindible la coordinación entre las fuerzas de seguridad encargadas del traslado y custodia y las autoridades del centro penitenciario, las cuales deberán facilitar a aquéllas la información más completa posible sobre la peligrosidad o el riesgo de fuga del interno (apartado 3.3, que remite a la norma 12ª de la Instrucción 7/2009, adoptada en materia de conducciones por la misma Dirección General con fecha 7 de septiembre de 2009).

De acuerdo con esto, cuando el perfil criminológico de un interno haga precisa, por razón de su peligrosidad, la adopción de medidas de seguridad específicas con ocasión de su asistencia médica fuera de prisión, la fuerza policial encargada de su traslado y custodia debe haber sido advertida de ello por las autoridades responsables de su tratamiento penitenciario. El Departamento de Interior no ha dado cuenta a esta institución de dato alguno al respecto, de donde debemos deducir que, en el caso de esta interna, no concurría tal circunstancia.

7. De lo hasta aquí expuesto se desprende que no se daban en el presente supuesto las circunstancias que excepcionalmente justificarían, según hemos visto, la presencia policial durante la asistencia médica. Debe concluirse de ello que, en el caso de esta paciente, tal presencia resultaba contraria a la normativa establecida, tanto por el Hospital como por el propio Departamento de Interior.





En cuanto a la necesidad de que la fuerza de custodia no pierda de vista al recluso en ningún momento ni situación, el Departamento de Interior la justifica apelando a una norma -el apartado V.4 de la citada Instrucción 056- que, según hemos razonado, no resulta aplicable al caso que nos ocupa. Hemos visto, asimismo, que el apartado que sí le es aplicable -el IV.2- no menciona esta medida, la cual tampoco está prevista en la normativa del Hospital Donostia a la que hemos hecho referencia.

Ambas regulaciones insisten, en todo caso, en una idea que aparece recogida en el apdo. IV.1.a) de la primera de ellas, y que la segunda transcribe literalmente en su apartado 7.4: como criterio general, las medidas que se adopten para la vigilancia y custodia del preso deberán conciliar, desde parámetros de efectividad y proporcionalidad, dos necesidades: por un lado, la de evitar su fuga y proteger a personal y usuarios de eventuales agresiones; por otro la de respetar la intimidad que requiera la asistencia. A la ponderación de estos dos aspectos apela, de hecho, el informe remitido al Ararteko por el Departamento de Interior en relación con este caso. Es éste, en consecuencia, el criterio que adopta la normativa interna de los Departamentos concernidos para determinar, en función del paciente y del lugar en que reciba asistencia médica, tanto la procedencia de que ésta se desarrolle bajo el control visual de la policía como la de cualquier otra medida de seguridad, como pudiera ser la de estar presente durante el examen médico en los dos supuestos mencionados.

8. El criterio expuesto deberá ser aplicado, en cada caso particular, de conformidad con una serie de referencias normativas de orden superior, interpretadas a la luz de la jurisprudencia constitucional y de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

Como referencia fundamental es preciso tener presente que, con independencia de su carácter extrapenitenciario, la autoridad que lleve a cabo la custodia de un preso tiene el deber de mantenerlo en las condiciones de dignidad y seguridad exigidas por la Constitución en los arts. 10.1 y 15, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 3º, y por las previsiones contenidas en el resto de la legislación internacional en la materia, en particular el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y las declaraciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. A tales declaraciones y tratados se remiten los art. 10.2 y 96.1 de la Constitución al garantizar el derecho a la vida y la integridad física y moral, todo lo cual encuentra reflejo específico en las previsiones que al respecto contienen la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario.

