

El principio de legalidad en el Derecho penitenciario español

Especial referencia al régimen penitenciario cerrado

Sara Carou García

Universidad de La Coruña

Abstract

El presente artículo analiza la regulación del régimen cerrado penitenciario, contenida en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y su compatibilidad con los requisitos derivados del principio de legalidad, proclamado en la Constitución Española. En el texto se examina si la manifestación más extrema del ius puniendi del Estado cumple las exigencias de los mandatos de lex propria y lex certa.

Der vorliegende Beitrag thematisiert die Regelung des geschlossenen Strafvollzugs, die in Artikel 10 des Strafvollzugsgesetzes enthalten ist, sowie ihre Vereinbarkeit mit den Anforderungen des in der spanischen Verfassung vorgesehenen Legalitätsprinzips. Der Beitrag untersucht, ob die intensivste Äußerung des staatlichen ius puniendi die Anforderungen der Gebote der Lex Propria sowie Lex Certa erfüllt.

This article examines the regulation of the closed prison regime (super maximum security units), regulated by article 10 of the General Penitentiary Act and their compatibility with the requirements arising from the principle of legality, proclaimed the Spanish Constitution. The text examines if under the most extreme manifestation of the jus puniendi the State complies with the requirements of the mandates of lex propria and lex certa.

Titel: Das Legalitätsprinzip im spanischen Strafvollzugsgesetz. Unter besonderer Berücksichtigung des geschlossenen Strafvollzugs.

Title: The Principle of Legality in Spanish Prison Law. Special Reference to the Closed Prison Regime (Super-Maximum Security Units).

Palabras clave: ley penitenciaria, principio de legalidad, reclusos, derechos fundamentales.

Stichworte: Strafvollzugsgesetz, Legalitätsprinzip, Gefangenen, Grundrechte.

Keywords: prison law, principle of legality, prisoners, fundamental rights.

Sumario

1. El principio de legalidad en materia penal: la garantía penitenciaria
2. La formulación normativa de la garantía penitenciaria y su interpretación jurisprudencial
3. *Lex propria* y afectación de los derechos fundamentales del recluso
4. Principio de legalidad y relación jurídico-penitenciaria
5. La exigencia de *lex certa* y el artículo 10 de la LOGP
 - 5.1. Criterios de aplicación del régimen cerrado. Peligrosidad extrema e inadaptación
 - 5.2. La creación reglamentaria de dos modalidades de vida dentro del régimen cerrado
6. Conclusiones
7. Tabla de jurisprudencia
8. Bibliografía

1. El principio de legalidad en materia penal: la garantía penitenciaria

El principio de legalidad — *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹ — forma parte de la cultura jurídico-penal europea desde la época moderna². Se trata de un postulado de origen político³ — más que jurídico — que enraíza con la filosofía de la Ilustración, representada en este caso por la teoría rousseauiana del contrato social y por la idea de separación de poderes enunciada por Montesquieu⁴.

La idea básica de este principio —según el cual solo la ley puede determinar las conductas consideradas como delictivas, así como las penas anudadas a las mismas— tradicionalmente se fracciona en un compendio de garantías que se refleja en las diferentes vertientes del Derecho punitivo (criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución). El principio de legalidad se configura, en consecuencia, como un supraprincipio⁵ con proyección sobre todos los aspectos del Derecho sancionador. En este sentido, se pueden distinguir cuatro tipos de consecuencias derivadas del genérico principio de legalidad, que adoptan la forma de prohibiciones, dirigidas tanto al legislador como a los jueces y Tribunales⁶. La prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) impide la aplicación de la ley penal a casos distintos de los específicamente previstos en ella. Si bien la analogía constituye un medio habitual de interpretación de las normas jurídicas no sancionadoras, en el terreno penal queda vetada para proteger la seguridad jurídica y la libertad de los ciudadanos, frente a una potencial aplicación expansiva del Derecho penal. La prohibición del derecho consuetudinario (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) impide el empleo de la costumbre para fundamentar o agravar la responsabilidad penal, por carecer de seguridad y certeza; de tal modo que solo la ley escrita puede crear conductas ilícitas y sanciones en sede penal. La prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*) en la aplicación de las leyes penales conlleva la necesidad de conocimiento previo, por parte del ciudadano, de los hechos susceptibles de ocasionar responsabilidad penal y de las posibles penas derivadas del hecho delictivo. Por último, la prohibición de leyes y sanciones indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) proscribire el establecimiento de delitos y penas cuyas características no puedan ser suficientemente reconocibles en la ley⁷.

¹ La formulación latina del principio de legalidad es obra de FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1ª ed., § 24, 20.

² LAMARCA PÉREZ, «Principio de legalidad penal», *Eunomia*, (1), 2011, p. 157; MATA Y MARTÍN, «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (19), 2011, p. 56; NAUCKE, «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado», en ROMEO CASANOVA (dir.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, 2000, p. 545; BERGALLI, «Principio de legalidad: fundamento de la modernidad», *Jueces para la Democracia*, (32), 1998, p. 58.

³ BARBOSA CASTILLO, «Principio de legalidad y proceso penal», *Derecho Penal y Criminología*, (78), 2005, p. 109.

⁴ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, p. 50.

⁵ BARQUÍN SANZ, «Sistema de sanciones y legalidad penal», *RPJ*, (58), 2000, p. 178.

⁶ ROXIN, *DPP*, 2000, p. 140.

⁷ Conviene destacar a este respecto que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha avalado la legalidad de las denominadas “normas penales en blanco”. A este respecto véase la sentencia del TC (en adelante STC), 1ª, 05.07.1990: “es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena,

En la actualidad, pese a todas las crisis y dificultades⁸ por las que atraviesa el principio de legalidad – prioritariamente motivadas por el auge de corrientes como el *Derecho penal del riesgo* o el *Derecho penal del enemigo* – éste continúa siendo el más importante de los principios del Derecho penal⁹.

En relación con la denominada garantía de ejecución, centrándonos en la pena de prisión, el principio de legalidad exige que la ejecución de esta sanción privativa de libertad esté presidida por el respeto al sistema legal, hasta tal punto que el propio castigo no podrá ser reconocido como legítimo sin la referencia a las disposiciones legales¹⁰. De esta vinculación ineludible del modo de cumplimiento de la pena de reclusión a lo preceptuado en la ley, se derivan una serie de obligaciones dirigidas a los distintos poderes del Estado¹¹. Así, el Poder Legislativo se encuentra obligado a configurar, mediante la ley, un sistema de cumplimiento de la pena cierto y conocido suficientemente. El Poder Judicial –representado para este caso por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (en adelante JVP)– es compelido a ajustar sus resoluciones en materia de ejecución penitenciaria a la ley, actuando ésta como base de sus decisiones y debiendo aplicar métodos de interpretación consolidados, proscribiendo el recurso a la analogía, a la retroactividad o a normas no escritas. El Poder Ejecutivo –representado por la Administración Penitenciaria– resulta apremiado a respetar el sistema legal en la ejecución de la pena privativa de libertad. Asimismo, las normas emanadas de la Administración Penitenciaria deben cumplir los requisitos de poseer un carácter subordinado a la ley, no pudiendo innovar en relación al contenido de ésta. Como puede observarse, la garantía de ejecución derivada del principio de legalidad actúa como limitador de las atribuciones de cada uno de los tres poderes estatales en materia penitenciaria.

2. La formulación normativa de la garantía penitenciaria y su interpretación jurisprudencial

La Constitución Española (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978, en adelante CE) menciona de modo expreso e inequívoco el genérico principio de legalidad en su Título Preliminar, concretamente en el apartado tercero del artículo 9; no obstante, esa claridad expresiva se diluye de modo notable a la hora de trasladar el principio a los campos penal y penitenciario.

En el apartado primero de su artículo 25¹², la norma constitucional alude al principio de legalidad en materia penal, haciendo una referencia directa a la prohibición de la retroactividad en materia

contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada Sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada” (FJ. 3). Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, por las siguientes resoluciones: STC, Pleno, 06.04.2005, FJ. único; STC, 1ª, 09.10.2006, FJ. 5 y 8; y STC, Pleno, 08.05.2012, FJ. 3.

⁸ Sobre los motivos de la crisis de la legalidad penal véanse, entre otros, BERGALLI, *Jueces para la Democracia*, (32), 1998, p. 62; Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, p. 67; ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, 2002, p. 119; LAMARCA PÉREZ, *Eunomia*, (1), 2011, p. 158.

⁹ BACIGALUPO ZAPATER, «Sobre la justicia y la seguridad en el Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, p. 55.

¹⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2005, p. 21.

¹¹ MATA Y MARTÍN, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (19), p. 66.

¹² Artículo 25.1 CE: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

punitiva. La parquedad de este enunciado motivó la intervención del TC, a fin de clarificar cuestiones básicas sobre el principio de reserva de ley —o mandato de *lex propria*— establecido por los constituyentes. Las resoluciones del TC afirmaron la vigencia de una reserva de ley absoluta. De tal manera, en materia penal quedaba proscrita la acción normativa del Poder Ejecutivo a través de Decretos, Órdenes Ministeriales y cualquier tipo de disposiciones emanadas de autoridades administrativas¹³. Como puede observarse, el principio de legalidad penal actúa de garante, en la esfera punitiva, de la división de poderes. En consecuencia, en virtud del mismo, el Poder Ejecutivo tiene prohibida la creación de sanciones penales mediante su actividad normativa. Esta custodia de la clásica teoría de la separación, elaborada por Montesquieu, se efectúa mediante un principio albergado en la parte dogmática del texto constitucional. Ahora bien, como ya hemos señalado líneas arriba, el principio de legalidad posee una naturaleza eminentemente política, hecho que no queda desvirtuado por esta ubicación en el bloque dogmático de la CE. Téngase en cuenta, a estos efectos, que dicho bloque constitucional recoge un resumen de los valores y principios que se ha autoimpuesto el Estado, por lo que la enunciación del principio de legalidad no es más que un adelanto de este principio rector de la organización estatal, desarrollada en la parte orgánica de la CE¹⁴.

En cuanto al carácter orgánico u ordinario que deben ostentar las normas legales punitivas, la jurisprudencia del TC ha sido bastante ambigua. La STC, Pleno, 23.02.1984, estableció que la reserva absoluta de ley en materia penal no implicaba, siempre y en todo caso, el carácter orgánico de la misma¹⁵. Dos años después, en la STC, Pleno, 11.11.1986, y en aplicación de lo dispuesto por

¹³ Véase por todas la STC, 2ª, 22.07.1999, en la que, recogiendo la jurisprudencia anterior sobre la materia, el TC resolvió: “El principio de legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, implica que la definición de los hechos que son constitutivos de delito y la concreción de las penas que corresponden a tales delitos corresponde al legislador (STC 26/1994). Los ciudadanos tienen pues derecho a que los delitos y sus correspondientes penas figuren en la ley (STC 8/1981), con el objeto de que en el logro de la paz social les sea posible adaptar su conducta para que ésta no incurra en delito ni se haga merecedora de la correspondiente pena. Legitimación del Parlamento para definir delitos y sus consecuencias jurídicas que obedece a la grave afectación de los intereses más relevantes que originan las normas penales, y, por ello, son los representantes electos del pueblo los que ostentan la función de precisar los hechos prohibidos bajo pena. De ahí que el principio de legalidad, en el ámbito penal y aun en el sancionador, se encuentra vinculado al Estado de Derecho que la Constitución enuncia (SSTC 133/1987, 111/1993, y 137/1997), esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad o el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley. Correlativamente, con el principio de legalidad penal se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente (SSTC 133/1987 y 120/1996). De esta manera los destinatarios de la norma saben —o tienen al menos la posibilidad de saber— que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido (SSTC 101/1988 y 93/1992)” (FJ. 3).

¹⁴ MONTIEL, «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, (1), 2017, p. 6.

¹⁵ La STC Pleno, 23.02.1984, analizó la supuesta inconstitucionalidad de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios (BOE nº 298, de 13 de diciembre de 1979, en adelante LRJCC), norma de carácter ordinario que en su articulado creaba tipos delictivos y establecía las correspondientes penas. La citada resolución desestimatoria del recurso de amparo interpuesto el TC dispuso: “La ‘legislación’ en materia penal o punitiva se traduce en la ‘reserva absoluta’ de Ley. Ahora bien, que esta reserva de Ley en materia penal implique reserva de la Ley Orgánica, es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del artículo 81.1 con el mencionado artículo 25.1. El desarrollo al que se refiere el artículo 81.1 y que requiere Ley Orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los ‘derechos fundamentales’, un supuesto que, dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad ha sido planteada, no nos corresponde aquí determinar” (FJ. 3).

el artículo 81.1 CE¹⁶, el TC afirmó la exigencia de la cualidad de orgánicas para aquellas normas penales que impongan penas privativas de libertad, por resultar afectado el derecho fundamental a la libertad personal, reconocido en el artículo 17.1 del texto constitucional¹⁷.

3. *Lex propria* y afectación de los derechos fundamentales del recluso

El apartado segundo del artículo 25 CE¹⁸ alberga previsiones específicas para el ámbito penitenciario, fijando la orientación reeducadora y de reinserción social de las penas privativas de libertad, así como de las medidas de seguridad, y estableciendo las líneas maestras del estatus jurídico de aquellas personas que son condenadas a pena de prisión. No parece que el legislador constituyente quisiera hacer referencia, en este apartado segundo, al principio de legalidad de la actividad penitenciaria¹⁹; no obstante, la alusión a los derechos fundamentales del recluso, así como a su potencial afectación, nos remiten a una de las cuestiones derivadas del principio de legalidad: el mandato de *lex propria* y el alcance del mismo.

El artículo 25.2 CE reconoce al condenado a pena de prisión los derechos fundamentales recogidos en la Carta Magna, a la vez que establece una serie de restricciones de los mismos, limitaciones que

¹⁶ Artículo 81.1 CE: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”.

¹⁷ La STC Pleno, 11.11.1986, vuelve a analizar la supuesta inconstitucionalidad de la LRJCC. En este caso el TC estima el recurso de amparo. Partiendo de lo afirmado en la STC Pleno, 23.02.1984, el Alto Tribunal abunda sobre la materia disponiendo: “En este sentido, este Tribunal ha podido afirmar que, al decir el artículo 25 de la CE que ‘nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento’, este precepto constitucional de expresión general al principio de legalidad en materia sancionadora del que se deriva que una sanción de privación de libertad u otra, sólo procedería en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión previstas en dichas normas; y la ‘legislación’ en materia penal y punitiva se traduce en ‘reserva absoluta’ de Ley (STC 25/1984, de 23 de febrero, fundamento jurídico 3.º). Como ya señaló este Tribunal en la mencionada Sentencia, la formulación del principio de legalidad respecto de las normas sancionadoras penales contenido en el artículo 25.1 de la CE, supone la exigencia del rango de Ley formal para este tipo de normas, pero no implica, por sí solo, la necesidad de que asuman los caracteres de las Leyes Orgánicas previstas en el artículo 81.1 del Texto constitucional. Ahora bien, en el presente caso nos encontramos ante un recurso de amparo en que se plantea, principalmente, la protección de un derecho fundamental, el recogido en el artículo 17.1 de la Constitución; con lo que varían respecto de la mencionada Sentencia, los parámetros constitucionales a tener en cuenta por el Tribunal. Lo que ahora se plantea es si, aparte de la exigencia del rango de Ley formal, se requiere también, a la luz de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la CE, en relación con el artículo 17.1 de la misma, que las normas penales sancionatorias estén contenidas en Leyes Orgánicas. La respuesta ha de ser afirmativa. El artículo 81.1 mencionado prevé que son Leyes Orgánicas ‘las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas’. Y no cabe duda de que las normas penales (como ha admitido la gran mayoría de nuestra doctrina penalista) suponen un desarrollo del derecho a la libertad (aparte de otros derechos fundamentales que no son ahora relevantes)” (FJ 5). En esta misma línea argumental se sitúa la posterior STC Pleno, 16.12.1986, que dictaminó con carácter *erga omnes* la inconstitucionalidad de la tipificación y sanción de conductas contenidas en las disposiciones de la LRJCC, ya que en esta ocasión se resolvió una cuestión de inconstitucionalidad y no un recurso de amparo.

¹⁸ Artículo 25.2 CE: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

¹⁹ MATA Y MARTÍN, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (19), 2011, p. 131.

tienen relación directa con la situación de reclusión a la que se ve sometido el sujeto, como consecuencia jurídica de su comportamiento antisocial.

Según se deriva del artículo 53 CE, para el común de los ciudadanos las limitaciones del ejercicio de sus derechos fundamentales han de venir marcadas por una norma con rango legal –que en todo caso debe respetar el contenido esencial de los mismos– y cuya interpretación ha de ser restrictiva, conforme ha declarado el TC²⁰. Para el caso de los penados, las modulaciones del ejercicio de sus derechos fundamentales provendrán de tres vías distintas, expresadas en el texto constitucional: el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria.

En cuanto a la primera limitación enunciada por la CE, el fallo condenatorio, resulta obvio que la imposición mediante sentencia de una pena de prisión va a cercenar la libertad ambulatoria del individuo, si bien no de modo absoluto. Recuérdesse a este respecto, que el penado puede deambular por las estancias del centro penitenciario –patio, salas de recreo, salas de tratamiento– con mayor o menor libertad, en función del grado de tratamiento al que esté sometido. La libertad de movimientos no es el único derecho fundamental que puede ser afectado por la condena de cárcel, ya que el Código Penal (BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995, en adelante CP) –artículos 32, 33 y 39– recoge la existencia de penas privativas de derechos²¹, que pueden ser impuestas de modo accesorio a la pena de prisión. De tal modo, el sentenciado a pena privativa de libertad puede ver como resultan afectados por la sentencia otros derechos, como el sufragio pasivo.

En relación con la referencia al sentido de la pena, en cuanto origen de restricciones de derechos fundamentales del penado, hay que señalar que la expresión *sentido de la pena* escogida por el constituyente introduce cierta confusión en torno a la concreta alusión que éste ha querido efectuar. El texto constitucional no deja claro si se refiere al sentido del castigo o si, por el contrario, alude a

²⁰ Véase la STC, 2ª, 16.12.1986, en la que se asienta el criterio de interpretación restrictiva de las normas limitadoras de los derechos fundamentales; así, el FJ. 6 de la referida resolución dispone: “Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.

²¹ Conforme al artículo 39 CP, son penas privativas de derechos:

- a) La inhabilitación absoluta.
- b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.
- c) La suspensión de empleo o cargo público.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
- g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- i) Los trabajos en beneficio de la comunidad.
- j) La privación de la patria potestad.

la finalidad perseguida con el mismo²². Una parte de la doctrina²³ sostiene que la referencia al sentido de la pena debe entenderse efectuada en alusión a la privación de aquellos derechos que resultan de imposible ejercicio en situación de privación de libertad. No obstante, una interpretación sistemática, y focalizada en la propia expresión empleada por el constituyente, permite avalar que se trata de una alusión a los fines asignados a la pena²⁴. Así pues, el sentido de la pena, entendiéndolo por tal el fin perseguido con su imposición, ha de estar prefijado en la legislación de cada Estado. La finalidad que se atribuya a la reclusión –retribucionista o preventiva– caracterizará el diseño legal de un concreto sistema penitenciario, tendente bien a la simple inoquización del delincuente, bien a la reinserción del mismo en la sociedad o, incluso, a una combinación de ambas, en función de la orientación escogida. En todo caso, dicha orientación ha de quedar reflejada primigeniamente en la parte dogmática de la Carta Magna y, de modo derivado, en la correspondiente normativa penitenciaria. La opción por una concreta finalidad punitiva definirá la, mayor o menor, permisibilidad del ordenamiento jurídico, respecto a las restricciones de derechos fundamentales de los sujetos internados en los centros de reclusión.