En cuanto a la aplicabilidad de estos derechos y deberes a una situación específica como la que dio lugar al presente expediente, los derechos que la



legislación penitenciaria otorga a un interno, ya sea penado o preventivo, han de serle respetados aún cuando, por la razón que sea, se encuentre ingresado en un lugar distinto del centro penitenciario -lo que resulta plenamente aplicable al Hospital Donostia. Así lo prevé la normativa internacional, tanto a nivel universal –“*Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 43/173 de 9-12-1988- como europeo, según recogen las sucesivas redacciones (1973 y 1987) de las *Normas Penitenciarias Europeas* aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. La última de ellas figura en su Recomendación R(2006)2, de 11 de enero de 2006, cuyo artículo 10 dispone expresamente que los derechos que otorga a un preso la legislación penitenciaria no pueden verse restringidos por el hecho de encontrarse en otro establecimiento:

“10.3: *Estas reglas se aplicarán también a las siguientes personas:*

a.a)...

b. b) Sometidos a prisión provisional por una autoridad judicial o privados de libertad como consecuencia de una condena, pero que están, por la razón que sea, ingresados en otro tipo de establecimiento.

10.4: *Toda persona detenida en una prisión o en las condiciones mencionadas en el párrafo 10.3 b) será considerado como detenido a los efectos de estas reglas”*

De todo ello se infiere que las autoridades al cargo de su vigilancia y custodia tienen el deber de garantizar tales derechos tanto en el ámbito penitenciario como extrapenitenciario, con independencia de que las condiciones materiales en que se desarrolle dicha labor sean diferentes en cada caso. Es preciso tener en cuenta, por lo tanto, el modo en que la jurisprudencia ha ido delimitando el contenido de ese deber y la relevancia de su incumplimiento:

- Para determinar si el derecho a la intimidad de la interna se ve afectado no sólo por la presencia policial en la sala en que recibe atención médica, sino también cuando es observada por la policía mientras se desnuda o es examinada, hemos de atender a lo declarado por el Tribunal Constitucional, en el Fto. Jco. 5º de su Sentencia 57/1994, de 28 de febrero, sobre el contenido de tal derecho: *“De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad.”* (SSTC 37/1989(SSTC 37/1989 [RTC 1989, 37], fundamento jurídico 7º; 120/1990, fundamento jurídico 12 y 137/1990, fundamento jurídico 10).

No parece haber duda de que el control visual del que se quejaba la interna afecta, de acuerdo con los criterios propios de nuestra comunidad, a los sentimientos de pudor y recato de la persona. Lo cual no significa que dicha afectación sea siempre ilegítima en el ámbito penitenciario, en la medida en que resulte proporcionada y necesaria para mantener el orden y la seguridad. Como continúa diciendo la misma Sentencia del Alto Tribunal, *“Finalmente, con referencia al concreto ámbito penitenciario este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad «aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere»”*. (STC 89/1987, fundamento jurídico 2º).

- El carácter privado de la visita médica, en la medida en que pueda afectar a aspectos íntimos de la persona, merece ser protegido también dentro del ámbito penitenciario con fundamento en el art. 4.2 b) del Reglamento Penitenciario. Así lo tiene señalado, por ejemplo, el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Las Palmas de 26-3-92.
- Por todo ello, con carácter general, la consulta médica deberá desarrollarse respetando al máximo la privacidad, lo que implica, en principio, que la fuerza policial no solo no se halle presente durante la misma, sino que tampoco pueda observar su desarrollo.

La limitación de este derecho, si bien es posible, sólo resultara legítima en caso de que existan circunstancias que la hagan imprescindible en aras de la seguridad. La concurrencia de las mismas deberá estar debidamente justificada y tener la previa autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria, toda vez que la Administración, en el sistema penitenciario español, debe dar cuenta al Juez de Vigilancia de aquellos de sus actos que, en primer lugar, implican la afectación de un derecho fundamental, y de aquellos otros que, en segundo lugar, entrañan un modelo de actividad penitenciaria que se aparta del estándar.