Al hilo de lo comentado, para el caso español, resulta obligado traer a colación la alusión constitucional a la reinserción social y a la reeducación, contenida en el primer inciso del artículo 25.2 CE. La ubicación de la norma analizada, dentro del texto constitucional, resulta de enorme trascendencia. Su inclusión dentro del Título I, Capítulo II, Sección Primera –donde se enumeran los derechos fundamentales– en buena lógica la haría tributaria del sistema de protección especial dispensado a éstos²⁵, basado en dos puntos básicos. Por un lado, la vigencia de la reserva de ley para la regulación y limitación del ejercicio de los derechos fundamentales, dispuesta en los artículos 53.1²⁶ y 81.1 CE. Por otro lado, la tutela judicial descrita en el artículo 53.2 CE²⁷, bien ante los tribunales ordinarios, a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad; bien ante el TC, mediante la interposición de un recurso de amparo.

Este análisis sistemático no ha sido el seguido por el TC. La interpretación del contenido del artículo 25.2 CE, relativo a la reinserción y resocialización del penado, realizada por el citado Tribunal, imposibilita su alegación en vía de amparo. A la luz de lo establecido por la jurisprudencia del TC, la referencia constitucional a este aspecto positivo de la prevención especial no puede ser entendida como un derecho subjetivo del penado, o como una apuesta del legislador constituyente a favor de una determinada finalidad punitiva. Se conceptualiza pues, como un

²² MAPELLI CAFFARENA, «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *Estudios penales y Criminológicos*, (XVI), 1993, p. 437.

²³ Véase por todos GARCÍA MORILLO, «Los derechos fundamentales de los internos en los Centros Penitenciario», *Revista del Poder Judicial*, (47), 1997, p. 23.

²⁴ MATA Y MARTÍN, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (19), 2011, p. 132.

²⁵ MAPELLI CAFFARENA, *Estudios penales y Criminológicos*, (XVI), 1993, p. 427.

²⁶ Artículo 53.1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

²⁷ Artículo 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria²⁸. En consecuencia, habrá de compatibilizarse con otras funciones también encomendadas a la institución carcelaria, como es el caso de la retención y custodia de los internos, aludida en el artículo 1 de la *Ley Orgánica General Penitenciaria* (BOE nº 239, de 5 de octubre 1979, en adelante LOGP)²⁹. Esta línea interpretativa le ha permitido al TC, en numerosas resoluciones³⁰, avalar la legalidad de ciertas restricciones de derechos de los penados –contrarias a la orientación punitiva marcada por la CE– amparándose en el mantenimiento de la seguridad y el buen orden regimental del centro de reclusión³¹.

Un ejemplo paradigmático, de la referida cuestión, sería el régimen penitenciario cerrado. Éste implica un tipo de vida que tiende (si bien de modo no premeditado) a la desocialización del interno, dificultando en consecuencia su reinserción³², si es que ésta puede lograrse realmente. No faltan voces críticas en la doctrina que sostienen, desde hace años – con razón –, que la reinserción

²⁸ Así lo entiende también la doctrina constitucionalista, en las pocas ocasiones que ha tratado esta cuestión. Véanse, entre otros, DELGADO RINCÓN, «El art. 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y reinserción social como fin de las penas privativas de libertad», *Revista Jurídica de Castilla y León*, (nº extraordinario), 2004, p. 353; URÍAS MARTÍNEZ, «El valor constitucional del mandato resocializador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (63), 2001, p. 78.

²⁹ Especialmente ilustrativas sobre esta cuestión resultan las siguientes resoluciones del TC: STC, 2ª, 24.06.1996, y STC, Pleno, 04.07.1991. La primera de las resoluciones citadas afirma lo siguiente en su FJ. 4: “(...) Este Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que estos sean su única finalidad (ATC 15/1984, 486/1985, 303/1986 y 780/1996 y STC 2/1987 y 28/1988). Pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora, precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena”. La segunda de las resoluciones del Alto Tribunal establece en su FJ. 4: “Tampoco la CE erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el artículo 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituye, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término, el artículo 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles -prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.- ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el artículo 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad”.

³⁰ Véanse, entre otras, la STC, 2ª, 28.02.1994; STC, 2ª, 11.09.1995; STC, 2ª, 11.03.1996; STC, 2ª, 08.07.1996.

³¹ Ciertamente sector doctrinal se ha mostrado crítico con esta conceptualización de la reinserción y la reeducación efectuada por el TC y defiende una consideración de las mismas como derechos subjetivos de los internos. En este sentido se pronuncian FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, «Las dilaciones indebidas en el proceso y su incidencia sobre la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social», *Revista del Poder Judicial*, (24), 1991, p. 35; TAMARIT SUMALLA, *CDP*, 2001, p. 35; BENITO LÓPEZ (2007), «La relación jurídica penitenciaria», *RJUAM*, (15), 2007, p. 70.

³² El Ministerio Fiscal ha alertado de las dificultades de reinserción que para los internos clasificados en primer grado puede ocasionar el sometimiento a este régimen de vida. Véase *Informe del Consejo Fiscal, de 8 de octubre de 2010, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero*, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, p. 20.

social del delincuente a través del sistema penitenciario no es más que una pura utopía³³. Solo entendiendo la resocialización y la reeducación como criterios orientativos de la ejecución de la pena privativa de libertad –no como finalidades penitenciarias exclusivas y excluyentes o como derechos subjetivos del penado– puede legitimarse la existencia de un régimen como el cerrado, basado en el carácter prevalente del orden, la seguridad y la disciplina.

Las tensiones entre régimen y tratamiento, presentes en toda la legislación y práctica penitenciarias, adquieren su grado mayor en materia de máxima seguridad. Las necesidades institucionales de inocuización de los internos más peligrosos y conflictivos resultan difícilmente compaginables con la actividad resocializadora, centrada en paliar los efectos negativos del encarcelamiento, así como los déficits personales que pueda presentar el interno. La legislación penitenciaria española no se hizo eco de las especiales necesidades tratamentales de este colectivo de reclusos hasta el año 2011. En esa fecha se realizó una reforma de la norma reglamentaria penitenciaria, a través de R.D. 419/2011, de 25 de marzo (BOE nº 73, de 26 de marzo de 2011)³⁴.

Hay que matizar, no obstante, que el régimen cerrado, pese a su naturaleza eminentemente securitaria, no está exento de cierta finalidad reinsertadora y resocializadora. La inicial inocuización del interno tiene como objetivo su reincorporación al régimen penitenciario ordinario. La propia LOGP así parece indicarlo cuando establece, en su artículo 10 *in fine*, que la permanencia de los internos bajo las normas del régimen de máxima seguridad carcelaria será por el tiempo necesario para la disminución, o desaparición, de las circunstancias que motivaron su inclusión en el mismo. Dichas circunstancias se materializan, según el citado precepto, en una peligrosidad extrema o en una inadaptación del reo a los regímenes ordinario o abierto. La disminución o desaparición de estas circunstancias requieren, en consecuencia, cierta actividad tratamental, enfocada a dotar al sujeto de los mecanismos necesarios para poder desarrollar una convivencia pacífica con los restantes miembros de la comunidad carcelaria. Esta labor de tratamiento aparece recogida en el artículo 90 del Reglamento Penitenciario (en adelante RP), al prescribir la existencia de un “programa de intervención específico que garantice la atención personalizada a los internos que se encuentren en dicho régimen, por equipos técnicos, especializados y estables”. En una línea semejante se sitúa el artículo 93.1.6ª del RP, al disponer que los programas de tratamiento de los departamentos especiales –de régimen cerrado– estarán orientados a la progresiva adaptación del interno a la vida en régimen ordinario. Así pues, en el régimen cerrado están presentes dos finalidades: a) una finalidad inmediata, consistente en la preservación del orden y la seguridad penitenciarios, puestos en peligro por la conducta de estos internos. Este objetivo se intenta alcanzar mediante una inocuización del reo que contribuya a la normalización de su conducta. b)

³³ Véanse, entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *IDP*, 3ª ed., 2005, p. 296; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1992, pp. 30 ss.; MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *Sistema*, (31), 1979, pp. 101 ss.; TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, 2005, p. 49.

³⁴ El citado RD motivaba la incidencia de la reforma sobre el tratamiento en régimen cerrado argumentando: “(...) la necesidad de una intervención más directa y más intensa en este colectivo, precisamente porque sus condiciones de vida, sujetas a mayores limitaciones regimentales, afectan de un modo singular a sus derechos. Consecuencia de ello ha de ser la atención personalizada a este grupo de internos a través de programas específicos y profesionales especializados”.

Una finalidad mediata, tendente a la reincorporación exitosa del sujeto, primero a los regímenes penitenciarios ordinario y abierto y, finalmente, a la sociedad, una vez producida su excarcelación.

La tercera limitación de derechos fundamentales de los penados, admitida constitucionalmente, proviene de la propia ley penitenciaria. La literalidad del texto constitucional no ofrece dudas respecto al rango normativo de esta fuente restrictiva de derechos, de tal modo que ésta únicamente puede ser una ley en sentido formal³⁵. Esta exclusión de otras normas jurídicas, como elementos cercenadores de los derechos fundamentales de los reos, resulta coherente con lo dispuesto en los artículos 53.1 y 81.1 del texto constitucional. Conforme a dichos preceptos, la regulación del ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE, así como el desarrollo de los mismos, queda reservada en exclusiva a la ley, atribuyendo a ésta el último de los preceptos citados el carácter de orgánica. La conclusión de la inconstitucionalidad de las limitaciones de los derechos fundamentales de los penados, provenientes de disposiciones normativas de rango inferior a la ley, no solo deriva de una interpretación gramatical o sistemática del artículo 25.2 CE. A idéntica conclusión se puede llegar acudiendo a criterios interpretativos históricos. A este respecto, hay que destacar el hecho de que durante los trabajos de redacción del precepto constitucional analizado el Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados modificó el texto de la ponencia sustituyendo la expresión *normas penitenciarias* por *Ley penitenciaria*³⁶.

El desarrollo posterior de estas previsiones constitucionales contenidas en el artículo 25.2, mediante la LOGP, contribuyó a difuminar aún más los límites de la garantía penitenciaria en el ordenamiento español. El artículo 2 de la LOGP³⁷ –al que tradicionalmente se le atribuye la formulación del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria³⁸– hace referencia a disposiciones jurídicas distintas a la ley, los reglamentos. Algunos autores han querido ver en esta inclusión del reglamento una especie de reserva de ley en sentido extenso, específica para el ámbito penitenciario, que constituiría lo que se ha denominado como *bloque de legalidad penitenciaria*³⁹. Admitir la existencia de unos límites específicos para el principio de legalidad en materia penitenciaria, más laxos que los del resto del ordenamiento, en los que se da entrada a disposiciones normativas de rango inferior como el reglamento, supone respaldar la existencia de una categoría de ciudadano de segunda clase, conformada por los reclusos. Siguiendo este razonamiento, los derechos fundamentales de los penados pueden ser restringidos al margen de las garantías establecidas en la CE, que sí resultan aplicables al resto de la población.

Por ello, el enunciado del artículo 2 de la LOGP no puede ser interpretado como una enunciación exclusiva del principio de legalidad, sino más bien como una expresión concreta de los límites de

³⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Derechos fundamentales entre rejas», *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*, (42), 1997, p. 289; BENITO LÓPEZ, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (15), 2007, p. 81.

³⁶ Véase Boletín Oficial de la Cortes (BOC) nº 82, de 17 de abril de 1978, y nº 121, de 17 de julio de 1978.

³⁷ Artículo 2 LOGP: “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”.

³⁸ MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 1990, p. 139; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, 2004, p. 106; MATA Y MARTÍN, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (19), 2011, p. 128.

³⁹ CERVELLÓ DONDERIS, *DP*, 3ª ed., 2012, p. 34.

la ejecución penitenciaria, materializados en las disposiciones contenidas en ley, los reglamentos y las sentencias judiciales⁴⁰. No se puede obviar que las peculiares características del medio penitenciario –en cuanto *institución total*⁴¹– conllevan una regulación minuciosa de múltiples aspectos de la actividad diaria de los centros de reclusión, siendo más adecuado para este menester el desarrollo reglamentario de las genéricas previsiones legales. Esta remisión a una fuente normativa secundaria en el ámbito penitenciario no presentaría problemas de contradicción con el principio de legalidad, siempre y cuando tanto la propia remisión como la fuente remitida cumplan con las necesidades de certeza y no resulte afectado un derecho fundamental⁴². El uso de derivaciones normativas hacia disposiciones reglamentarias en el ordenamiento penitenciario español es muy habitual, pudiendo considerarse incluso excesivo. Más de la mitad de los 80 artículos de la LOGP establecen remisiones al RP, afectando en algunos casos a materias susceptibles de incidir en los derechos fundamentales de los reclusos, por ejemplo: la tipificación de las faltas disciplinarias aludida en el artículo 42 LOGP, que remite a los artículos 108 a 110 del RP de 1981, o la determinación de los medios coercitivos, que el artículo 45 LOGP delega en el artículo 72 del RP.

El problema de respeto a la garantía de ejecución y de salvaguarda de la indemnidad de los derechos fundamentales de los condenados a pena de prisión se agrava con la entrada en juego de la previsión contenida en el artículo 6.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público⁴³ (BOE n° 236 de 2 octubre de 2015, en adelante LRJSP). La citada disposición legal permite a los órganos administrativos regular las actividades de órganos inferiores mediante instrucciones y órdenes de servicio. Ciertos aspectos penitenciarios –considerados de mera ejecución y no sustanciales de la pena– deben ser establecidos de manera detallada, desbordando la capacidad de desarrollo de las previsiones legales otorgada al reglamento. Para satisfacer esta necesidad de concreción, la Administración Penitenciaria recurre a instrumentos no normativos, tales como instrucciones y órdenes de servicio. El problema reside en delimitar cuándo se está incidiendo sobre aspectos meramente ejecutivos y cuándo se está interfiriendo en los derechos de los reclusos y provocando, en consecuencia, un agravamiento del impacto aflictivo real de la pena no previsto en la ley. La configuración de España como un Estado social y democrático de Derecho, contenida en el artículo que da inicio al texto constitucional, lleva aparejada que la definición y aplicación de las penas deba estar sometida a una serie de garantías. No es admisible, por tanto,

⁴⁰ MATA Y MARTÍN, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (19), 2011, p. 130.

⁴¹ El concepto de institución total, del que la prisión es ejemplo, es obra del sociólogo GOFFMAN quien la definió como “lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente” (GOFFMAN, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, 1970, p. 13).

⁴² ARROYO ZAPATERO, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (8), 1983, pp. 34 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, *DP*, 3ª ed., 2012, p. 34.

⁴³ Artículo 6.1 LRJSP: “Instrucciones y órdenes de servicio.

1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”.

que la diferenciación puramente formal entre definición sustantiva de la pena y su mera ejecución⁴⁴ dé lugar a la creación de un limbo jurídico, en el cual la Administración Penitenciaria pueda intervenir en los derechos fundamentales de los reclusos, soslayando las garantías constitucionalmente establecidas para la protección de éstos.

Las imprecisiones a la hora de enunciar el principio de legalidad en materia penitenciaria son, paradójicamente, superadas en el posterior desarrollo reglamentario. El RP, en su artículo 3.1⁴⁵, limita la actuación de los operadores penitenciarios a lo establecido en la CE y en la ley, omitiendo cualquier referencia a normas jurídicas de rango inferior e incluso a la propia resolución judicial condenatoria. El precepto aludido aún va más allá, al disponer en el apartado segundo⁴⁶ que los derechos de los internos únicamente podrán ser restringidos cuando así lo disponga una ley.

Las alusiones a la garantía de ejecución no se agotan en la CE y en la normativa penitenciaria, sino que otras disposiciones penales albergan referencias directas a esta manifestación del principio de legalidad. El CP recoge dos referencias directas a la dimensión penitenciaria del principio de legalidad. El artículo 3, del citado texto normativo, anuda la ejecución de cualquier pena (en consecuencia, también la pena de prisión) a lo dispuesto en la ley y los reglamentos que la desarrollan. Por su parte el artículo 36.1⁴⁷ manifiesta una vinculación directa del cumplimiento de la pena de prisión a lo dispuesto al respecto en las leyes. En este caso el legislador no incluyó referencia alguna a la normativa reglamentaria, estableciendo una reserva de ley en sentido estricto.

Por su parte el artículo 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Gaceta de 17 de septiembre de 1882, en adelante LECRIM)⁴⁸ al aludir a la forma de cumplimiento de las penas hace mención a la normativa emanada de la Administración; no obstante, en este caso la alusión a disposiciones administrativas está motivada por el momento histórico en el que fue elaborada la norma. La Ley procesal penal española data del año 1882, época en la que los aspectos relativos a la ejecución de la pena quedaban íntegramente en manos de la Administración, quien a través de reglamentos, órdenes y circulares ordenaba la totalidad de la actividad de las prisiones.

⁴⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos diluye cada vez más, en su jurisprudencia, la diferencia entre lo primordial y sustantivo de la definición de la pena y lo secundario y adjetivo relativo a su ejecución en cuanto a la aplicación del principio de legalidad. Sobre esta evolución jurisprudencial véase LANDA GOROSTIZA, «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3^a, 10-07-2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot», *InDret*, (4), 2012.

⁴⁵ Artículo 3.1 RP: “Principios. 1. La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley”.

⁴⁶ Artículo 3.2 RP: “2. Los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes”.

⁴⁷ Artículo 36.1 CP: “1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código”.

⁴⁸ Artículo 990 LECRIM: “Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los reglamentos (...)”.

4. Principio de legalidad y relación jurídico-penitenciaria

La adquisición de la condición de preso o penado por parte de un ciudadano, motivada por su ingreso en un centro penitenciario, provoca el nacimiento de una relación jurídica –no de naturaleza penal sino administrativa– entre éste y la Administración Penitenciaria, de la cual nacen derechos y deberes recíprocos. La mayoría de la doctrina española⁴⁹ coincide en incluir estos vínculos jurídicos establecidos entre los reclusos y el Estado dentro de la categoría de *relaciones de especial sujeción*⁵⁰, entendiéndolo por tales:

“las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantías, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”⁵¹.

Esta categoría tiene simplemente un alcance aproximativo, descriptivo y coloquial, sin ningún tipo de exactitud dogmática⁵². Se trata de una noción compleja e imprecisa que alberga dentro de sí múltiples relaciones entre el ciudadano y la Administración de índole diversa⁵³.

El concepto de relación de especial sujeción fue creado a finales del s. XIX y principios del s. XX por el Derecho público alemán, concretamente por LABAND y JELLINEK, siendo sistematizado posteriormente por MAYER⁵⁴. La finalidad perseguida con esta fórmula jurídica era explicar la especial intensidad de la vinculación al Estado de ciertos grupos de ciudadanos. Dicho nexo llegaba hasta el extremo de legitimar la restricción de la vigencia de los derechos fundamentales para un ámbito determinado, mediante normas jurídicas emanadas de la propia Administración, provocando así la quiebra del principio de legalidad. Esta doctrina obtuvo una gran acogida dentro del ámbito penitenciario de la época, afianzando la creencia según la cual las normas de ejecución de las penas privativas de libertad no debían tener rango jurídico, siendo potestad del Estado la

⁴⁹ Entre otros, véase, GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 1982, p. 102; RODRÍGUEZ ALONSO, *LDP*, 4ª ed., 2001, pp. 45 ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, «Poder domesticador del Estado y derechos de los reclusos. Relaciones de especial sujeción», *LH-García de Enterría*, 1991, pp. 1088 ss. Otros autores, sin embargo, se han mostrado contrarios a la categoría de relaciones de especial sujeción por el peligro que las mismas suponen para el respeto a los derechos de los internos. En este sentido véase MAPELLI CAFFARENA, *Estudios penales y Criminológicos*, (XVI), 1993, pp. 283 ss.