Este principio general es observado por la propia Dirección General de Instituciones Penitenciarias en sus Instrucciones, incluso aunque la normativa reglamentaria no lo haya previsto explícitamente: así sucede en el caso de la aplicación de las limitaciones regimentales del art. 75.1 RP y de los supuestos de aplicación de la modalidad excepcional de régimen abierto prevista en el artículo 86.4 RP. El cacheo con desnudo integral representa otro ejemplo de cómo la Administración, para poder afectar con su actuación un derecho fundamental, debe estar en condiciones de acreditar las circunstancias de excepcionalidad que concurren en ese supuesto concreto. La tutela de derechos fundamentales y del control de

legalidad de la actividad penitenciaria requiere, por tanto, que la Administración proceda a la dación de cuentas mediante remisión del parte de hechos que justificó la adopción de la decisión, y del resultado del cacheo, lo que posibilita que por el Juez de Vigilancia Penitenciaria se examine la concurrencia de los presupuestos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida acordada (*Acuerdo nº 97 de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*)

- En el presente caso, la interna estaba incluida en un fichero de especial seguimiento, lo que puede incidir de cara a valorar su peligrosidad y, en función de ella, la pertinencia de determinadas medidas de seguridad en su vigilancia. La pertenencia a un colectivo o a una organización delictiva es un elemento a tener en cuenta a efectos de individualizar las circunstancias de una persona. Ahora bien, la propia Instrucción 12/2011 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que así lo señala recuerda, en su apartado 1º, que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el respeto al contenido básico de todo derecho fundamental exige, con relación a las limitaciones que le puedan afectar, tres requisitos: que no lo obstaculicen más allá de lo razonable, que estén justificadas por el fin que persigan y que exista una proporcionalidad entre el sacrificio del ejercicio del derecho y la situación en la que se halla la persona a quien se le imponen. Asimismo, que toda resolución que acuerde la restricción de derechos fundamentales ha de motivarse de modo individualizado, siendo notificada al interno y al órgano jurisdiccional competente. En consecuencia, la aplicación de medidas que impliquen limitaciones regimentales o restricción o limitación de derechos no debe fundamentarse en la inclusión del interno en un Fichero FIES, sino en la necesidad de proteger otros derechos o de preservar la seguridad, buen orden del establecimiento o interés del tratamiento, derivada de las circunstancias personales del interno afectado. (*STC núm. 141/1999, de 22 de julio*). A la luz de esta doctrina, para apreciar hasta qué punto una tal limitación resulta compatible con el respeto del derecho a la intimidad corporal, ha de analizarse si se halla justificada en la protección de exigencias públicas y si, en el caso específico de que se trate, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquel al que se le impone (*STC 37/1989, fundamento jurídico 7º*).

Aplicando estos criterios a la concreta actuación aquí cuestionada, no consta en el presente expediente dato alguno que permita afirmar la existencia de un peligro para la seguridad que justificara, en los términos expuestos, una limitación al derecho a la intimidad de la interna como la que implican las medidas adoptadas por la fuerza policial encargada de su custodia en el Hospital, tanto por lo que se refiere a su presencia en los espacios en que aquélla debía desvestirse y ser examinada, como a la exigencia de mantener un control visual permanente sobre la paciente mientras ésta se encuentra en ellos.



Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente

RECOMENDACIÓN 80/2012, de 28 de septiembre, al Departamento de Interior, Justicia y Administración del Gobierno Vasco

Para que, con el fin de respetar el derecho a la intimidad de las personas privadas de libertad con ocasión de su asistencia médica extrapenitenciaria, la fuerza policial encargada de su custodia permanezca, como regla general, fuera de las dependencias en que aquéllas deban desvestirse o ser atendidas, de modo que los y las agentes que la integren ejerzan sus funciones de vigilancia sin ver ni oír el desarrollo de la consulta, pruebas o tratamiento en que consista dicha atención. Todo ello siempre que el personal facultativo no demande protección específica, o que ésta no resulte imprescindible a la vista de circunstancias excepcionales de peligrosidad cuya concurrencia, en su caso, deberá ser expuesta razonadamente, de manera que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria valore y apruebe las medidas que resulten necesarias y proporcionadas en relación con dicho peligro.