⁵⁰ El término relaciones de especial sujeción no es aceptado de manera unánime dentro de la doctrina española. Hay autores que prefieren emplear otras denominaciones, como relaciones de poder especial, relaciones vitales especiales, estatuto especial o vinculación especial jurídico-pública (QUERALT JIMÉNEZ, *El principio non bis in idem*, 1992, pp. 33 ss.; GARRIDO FALLA, *TDA*, vol. II, 8ª ed., 1987, p. 121; LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de especial sujeción*, 1994, p. 26).

⁵¹ LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de especial sujeción*, 1994, pp. 161 ss.

⁵² SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo*, 1ª ed., 1990, p. 352.

⁵³ El TC ha englobado en esta categoría las relaciones entre la Administración y, entre otros, los profesores, los farmacéuticos, los miembros de la Policía Nacional y Policía Local o los abogados. Sobre este particular véanse: STC, 1ª, 20.03.1990, FJ. 4; STC, 2ª, 30.09.1996, FJ. 3; STC, 2ª, 10.12.1991, FJ. 2; STC, 1ª, 18.07.2005, FJ. 5.

⁵⁴ LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de especial sujeción*, 1994, pp. 424 ss.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «La relación jurídica penitenciaria bajo la óptica del derecho administrativo», (www.uned.es/dpto-derecho-politico/gudin.pdf; consultado el 10 de octubre 2017); BACIGALUPO ZAPATER, *El sistema de sanciones administrativas y el impacto del sistema de sanciones comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, 1991, p. 26; LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de especial sujeción*, 1994, pp. 360 ss.

regulación sobre la materia⁵⁵. La idea de situar a la ejecución penitenciaria fuera de la regulación legal pervivió en Alemania hasta inicios de la década de los setenta. El 14 de marzo de 1972, el Tribunal Constitucional Federal Alemán dictó una sentencia a través de la cual se redefinieron las relaciones de especial sujeción. La resolución determinó el desalojo por parte de aquéllas de esa zona de exclusión de la ley, en la que se hallaban situadas y obligando al legislador a elaborar una norma, con rango legal, que regulase la ejecución de la pena privativa de libertad. A partir de ese momento, las modulaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos deben estar amparadas por una ley y ser indispensables para la consecución del orden de valores previsto en la constitución germana⁵⁶.

La doctrina española preconstitucional dirigió su atención hacia la teoría de las relaciones de sujeción especial a partir de inicios de la década de los años 60 del pasado siglo⁵⁷, principalmente motivada por la necesidad de operatividad y de eficacia que la actividad administrativa requiere, de modo singular, en determinados ámbitos⁵⁸, como es el caso del campo penitenciario. La aprobación de la Carta Magna española no resultó un óbice para la pervivencia de esta teoría, que da cobertura a una cierta relajación de las garantías encaminadas a preservar la indemnidad de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Para el caso de los reclusos ya hemos visto que el artículo 25.2 CE, a pesar de no hacer mención directa a la categoría de relación especial de sujeción⁵⁹, diseña un especial estatus jurídico en cuanto a la modulación de derechos se refiere, plenamente coincidente con la definición de la misma. En este sentido la CE actúa del mismo modo que la Ley Fundamental de Bonn, norma que tampoco referencia explícitamente las relaciones de especial sujeción, a pesar de acoger categorías particulares tradicionalmente conceptualizadas como tales, como las prisiones⁶⁰.

El TC, desde sus primeras resoluciones, calificó de relación de sujeción especial aquella establecida entre la Administración Penitenciaria y los reclusos⁶¹; reconociendo, no obstante, de modo expreso

⁵⁵ MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 1990, p. 114; RIVERA BEIRAS, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, 1997, p. 336.

⁵⁶ BACIGALUPO ZAPATER, *El sistema de sanciones administrativas y el impacto del sistema de sanciones comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, 1991, p. 57; RIVERA BEIRAS, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*, 1997, p. 341; MAPELLI CAFFARENA, «El sistema penitenciario. Los derechos fundamentales y la jurisprudencia constitucional», en RIVERA BEIRAS (coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, 1994, p. 18; TIEDEMANN, «Constitución y Derecho penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (33), 1991, p. 153.

⁵⁷ La irrupción de las relaciones de especial sujeción dentro del objeto de estudio de la doctrina española se debe a un artículo GALLEGO ANABITARTE, «Las relaciones de especial sujeción y la legalidad de la Administración», *Revista de Administración Pública*, (31), 1961, pp. 11 ss.

⁵⁸ LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de especial sujeción*, 1994, p. 43.

⁵⁹ GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, 1992, p. 518. El citado autor afirma que las relaciones de especial sujeción pueden estar implícitamente reconocidas dentro de la Constitución en varios preceptos, en concreto alude, entre otros, a los artículos 28.1 y 103.3 de la CE, que restringen el derecho de sindicación de algunos Cuerpos de Funcionarios, Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad.

⁶⁰ LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de especial sujeción*, 1994, p. 54.

⁶¹ Véase la STC, 2ª, 11.09.1995, FJ. 3, en la que aludiendo a la primera jurisprudencia del TC sobre la materia se señala: “Hecha esta precisión, no es ocioso recordar que el internamiento de un ciudadano en un Centro Penitenciario vincula al interno con la Administración estableciendo una relación de sujeción especial (SSTC 74/1985, 2/1987, 120/1990 y 57/1994, entre otras) que le somete a un poder administrativo autónomo y más intenso que el que se proyecta sobre el común de los ciudadanos”. En idéntico sentido la STC, 2ª, 11.03.1996, FJ. 2: “En primer lugar, y como este Tribunal ha señalado repetidamente, las relaciones jurídicas que, con ocasión del internamiento en un centro penitenciario se establecen entre las personas reclusas en el mismo y la Administración

la imprecisión de dicho concepto⁶². El citado tribunal –a pesar de admitir una restricción de los derechos fundamentales de los internos en centros penitenciarios, más allá de la tolerada para el común de los ciudadanos– recuerda el carácter excepcional de estas prácticas y la necesidad de su compatibilidad con el valor preferente de los derechos fundamentales⁶³.

En cambio, la legislación penitenciaria se muestra reacia al empleo de este término, hasta el punto de eliminar la referencia a él contenida en el artículo 5 del Anteproyecto de Reglamento Penitenciario de 1996. El argumento esgrimido para adoptar tal decisión, se centró en el hecho de que se trataba de una categoría creada originariamente para justificar tres privilegios de la Administración regia: la relajación del principio de legalidad, la limitación de los derechos fundamentales de ciertos súbditos y la ausencia de tutela judicial de determinados actos administrativos⁶⁴. El diseño de la relación recluso-Administración dibujado por la normativa penitenciaria, sin embargo, no ofrece dudas respecto a la tipología del citado nexos. En este sentido, el artículo 5 del RP⁶⁵ anuda la existencia de deberes atribuidos a los reclusos a la incorporación de éstos a una comunidad a la que se hallan vinculados de forma especialmente estrecha. Se recogen, de este modo, los rasgos que doctrinal y jurisprudencialmente caracterizan a las relaciones de especial sujeción.

Sin desconocer las particulares necesidades que la Administración tiene en el ámbito penitenciario para cumplir las, en principio, antagónicas finalidades que tiene encomendadas –por una parte, la retención y custodia de los internos y, por otra parte, la rehabilitación y reinserción social de los mismos–, la aceptación incondicional de la categoría de relación de especial sujeción de los

Penitenciaria, tienen naturaleza de relación especial de sujeción (SSTC 74/1985, 2/1987, 120/1990, 57/1994 y 129/1995) y así se desprende del artículo 25.2 CE”.

⁶² Véanse STC, 1ª, 29.03.1990, FJ.6; STC, Pleno, 27.06.1990, FJ. 6; STC, Pleno, 19.07.1990, FJ.4.

⁶³ Véanse entre otras STC, Pleno, 27.06.1990, FJ. 6; STC, Pleno, 19.07.1990, FJ. 4; STC, 2ª, 11.03.1996, FJ. 2; STC, 2ª, 26.06.2000, FJ. 1; STC, 2ª, 03.06.2002, FJ. 5.

⁶⁴ TÉLLEZ AGUILERA, «Aproximación al derecho penitenciario en algunos países europeos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, (1818), 1998, p. 24. Véase Dictamen 3.131/95/2.797/95 emitido por la Comisión Permanente el 11 de enero de 1996.

⁶⁵ Artículo 5 RP:

“Deberes.

1. El interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha, por lo que se le podrá exigir una colaboración activa y un comportamiento solidario en el cumplimiento de sus obligaciones.

2. En consecuencia, el interno deberá:

a) Permanecer en el establecimiento hasta el momento de su liberación, a disposición de la autoridad judicial o para cumplir las condenas de privación de libertad que se le impongan.

b) Acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciba del personal penitenciario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

c) Colaborar activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia las autoridades, los funcionarios, trabajadores, colaboradores de instituciones penitenciarias, reclusos y demás personas, tanto dentro como fuera del establecimiento cuando hubiese salido del mismo por causa justificada.

d) Utilizar adecuadamente los medios materiales que se pongan a su disposición y las instalaciones del establecimiento.

e) Observar una adecuada higiene y aseo personal, corrección en el vestir y acatar las medidas higiénicas y sanitarias establecidas a estos efectos.

f) Realizar las prestaciones personales obligatorias impuestas por la Administración penitenciaria para el buen orden y limpieza de los establecimientos.

g) Participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad”.

reclusos supone un serio peligro para las garantías de los derechos fundamentales de este colectivo. La cárcel es una especie de microcosmos jurídico que debe dar respuesta a una serie de exigencias ajenas a la vida extra-penitenciaria (seguridad, orden, disciplina, eficacia del tratamiento, etc.); pero no se puede obviar que ese particular mundo carcelario está inserido en el ordenamiento jurídico general del Estado y que, por lo tanto, debe ser respetuoso con los principios y derechos constitucionalmente establecidos.

La eficacia de la Administración Penitenciaria, a la hora de cumplir las finalidades que el propio ordenamiento jurídico le ha encomendado, requiere que ésta interfiera en todas las esferas vitales del interno; regulando aspectos que serían impensables para el caso del resto de ciudadanos, incluso para aquellos que también se hallen inmersos en otras relaciones de especial sujeción. Así, las facultades de la Administración respecto a los reclusos van a incidir sobre esferas tan privadas como, por ejemplo, el régimen de aseo personal, las relaciones íntimas o los horarios de sueño, entre otras. La multiplicidad de las circunstancias a regular por el Derecho penitenciario desbordan la operatividad del binomio ley-reglamento, debiendo dar entrada a normativa de rango inferior creada por la propia Administración. Ahora bien, en la medida en que los objetivos de la Administración Penitenciaria incidan en los derechos fundamentales de los penados, se hace imprescindible una habilitación mediante ley orgánica para ello, garantizando así el respeto de tal injerencia al principio de proporcionalidad y su coherencia con la finalidad perseguida. Solo de esta manera se puede compatibilizar la existencia de esta relación de especial sujeción con el principio de legalidad consagrado en la CE.

5. La exigencia de lex certa y el artículo 10 de la LOGP

La regulación del régimen penitenciario español de máxima seguridad –régimen cerrado– toma como punto de partida el artículo 10 de la LOGP, conforme al cual:

“1. No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente.

2. También podrán ser destinados a estos establecimientos o departamentos especiales con carácter de excepción y absoluta separación de los penados, dando cuenta a la autoridad judicial correspondiente, aquellos internos preventivos en los que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior, entendiéndose que la inadaptación se refiere al régimen propio de los establecimientos de preventivos.

3. El régimen de estos centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine.

La permanencia de los internos destinados a estos centros será por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso”.

La extensión del precepto no es muy amplia –se configura a través de apenas tres apartados– si tenemos presente que se trata de una disposición que regula las condiciones más duras de

privación de libertad a las que puede ser sometido un ciudadano. Esta parquedad legislativa genera un amplio margen para un desarrollo reglamentario de la materia. Desarrollo reglamentario que, como expondremos a continuación, no puede solucionar ciertas deficiencias jurídicas de base, relacionadas con el mandato de taxatividad, como son la ausencia de definición de elementos claves de la regulación del régimen cerrado. Además, el desenvolvimiento reglamentario de la LOGP en materia de régimen cerrado, ultrapasa, en ocasiones, los límites materiales o substanciales de la norma desarrollada, innovando el contenido de la misma, tal y como se analizará en los siguientes apartados.

5.1 Criterios de aplicación del régimen cerrado. Peligrosidad extrema e inadaptación.

El artículo 10.1 de la LOGP establece dos criterios, que posibilitan el sometimiento de un interno a las normas propias del régimen cerrado. Éstos se concretan en la peligrosidad extrema del recluso o su inadaptación a los regímenes ordinario y abierto. Ambas expresiones resultan excesivamente abstractas, dado el elevado potencial de afectación de derechos fundamentales que se deriva de la apreciación de su existencia. Así pues, la LOGP hace pivotar la aplicación de las medidas penitenciarias más invasivas en la esfera jurídica de los reclusos sobre dos términos que la propia norma rehúsa definir, sin ni siquiera hacer uso de una remisión legislativa que permita determinar su contenido. El posterior desarrollo reglamentario de la LOGP, contenido a estos efectos en el artículo 102.5 del RP, no ha tenido mayor fortuna en lo que a precisión conceptual se refiere.

El concepto de peligrosidad es plasmado, de manera indirecta, por el artículo 95.1.2º del CP, al disponer como requisito de la aplicación de la medida de seguridad “que del hecho (delictivo) y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”. Esta definición presenta cierta vaguedad, ya que no determina los factores que convierten a un individuo en peligroso, ni tampoco concreta cuál clase de acto delictivo es probable que cometa el sujeto en cuestión en un futuro⁶⁶.

Si partimos de ese constructo de peligrosidad ofrecido por el CP, en cuanto potencial comisión de nuevos delitos, debemos entender que la colocación del interno en un régimen de máxima seguridad está intentando preservar la indemnidad de ciertos intereses jurídicos, que se verían lesionados por una reiteración de la conducta delictiva. El problema estriba en determinar qué intereses jurídicos son los presuntamente tutelados por la norma penitenciaria. ¿Son bienes jurídicos esenciales protegidos por el Derecho penal o, por el contrario, se trata exclusivamente de preservar el orden en el interior del centro carcelario? Una interpretación integradora del artículo

⁶⁶ La imprecisión del término “peligrosidad criminal” ha llevado a que desde hace años los profesionales encargados de la apreciación de su existencia, esto es psicólogos y psiquiatras, aboguen por la substitución de este término por el de valoración del riesgo de violencia, ya que permite apreciar tanto factores psicológicos del individuo, como factores contextuales referidos al momento y lugar concreto de la acción violenta, teniendo éstos últimos un peso mayor en la valoración. A este respecto, véase ANDRÉS-PUEYO/REDONDO ILLESCAS, «Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia», *Papeles del Psicólogo*, (28-3), 2007, p. 157; ANDRÉS-PUEYO/ECHBURÚA, «Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación», *Psicothema*, (3), 2010, p. 403; MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, (2), 2014, p. 8. Estas características del concepto *riesgo de violencia* lo convierten en más idóneo –que el clásico concepto de peligrosidad– para el ámbito penitenciario. CAROU GARCÍA, *Primer grado penitenciario y Estado de Derecho*, 2017, pp. 106 ss.

10 de la LOGP nos lleva a concluir que la peligrosidad en él mencionada es estrictamente criminal, constituyendo el objetivo de su inclusión en el precepto la garantía de los bienes jurídicos fundamentales de la población penitenciaria. Entendemos que ello es así porque, en la medida en que el artículo 25.2 de la CE declara subsistentes todos aquellos derechos de los reclusos no afectados por la condena, la Administración Penitenciaria es depositaria del deber de protección de los mismos. Esta obligación aparece establecida de manera explícita en los artículos 3 de la LOGP y 4 del RP, especialmente en lo referido a la vida y a la integridad física.

Este argumento relativo a la exigencia por parte del artículo 10 de la LOGP de una peligrosidad de tipo criminal se refuerza al observar el adjetivo de *extrema*, que el legislador anudó a la misma. En buena lógica, teniendo presente el carácter excepcional del régimen cerrado, solo cabría predicar la cualidad de extrema de una peligrosidad que, además de poseer unas altas probabilidades de manifestación, fuera dirigida a bienes jurídicos esenciales, y en consecuencia tributarios de protección por el Derecho penal⁶⁷.

La determinación del grado a partir del cual la peligrosidad del sujeto reviste la cualidad de extrema tampoco cumple estrictamente con el mandato de *lex certa*. Tanto el artículo 10 de la LOGP, como el artículo 89 del RP, se limitan a calificar la peligrosidad necesaria para la aplicación del régimen cerrado como de extrema, sin establecer un método científico concreto que permita determinar ese grado. La omisión de la mención de un específico instrumento clínico de valoración de la peligrosidad resulta asumible en sede de ley orgánica, debido a la naturaleza eminentemente técnica de la materia. Ahora bien, en sede reglamentaria debieran establecerse, de modo claro y unificado, los métodos científicos que van a ser empleados por la Administración Penitenciaria para determinar el riesgo de violencia en el interno y la variable cuantitativa a partir de la cual ese riesgo es considerado como extremo⁶⁸. Todo ello sin perjuicio de la valoración que deba efectuar el psicólogo penitenciario en cada caso, para dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la individualización científica. Hay que tener presente que esa valoración psicológica, determinante de la existencia de peligrosidad extrema en el recluso, es el argumento básico que permite a la Administración Penitenciaria la aplicación de un régimen penitenciario altamente restrictivo e invasivo en la esfera de sus derechos fundamentales. Ante tal contexto la preservación de las garantías jurídicas ha de ser una prioridad. En esta línea, el conocimiento por parte del interno del concreto instrumento clínico mediante el que se ha determinado su peligrosidad, contribuye a facilitar –o al menos no obstaculiza– su derecho a la tutela judicial efectiva (proclamado en el artículo 24 CE). En este caso, el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva se materializa en una posible impugnación por el recluso, ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, de la resolución

⁶⁷ ARRIBAS LÓPEZ, *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, 2010, p. 108; MAPELLI CAFFARENA, «Los establecimientos de máxima seguridad en la legislación penitenciaria», *EGUZKILORE*, (nº extraordinario), 1988, p. 135; CERVELLÓ DONDERIS, *DP*, 3ª ed., 2012, p. 188; CAROU GARCÍA, *Primer grado penitenciario y Estado de Derecho*, 2017, p. 102.

⁶⁸ En la actualidad los instrumentos clínicos estructurados para la valoración del riesgo de violencia más empleados a nivel internacional son el *Historial Clinical Risk Management 20* (HCR-20) y el *Psychopathy Checklist-Revised* (PCL-R). Véase ESBEC RODRÍGUEZ/FERNÁNDEZ SASTRÓN, «Valoración de la peligrosidad criminal. Instrumentos de evaluación», *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, (2), 2003, p. 69. El HCR-20 es postulado por ciertos especialistas como predictor de riesgo de violencia útil para la asignación de un determinado grado penitenciario. Véase WEBSTER *et al.*, *HCR-20, Guía para la valoración del riesgo de violencia*, adaptación de HILTEMAN/ANDRÉS-PUEYO, 2005, p. 6.

administrativa –de clasificación inicial o de regresión de grado– de la que se derive su sometimiento a régimen cerrado, al amparo de lo preceptuado en el artículo 76.2 f) de la LOGP.

El segundo motivo de aplicación del régimen cerrado, establecido por el artículo 10 de la LOGP, consiste en la inadaptación del interno a los regímenes ordinario y abierto. Al contrario de lo que sucede en el caso de la peligrosidad, para el supuesto de inadaptación la Ley penitenciaria no determina la graduación a partir de la cual se hace necesario establecer medidas de seguridad reforzada. Si partimos de los límites semánticos del precepto orgánico, bastaría la comisión de una simple alteración regimental para provocar la aplicación de las normas del régimen de máxima seguridad sobre un interno.

Esta quiebra evidente del carácter excepcional atribuido al régimen cerrado fue corregida en vía reglamentaria, al exigir el art. 102.5 del RP que la inadaptación del interno sea grave y manifiesta. Dichas cualidades de la inadaptación, explicitadas en el RP, restringen la aplicación del régimen cerrado. La inadaptación debe de materializarse, en consecuencia, a través de conductas consideradas como infracciones disciplinarias graves o muy graves⁶⁹.

Los requisitos reglamentarios fueron completados, a través de la Instrucción 9/2007 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, con la exigencia de permanencia de la conducta inadaptada. Dispone la citada Instrucción que la permanencia “ha de manifestarse en una continuidad en el tiempo, siendo reflejo de una actitud interna trascendente del interno”. Resulta curioso observar cómo, en este punto, es la propia Administración Penitenciaria –mediante una disposición de carácter interno– quien enmienda una deficiencia relativa al principio de legalidad generada por el propio legislador orgánico; al mismo tiempo que vela por la preservación de los requisitos inherentes a los principios de excepcionalidad y subsidiariedad, rectores del régimen cerrado.

La lacónica referencia, contenida en el artículo 10.1 LOGP, relativa a la peligrosidad extrema o a la inadaptación de los internos, acreedoras de una aplicación del régimen cerrado, intenta ser desarrollada también a través del artículo 102.5 del RP. La taxatividad propia de un Derecho penal garantista trata de alcanzarse mediante el recurso a casos ejemplificativos de dicha peligrosidad e inadaptación, enunciados por el precepto reglamentario. Si bien el recurso a esta técnica de ejemplos puede resultar útil como medio de cumplimiento del mandato de taxatividad, ínsito en el principio de legalidad⁷⁰, la ubicación de un artículo de estas características en sede reglamentaria resulta inadecuada, teniendo presente su incidencia directa en la minoración de los derechos fundamentales del recluso, por lo que hubiese sido deseable su inclusión en la LOGP, procurando así la indemnidad del principio de reserva de ley.

⁶⁹ ARRIBAS LÓPEZ, *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, 2010, p. 110; RODRÍGUEZ ALONSO, *LDP*, 4ª ed., 2003, p. 194.

⁷⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ, «Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, p. 215.

5.2 La creación reglamentaria de dos modalidades de vida dentro del régimen cerrado

Una de las principales vulneraciones del principio de legalidad en el ámbito penitenciario es la creación, a través del artículo 91 del RP, de dos modalidades de vida dentro del régimen cerrado: la referida a los departamentos especiales y la relativa a los módulos o centros de régimen cerrado. A los *departamentos especiales* serán destinados aquellos internos clasificados en primer grado en los se evidencie una peligrosidad extrema, manifestada en su participación en alteraciones regimentales muy graves – bien como protagonistas bien como inductores – que ocasionasen la puesta en peligro de la vida o de la integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personas ajenas a la institución prisional. Los *módulos o centros de régimen cerrado* albergarán a aquellos penados, clasificados en primer grado, que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes. Cada una de estas modalidades de vida tiene atribuida una dinámica regimental propia, reguladas respectivamente en los artículos 93 y 94 del RP.

Aunque las dos dinámicas regimentales están presididas por una amplia restricción del -ya de por si mermado- estatus jurídico del recluso, la regulación del régimen de vida aplicable en los departamentos especiales (recogido en el artículo 93 del RP) configura el límite máximo de rigor que puede alcanzar el poder punitivo en el Estado español. Para apreciar la severidad de las condiciones de reclusión asociadas a esta modalidad de vida, basta con indicar que el tiempo diario de reclusión en celda de estos internos puede alcanzar las 21 horas.

El artículo 10 de la LOGP no incluye ninguna previsión expresa relativa a una duplicidad de modalidades de vida dentro del régimen cerrado. El precepto se limita a prever – en el marco del Título I de la LOGP dedicado a los establecimientos y los medios materiales – la existencia de establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado y de departamentos especiales, a los que serán destinados los penados o los preventivos extremadamente peligrosos o inadaptados. Así pues, atendiendo a una interpretación sistemática de la norma, se concluye que la LOGP contempla la aplicación del régimen cerrado tanto en establecimientos penitenciarios de máxima seguridad, como en departamentos especiales ubicados en establecimientos de régimen ordinario. Se trata, en suma, de una diferenciación puramente arquitectónica.

Esta interpretación aparece reforzada por lo previsto en el apartado tercero del propio artículo 10 LOGP. En él se fija un único régimen penitenciario para ambos espacios arquitectónicos, sin diferenciar dos modalidades de vida dentro del mismo. En esta línea el citado apartado dispone: “el régimen de estos centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine (...)”.

La peligrosidad y la inadaptación constituyen manifestaciones de problemas de etiología diversa, por lo que cada una de ellas debe dar lugar a una acometida penitenciaria particular. Ahora bien, el método elegido para la regulación de ese abordaje penitenciario diferenciado para cada una no puede consistir en una innovación del contenido de la ley desarrollada por la norma reglamentaria, hasta el punto de crear dos realidades regimentales de máxima seguridad no previstas en sede orgánica. Lo que a simple vista pueden parecer cuestiones de mera ejecución de la sanción,

esconden tras de sí restricciones de derechos que aumentan la carga aflictiva de la pena, hasta el extremo de alterar la definición sustantiva de la misma, erosionando el principio de legalidad.

6. Conclusiones

El Derecho penitenciario español vigente cimienta la regulación del régimen de máxima seguridad a través de un escueto artículo, ubicado en la LOGP. La excesiva sobriedad del precepto probablemente esté motivada por la situación de emergencia penitenciaria que se vivió en las prisiones españolas, durante los meses inmediatamente anteriores a la entrada en vigor de la LOGP. A lo largo de ese periodo cronológico, proliferaron en los establecimientos penitenciarios diversos motines, extremadamente violentos⁷¹. Ante esa situación excepcional la Administración Penitenciaria se vio inermes, puesto que la regulación del momento no recogía ningún mecanismo que permitiese la inocuización de los internos más conflictivos⁷². Urgía, por tanto, la aprobación de un mecanismo legal que diese legitimidad a las medidas penitenciarias de seguridad reforzada, las únicas que podían restaurar el orden y la seguridad de los centros en los que se estaban produciendo los graves altercados. La premura de la situación de excepcionalidad penitenciaria que se vivía, no dejaba otro margen de maniobra posible que la aprobación urgente de un mecanismo inocuizador, que hubo de ser redactado con escaso tiempo.

Actualmente, ya han pasado treinta y ocho años desde la entrada en vigor de la LOGP, por lo que el legislador penitenciario español ha tenido tiempo – más que suficiente – para poder enmendar las deficiencias técnico-jurídicas de un precepto que provoca la afectación, más severa, de los derechos fundamentales de un recluso. Lejos de acometer una reforma del precepto, se ha optado por ir supliendo sus carencias a través de un desarrollo reglamentario que, en ocasiones, excede los cometidos legalmente atribuidos al mismo.

El artículo 10 LOGP establece como criterios determinantes de la aplicación del régimen cerrado dos conceptos jurídicos indeterminados, como peligrosidad extrema e inadaptación. Ni uno ni otro son definidos por la norma. No abogamos por establecer en la norma un concepto de peligrosidad y de inadaptación inmutable, ya que esto sería una pura utopía; resultando inoperante, incluso perjudicial, para regular una realidad tan compleja y cambiante como es la carcelaria. Un objetivo más realista, y acorde con el principio de legalidad, es que el precepto penitenciario en cuestión refleje la *voluntas legislatoris* acotando los ámbitos de intensión y extensión, para el campo penitenciario, de estos vagos conceptos. Asimismo, la norma orgánica debiera delimitar la graduación a partir de la cual la peligrosidad y la inadaptación se convierten en tributarias de aplicación de medidas de máxima seguridad. Se impide, de este modo, que el régimen cerrado pueda tener una aplicación expansiva, quedando restringida su implementación para los casos más graves y salvaguardando su principio rector de excepcionalidad.

⁷¹ GARCÍA VALDÉS, «El artículo 10 de la LOGP: discusión parlamentaria y puesta en funcionamiento», *Revista de Estudios Penitenciarios*, (Extra 1), 1989, p. 253; ARRIBAS LÓPEZ, *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, 2010, p. 68.

⁷² ARRIBAS LÓPEZ, *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, 2010, p. 56.

El desarrollo reglamentario del artículo 10 de la LOGP adolece igualmente de quiebras al principio de legalidad, así como al de jerarquía normativa. Estas deficiencias tienen su origen en la austera redacción del precepto orgánico, que motiva que el desarrollo reglamentario tenga que entrar a regular materias que llevan aparejada una injerencia negativa en los derechos fundamentales de los internos. Se contraviene, por tanto, lo dispuesto por el artículo 81 de la CE, en relación a las materias propias e indelegables atribuidas a las leyes orgánicas.

La existencia de un régimen penitenciario de máxima seguridad es una necesidad insoslayable en cualquier Estado. Siempre existirán reclusos que desafiarán y quebrantarán las normas de seguridad y orden de los centros, colocando en grave riesgo las vidas o la integridad física de los restantes internos, así como del personal funcionario. La única solución viable para recuperar la estabilidad regimental de los establecimientos penitenciarios pasa, desgraciadamente, por la inocuización y segregación de los internos altamente conflictivos. Admitida esta premisa, hay que señalar que las actuaciones enmarcadas en la aplicación de los mecanismos penitenciarios de seguridad reforzada, sitúan en una posición altamente vulnerable a los derechos fundamentales de los reclusos. Esto nos lleva a enunciar una segunda premisa: cualquier Estado que, como España, haya admitido y proclamado, en la parte dogmática de su Constitución, que su ordenamiento político toma como base unos derechos fundamentales (artículo 10 CE), ha de establecer las garantías jurídicas necesarias para que éstos resulten indemnes ante cualquier actuación administrativa, incluso en las que revistan un carácter excepcional. Así pues, la regulación del régimen penitenciario cerrado debe revestir las garantías necesarias que aseguren la protección de los derechos fundamentales de los internos no afectados por la condena. El principio de legalidad contribuye a lograr dicho objetivo. Aunque este principio es de carácter formal —por lo que no garantiza por sí mismo la justicia de la norma— lleva aparejados una serie de requisitos procedimentales para la aprobación de la disposición legal que, al menos, actúan como filtros de posibles afectaciones innecesarias de los derechos fundamentales. Por ello consideramos que los aspectos sustanciales y definitorios de la regulación del régimen penitenciario cerrado debieran estar contenidos en el propio artículo 10 de la LOGP, dejando para el desarrollo reglamentario aspectos de mera ejecución, que no deriven en un aumento de la carga aflictiva de la pena.

El artículo 10 de la LOGP traza el límite más extremo del *ius puniendi* del Estado, por lo que, parafraseando en cierto modo a ROXIN, podemos decir que el artículo 10 de la LOGP es uno de los *sismógrafos de nuestra constitución*⁷³. Por el momento, el sismograma español arroja una lectura que muestra choques tectónicos de relevancia, como hemos indicado, entre dicho precepto y el principio de legalidad.

⁷³ ROXIN, *DPP*, 2000, p. 10, considera que el Derecho procesal penal actúa como sismógrafo de la Constitución. Tomamos prestada esa referencia para aplicarla al Derecho penitenciario.

7. *Tabla de jurisprudencia*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ar</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
<i>Pleno, 23.02.1984</i>	25	<i>Antonio Truyol Serra</i>
<i>Pleno, 11.11.1986</i>	140	<i>Luis López Guerra</i>
<i>Pleno, 16.12.1986</i>	160	<i>Luis López Guerra</i>
<i>2ª, 16.12.1986</i>	159	<i>Gloria Begué Cantón</i>
<i>1ª, 20.03.1990</i>	47	<i>Jesús Leguina Villa</i>
<i>1ª, 29.03.1990</i>	61	<i>Carlos de la Vega Benayas</i>
<i>Pleno, 27.06.1990</i>	120	<i>Fernando García-Mon y González Regueral, Eugenio Díaz Eimil, Vicente Gimeno Sendra</i>
<i>1ª, 05.07.1990</i>	127	<i>Fernando García-Mon y González Regueral</i>
<i>Pleno, 19.07.1990</i>	137	<i>Jesús Leguina Villa, José Luis de los Mozos y de los Mozos, Vicente Gimeno Sendra</i>
<i>Pleno, 04.07.1991</i>	150	<i>Luis López Guerra</i>
<i>2ª, 10.12.1991</i>	234	<i>Francisco Rubio Llorente</i>
<i>2ª, 28.02.1994</i>	57	<i>Julio Diego González Campos</i>
<i>2ª, 11.09.1995</i>	129	<i>Julio Diego González Campos</i>
<i>2ª, 11.03.1996</i>	35	<i>José Gabaldón López</i>
<i>2ª, 24.06.1996</i>	112	<i>Tomás S. Vives Antón</i>
<i>2ª, 08.07.1996</i>	119	<i>Carles Viver Pi-Sunyer</i>
<i>2ª, 30.09.1996</i>	153	<i>Carles Viver Pi-Sunyer</i>
<i>2ª, 22.07.1999</i>	142	<i>Julio Diego González Campos</i>
<i>2ª; 26.06.2000</i>	175	<i>Vicente Conde Martín de Hijas</i>
<i>2ª, 03.06.2002</i>	140	<i>Francisco Javier Delgado Barrio</i>
<i>Pleno, 06.04.2005</i>	82	<i>Manuel Aragón Reyes</i>
<i>1ª, 18.07.2005</i>	195	<i>Jorge Rodríguez-Zapata Pérez</i>
<i>1ª, 09.10.2006</i>	83	<i>Javier Delgado Barrio</i>
<i>Pleno, 08.05.2012</i>	101	<i>Pascual Sala Sánchez</i>

8. Bibliografía

ANDRÉS-PUEYO/ECHEBURÚA (2010), «Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación», *Psicothema*, (3), pp. 403 ss.

ANDRÉS-PUEYO/REDONDO ILLESCAS (2007), «Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia», *Papeles del Psicólogo*, (28-3), pp. 157 ss.

ÁLVAREZ GARCÍA (2002), *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ARRIBAS LÓPEZ (2010), *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, Madrid.

ARROYO ZAPATERO (1983), «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (8), pp. 9 ss.

BACIGALUPO ZAPATER (2012), «Sobre la justicia y la seguridad en el Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, pp. 55 ss.

————— (1991), *El sistema de sanciones administrativas y el impacto del sistema de sanciones comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, CODEX, Madrid.

BARBOSA CASTILLO (2005), «Principio de legalidad y proceso penal», *Derecho Penal y Criminología*, (78), pp. 109 ss.

BARQUÍN SANZ (2000), «Sistema de sanciones y legalidad penal», *Revista del Poder Judicial*, (58), pp. 171 ss.

BENITO LÓPEZ (2007), «La relación jurídica penitenciaria», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (15), pp. 57 ss.

BERGALLI (1998), «Principio de legalidad: fundamento de la modernidad», *Jueces para la Democracia*, (32), pp. 58 ss.

CAROU GARCÍA (2017), *Primer grado penitenciario y Estado de Derecho. El estatus jurídico de los reclusos en régimen de máxima seguridad*, Bosch, Barcelona.

CERVELLÓ DONDERIS (2012), *Derecho Penitenciario*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

DE VICENTE MARTÍNEZ (2004), *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DELGADO RINCÓN (2004), «El art. 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y reinserción social como fin de las penas privativas de libertad», *Revista Jurídica de Castilla y León*, (nº extraordinario), pp. 339 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS (2003), *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid.

ESBEC RODRÍGUEZ/FERNÁNDEZ SASTRÓN (2003), «Valoración de la peligrosidad criminal. Instrumentos de evaluación», *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, (2), pp. 65 ss.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ (1991), «Las dilaciones indebidas en el proceso y su incidencia sobre la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social», *Revista del Poder Judicial*, (24), pp. 37 ss.

FERRAJOLI (2005), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.

FEUERBACH (1801), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1ª ed., Heyer, Giessen.

GALLEGO ANABITARTE (1961), «Las relaciones de especial sujeción y la legalidad de la Administración», *Revista de Administración Pública*, (31), pp. 11 ss.

GARCÍA MACHO (1992), *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid.

GARCÍA MORILLO (1997), «Los derechos fundamentales de los internos en los Centros Penitenciarios», *Revista del Poder Judicial*, (47), pp. 23 ss.

GARCÍA VALDÉS (1989), «El artículo 10 de la LOGP: discusión parlamentaria y puesta en funcionamiento», *Revista de Estudios Penitenciarios*, (Extra 1), pp. 250 ss.

————— (1982), *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Civitas, Madrid.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (2005), *Introducción al Derecho Penal*, 3ª ed., Ramón Areces, Madrid.

GARRIDO FALLA (1987), *Tratado de Derecho Administrativo, vol. II, Parte General: conclusión*, 8ª ed., Tecnos, Madrid.

GOFFMAN (1970), *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires.

GONZÁLEZ NAVARRO (1991), «Poder domesticador del Estado y derechos de los reclusos. Relaciones de especial sujeción», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, II, De los derechos y los deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, pp. 1054 ss.

GUDÍN RODRÍGUEZ/MAGARIÑOS (2008), «La relación jurídico penitenciaria bajo la óptica del Derecho administrativo», disponible en www.uned.es/dpto-derecho-politico/gudin.pdf; última visita 10 de octubre de 2017.

LAMARCA PÉREZ (2011), «Principio de legalidad penal», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, (1), pp. 156 ss.

LANDA GOROSTIZA (2012), «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3ª, 10-07-2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4).

LASAGABASTER HERRARTE (1994), *Las relaciones de especial sujeción*, Civitas, Madrid.

LÓPEZ BENÍTEZ (1994), *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de especial sujeción*, Civitas/Universidad de Córdoba, Madrid.

LUZÓN PEÑA (2016), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MAPELLI CAFFARENA (1994), «El sistema penitenciario. Los derechos fundamentales y la jurisprudencia constitucional», en RIVERA BEIRAS (coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, pp. 17 ss.

————— (1993), «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *Estudios penales y Criminológicos*, (XVI), pp. 281 ss.

————— (1988), «Los establecimientos de máxima seguridad en la legislación penitenciaria», *EGUZKILORE. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (nº extraordinario), pp. 129 ss.

MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO (1990), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid.

MARTÍNEZ ESCAMILLA (1997), «Derechos fundamentales entre rejas», *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*, (42), pp. 283 ss.

MARTÍNEZ GARAY (2014), «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2).

MATA Y MARTÍN (2011), «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (19), pp. 55 ss.

MONTIEL (2017), «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).

MUÑOZ CONDE (1979), «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *Sistema. Revista de ciencias sociales*, (31), pp. 73 ss.

NAUCKE (2000), «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado», en ROMEO CASABONA (dir.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, pp. 531 ss.

QUERALT JIMÉNEZ (1992), *El principio non bis in idem*, Tecnos, Madrid.

RIVERA BEIRAS (1997), *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Bosch, Barcelona.

RODRÍGUEZ ALONSO (2001), *Lecciones de Derecho Penitenciario adaptadas a la normativa legal vigente*, 4ª ed., Comares, Granada.

ROXIN (2000), *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

SÁNCHEZ-OSTIZ (2012), «Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, pp. 207 ss.

SANTAMARÍA PASTOR (1990), *Principios de Derecho administrativo*, 1ª ed., Centro de estudios Ramón Areces, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona.

TAMARIT SUMALLA (2001), *Curso de Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia.

TÉLLEZ AGUILERA (2005), *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid.

————— (1998), «Aproximación al Derecho penitenciario en algunos países europeos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, (1818), pp. 699 ss.

TIEDEMANN (1991), «Constitución y Derecho penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (33), pp. 145 ss.

URÍAS MARTÍNEZ (2001), «El valor constitucional del mandato resocializador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (63), pp. 43 ss.

WEBSTER *et al.* (2005), *HCR-20, Guía para la valoración del riesgo de violencia* (adaptación de HILTEMAN/ ANDRÉS-PUEYO), Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona.