

# EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO<sup>1</sup>

RICARDO M. MATA Y MARTÍN<sup>2</sup>

## RESUMEN

El principio de legalidad, como eje vertebrador de todo el sistema penal, despliega sus efectos también en el ámbito penitenciario. El genérico principio de legalidad en materia penal incluye la llamada garantía ejecutiva. A las garantías criminal, penal y jurisdiccional se suma esta garantía penitenciaria o ejecutiva que se corresponde con la fase de ejecución de las condenas privativas de libertad impuestas a los autores de hechos delictivos. El trabajo que sigue pretende determinar de forma más precisa las consecuencias de la aplicación del principio de legalidad al sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, así como pasar al análisis de algunas de ellas. En este sentido se quiere señalar los presupuestos del principio, su recogida normativa en el sistema jurídico español, las consecuencias fundamentales que para el cumplimiento de las penas privativas de libertad trae el principio de legalidad, así como algunas particulares consideraciones respecto a su aplicación en el sistema penitenciario vigente.

## I. SENTIDO GENÉRICO DE LA GARANTÍA EJECUTIVA

En el genérico principio de legalidad en materia penal se incluye la llamada garantía ejecutiva. A las garantías criminal, penal y jurisdiccional se suma esta garantía penitenciaria o ejecutiva que se corresponde con ejecución de las condenas impuestas a los autores de hechos delictivos, en especial para el presente trabajo en lo que concierne a la fase de realización de las penas privativas de libertad por la Administración Penitenciaria.

La vigencia del principio de legalidad en el contexto de la ejecución de penas de prisión en primer lugar excluye la admisión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas jurídicamente de libertad.

Pero además la extensión del mencionado principio al sistema penitenciario reclama el respeto a la Ley en la ejecución de las penas que tiene encomendadas. Y no puede ser de otra manera pues, en realidad, la previa condena y aplicación posterior de la pena únicamente encuentra legitimidad y fundamento en el Ordenamiento Jurídico<sup>3</sup>. La vigencia del principio de legalidad en el momento de la ejecución de la pena de prisión significa que la vida en prisión, en los aspectos fundamentales, está presidida por el respeto a las normas. Naturalmente la vida en prisión no se agota con lo previsto en la Ley, pero el respeto al sistema legal durante la ejecución de la privación de libertad implica que la misma no puede ser reconocible o comprensible sin su referencia a las disposiciones legales<sup>4</sup>.

1 El presente trabajo ha sido publicado en la Revista General de Derecho Penal 14 (2010). <http://www.iustel.com>.

2 Profesor Titular de Derecho Penal Universidad de Valladolid

3 BUENO ARUS, F. *El sistema penitenciario español*. Ministerio de Justicia 1967, p. 49. "Sólo en el Derecho y por el Derecho cobran sentido y justificación las limitaciones que se imponen a la libertad del condenado".

4 Por eso cuando BELTRAN NUÑEZ señala tajantemente que "Cualquier intento de explicar la vida en prisión a partir de las normas de la legislación penitenciaria es vano" inmediatamente debe matizarlo. "La ley y el reglamento penitenciarios establecen una serie de normas jurídicas que regulan la vida del preso. Pero si se pone el acento sólo en ellas, se pierde la perspectiva de la realidad sobre la que se proyectan". "El cumplimiento de la pena de prisión". En MOLINA BLAZQUEZ, M<sup>a</sup> C (Coordinadora). *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch 2005, p. 140. No es menos cierto que los reclusos y el propio sistema penitenciario en su conjunto crean sus normas no jurídicas, incluso contra legem, hasta el punto de decirse que "la práctica es la que hace la norma y no la norma la que hace la práctica". MANSUY, I. "Principe de légalité et d'exécution des peines en France et Allemagne, Droit = droits ? ", *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. II | 2005, mis en ligne le 13 novembre 2009, Consulté le 09 février 2010. URL: <http://champ-penal.revues.org/397>

Admitidas la exclusión de arbitrariedad y la necesidad de respeto a las normas, la dificultad estriba en determinar de forma más precisa las consecuencias de la aplicación del principio de legalidad al sistema de ejecución de las penas privativas de libertad. En este sentido el trabajo quiere señalar los presupuestos del principio, su recogida en el sistema jurídico español, las consecuencias fundamentales que para el cumplimiento de las penas privativas de libertad trae el principio de legalidad, así como algunas particulares consideraciones respecto a su aplicación en el sistema penitenciario vigente.

La importancia del respeto al principio de legalidad resulta máxima, pues afecta a la legitimidad misma del sistema. FERRAJOLI<sup>5</sup> pone de manifiesto la íntima vinculación entre la racionalidad atribuida al sistema penal y su legitimación. “Su fundamentación racional, aun en el variar de los criterios de racionalidad, ha sido invariablemente considerada equivalente a su justificación ético-política; mientras su irracionalidad ha sido siempre, por el contrario, equiparada al despotismo y al abuso de poder. Al mismo tiempo, su rígida disciplina jurídica, mediante técnicas específicas de limitación y de legitimación legal, se ha revelado como la principal garantía de la racionalidad y de la justificación del poder de castigar, de prohibir y de juzgar”. Como se puede apreciar del texto anterior la racionalidad del sistema penal tiene que ver en buena medida con sus límites y garantías. De ahí el papel fundamental de estas garantías en la legitimación del mismo sistema, con un espacio destacado para el principio de legalidad. En ese sentido podría afirmarse, como lo hace NAUCKE<sup>6</sup>, que el principio de legalidad es la Constitución, de contenido limitado, del derecho criminal. Con todo ello, y de acuerdo a lo que vamos a señalar a continuación, el principio de legalidad puede entenderse como limitador de facultades punitivas pero al mismo tiempo como fundamento del sistema penal.

## II. FUNDAMENTO Y ORIGEN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad penal y sus consecuencias forman parte indisoluble de la cultura jurídico-penal europea<sup>7</sup>, a pesar de todas las crisis y dificultades que se ciernen sobre el mismo<sup>8</sup>. En general se acepta que el

5 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2005, p. 21-2. También NAUCKE relaciona racionalidad y principio de legalidad del sistema penal: “Sin principio de legalidad no hay en los tribunales ambiente alguno posible de racionalidad”. “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”. Traducción de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ. *La insostenible situación del Derecho Penal* (AAVV). Comares 2000, p. 545. DIEZ RIPOLLÉS parece restarle protagonismo al principio de legalidad al no admitir que proporcione todo el componente de validez del Derecho penal, como sucedería con la determinación del ámbito de tutela, de los criterios de responsabilidad o en la configuración de las sanciones (p. 135). De esta manera resulta excluido del conjunto de principios con los que el autor estructura su modelo de racionalidad penal. Pese a ello no deja de indicar que “constituye un componente de legitimación de las demandas formuladas al ciudadano para que acomode su comportamiento a la norma que está fuertemente arraigado en nuestra sociedad”, debido a la representatividad que encarna y las exigencias formales del procedimiento legislativo (p. 147), *La racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta 2003.

6 “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”. Traducción de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ. *La insostenible situación del Derecho Penal* (AAVV). Comares 2000, p. 546. El principio era considerado por JIMENEZ DE ASUA como la “Ciudadela inexpugnable, erigida para el bienestar de los hombres libres, piedra angular del Derecho penal liberal, en otras palabras, del Derecho del hombre civilizado”. “Nullum crimen, nulla poena sine lege”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 63 (1951), p. 197.

7 En este sentido NAUCKE, W. “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”. Traducción de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ. *La insostenible situación del Derecho Penal* (AAVV). Comares 2000, p. 545. También BERGALLI señala que “el principio de legalidad arraiga entonces en la propia historia del Estado moderno y constituye, junto a otros principios, un fundamento ineludible de la organización política indivisible de la modernidad jurídica”. “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”. *Jueces para la Democracia* n° 32 (1998), p. 58. Autor que diferencia entre el principio de mera legalidad, como principio perteneciente al derecho público que establece las condiciones para la existencia de toda norma jurídica y, por otra parte, el principio de estricta legalidad, con el cual se condiciona la validez de las leyes a la taxatividad de sus contenidos. Este último constituye una garantía exclusiva del Derecho penal, que impone ciertas exigencias a la propia ley a los jueces en su aplicación. Las garantías del principio de legalidad del Derecho penal propio del Estado constitucional son las que establecen las diferencias con la omnipotencia del legislador penal en los Estados meramente legales (p. 59). Ahora bien este autor indica que junto a las razones que fundamentan el principio existirán otras razones de estado que permitirán su violación, cuando se ponen bajo cuestión los proyectos de dominación ensayados por el poder: “es entonces cuando la razón de Estado prima sobre las razones jurídicas, o sea sobre el derecho” (p. 59).

8 Respecto a estas situaciones de crisis y falta de efectividad teórica y práctica del principio de legalidad –para el aspecto concreto del mandato de determinación–, SÜSS señala que únicamente se comprende de forma más

principio de legalidad del sistema penal responde a una doble dimensión producto ambas de la evolución histórica europea. Por una parte se considera consecuencia de planteamiento jurídico-político de la organización social, en su sentido más amplio, y además posee una perspectiva jurídico-penal indudable<sup>9</sup>. Efectivamente el principio de legalidad constituye un punto de encuentro de distintas perspectivas, “aparece enclavado en el punto de acoplamiento estructural o interpenetración”<sup>10</sup> del sistema político y el sistema jurídico.

## II.1 Dimensión jurídico-política.

La dimensión política conecta, por una parte, con la formulación de las teorías convencionalistas, según las cuales para hacer posible la vida en sociedad el individuo hace cesión de parcelas de su soberanía, cuyos límites quedan fijados en la Ley como expresión de la voluntad general de la sociedad. “Sin el apoyo normativo del Derecho Natural, el hombre no tiene otro apoyo que él mismo. Y cuando se reúne con otros hombres formando un grupo, una sociedad o un Estado, todos quedan, al mismo tiempo, obligados entre sí, pues la soberanía y libertad de unos quedan limitados por la soberanía y libertad de otros. Es decir, deben reunirse pacíficamente y acordar los límites de su libertad, los límites hasta los que están dispuestos a renunciar a su soberanía. Estos límites deben ser trazados con precisión y ser estrictamente controlados, pues con el transcurso del tiempo se tiene que decidir sobre los límites de la libertad individual y puede darse un poder ilegítimo, autoritario. Estos límites los traza el Derecho y se reflejan en las leyes que, según el esquema ideal, se han dado todos y que, consecuentemente, todo el que las aplica queda estrictamente vinculado a ellas. Sólo esta vinculación garantiza que la convivencia humana no conduzca a infracciones jurídicas, pues hasta los límites de la libertad, trazados idealmente, y sólo hasta ellos, ha renunciado todo el mundo a su libertad en interés de la sociedad civil, que es su propio interés”<sup>11</sup>. Las exigencias fundamentales del principio de legalidad entroncan con un postulado básico del liberalismo político, el de la vinculación del poder ejecutivo y del poder judicial a las leyes generales. Se trata de asegurar mediante la vinculación de los poderes a la ley abstracta la libertad del ciudadano ante posibles injerencias en la misma<sup>12</sup>.

---

plena en el contexto de una desvalorización del principio que tiene distintas vertientes (p. 242). Además este autor efectúa un inventario crítico de las causas más sobresalientes de la falta de vigencia fáctica del mandato de determinación. En todo caso señala que la falta de vigencia lo es en la práctica en cuanto al reconocimiento y cumplimiento de sus exigencias pero no en su reconocimiento normativo (p. 225). “El trato actual del mandato de determinación”. *La insostenible situación del Derecho Penal* (AAVV). Comares 2000, p. 232 y ss. BERGALLI señala que la vigencia del principio se encuentra fuertemente socavada por las transformaciones sufridas por el Estado y por las interpretaciones surgidas desde distintas tradiciones jurídicas, pese a lo que “sigue constituyendo un referente central para el control al abuso del poder ejercido tanto desde los sistemas políticos cuanto desde los sectores hegemónicos de la sociedad”. “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad” *Jueces para la Democracia* n° 32 (1998), p. 62. FERRAJOLI apunta motivos epistemológicos y de falta de claridad en los fundamentos axiológicos en la crisis del modelo garantista de la ilustración. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2005, p. 23. Pese a señalar la crisis de la ley en el sistema jurídico, DIEZ RIPOLLÉS afirma “la indiscutida vigencia del principio de legalidad penal” (p. 72). Indica como factores que influyen en la pérdida de centralidad de la ley en el sistema jurídico aspectos relativos a la reestructuración del Estado de Derecho moderno, otros vinculados a la transformación de las fuentes del Derecho y, finalmente, el control de constitucionalidad de las leyes que otorga a la jurisdicción un papel preponderante frente a la legislación (p. 67 y ss.). A pesar de esta dinámica, señala el autor, “el derecho penal se ha mantenido durante los dos últimos siglos firmemente anclado en los postulados básicos del Estado de Derecho liberal originario” (p. 71). *La racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta 2003. Puede consultarse también lo que ÁLVAREZ GARCÍA denomina la pérdida de autoridad del Código penal y de la misma idea de la Ley. *Sobre el principio de legalidad*. Tirant lo Blanch 2009, p. 119 y ss, 193 y ss.

9 El principio de legalidad tiene una significación jurídico-constitucional y otra jurídico-penal. Cfr. KARPEN, H-U. *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*. Walter de Gruyter, Berlin 1970, p. 201.

10 SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?”. *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*. (ARROYO ZAPATERO/ NIETO MARTÍN, Directores), (MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Coordinadora). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha 2007, p. 70.

11 HASSEMER, W. *Fundamentos de Derecho Penal*. Traducción de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO. Bosch 1984, p. 312.

12 Cfr. ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas LUZON PEÑA/DIAZ y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 144-5.

En la dimensión política se integran no sólo las limitaciones a la imposición de sanciones, según el previo acuerdo social, sino que al tiempo manifiesta el origen legítimo del castigo. Desde esta perspectiva se produce un acuerdo de todos como miembros de la sociedad sobre los límites de la libertad y la pérdida de ésta para formar la comunidad<sup>13</sup>. En esa situación la Ley es expresión de la voluntad general que manifiesta tales límites. “el principio de legalidad es en sus orígenes no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal... como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general”<sup>14</sup>.

También desde el punto de vista jurídico-político existiría una manifestación del principio de división de poderes en el principio de legalidad, pues en definitiva la división de poderes no es sino consecuencia del principio liberal de imperio de la ley<sup>15</sup>. Aquel principio introduciría un refuerzo de la libertad frente al poder, estableciendo ámbitos propios para cada uno de ellos; frente al poder ejecutivo sólo los Juzgados y Tribunales pueden juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ejecución que se deberá poner en práctica de acuerdo a lo previsto en la Ley<sup>16</sup>. “Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al Juez de la función de creación de Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de esa forma se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo”<sup>17</sup>.

De esta manera el fundamento político del principio de legalidad es correlato de la idea de libertad y del Estado de Derecho, del que se derivaría la exigencia de ley formal y de seguridad jurídica. En concreto se vincula, como se ha puesto de manifiesto a la idea del acuerdo social y de la división de poderes como presupuestos de la organización jurídico-política de la sociedad en el marco del liberalismo político: “Los antecedentes ideológicos que precedieron a la construcción del principio de legalidad se remontan a las teorías del contrato social de ROUSSEAU y a la división de poderes de MONTESQUIEU”<sup>18</sup>. La evolución del pensamiento penal de la Ilustración llevará a la afirmación del principio de legalidad como conjunto de garantías del ciudadano frente al ius puniendi estatal, concepciones que progresivamente serán introducidas en las Declaraciones de derechos, Códigos penales y Constituciones.

## II.2 Dimensión jurídico-penal.

Pero también se ha indicado la existencia de una dimensión jurídico-penal específica de la que procede el principio de legalidad<sup>19</sup>. En este sentido el principio comentado sería expresión de la particular función de la norma y sanción penales. De acuerdo los fines de las normas jurídico-penales, para poder cumplir con sus funciones intimidatorias y motivadoras de la conducta de los ciudadanos, resulta necesario que la conducta prohibida y la pena establecida como castigo sean conocidos de forma previa para así poder servir de contramotivo frente a los impulsos delictivos. “la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida”<sup>20</sup>. En definitiva la necesidad de que las prohibiciones penales se formulen previamente mediante una ley penal que las establezca y así puedan ser conocidas por los ciudadanos, conecta con la función preventivo general de

13 SCHÜNEMANN, B. *Nulla poena sine lege?*. De Gruyter 1978, p. 1.

14 Cfr. ARROYO ZAPATERO, L. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 12-13. Fundamento denominado democrático representativo por este autor, p. 13.

15 Cfr. ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas LUZON PEÑA/DIAZ y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 145.

16 ARROYO ZAPATERO, L. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 13.

17 ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas LUZON PEÑA/DIAZ y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 145.

18 DE VICENTE MARTINEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch 2004, p.17.

19 Cfr. ARROYO ZAPATERO, L. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 14.

20 ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas LUZON PEÑA/DIAZ y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 146. También CID MOLINÉ, J. “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”. *Revista de Administración Pública* n° 140 (1996), p. 147: “la legalidad material es funcional a la prevención porque a mayor claridad en la determinación de los comportamientos sancionados, más nítidos llega el mensaje motivador al ciudadano”.

la ley penal<sup>21</sup>. Precisamente en conexión con su teoría de la coacción psicológica, que atiende a los efectos que produce en los ciudadanos la amenaza con sanciones de la ley penal, será FEUERBACH quien realice la conocida formulación latina del principio: "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"<sup>22</sup>.

Pero también se señala al principio de culpabilidad como otro de los factores jurídico penales que sustentan el principio de legalidad. Como la culpabilidad se considera presupuesto y fundamento de la pena, será necesario para que concurra tal presupuesto que el sujeto conozca o hubiera podido conocer que su conducta estaba sancionada<sup>23</sup>. Con todo ello se hace evidente la necesidad de ley anterior al hecho (irretroactividad de la ley penal) y de la precisión en la descripción de la conducta prohibida (mandato de determinación o certeza), como implicaciones derivadas del principio de legalidad.

### II.3 Enunciación actual.

En la actualidad la evolución social y la mayor complejidad normativa llevan a una enunciación algo diferenciada o adaptada al contexto presente de los postulados de legalidad del sistema penal<sup>24</sup>. En este sentido se habla de una primera dimensión democrática que transfiere legitimidad a la ley penal. En ella puede verse tanto lo que afecta al órgano representativo y deliberativo al que se atribuye la capacidad de aprobación de las leyes, como lo relativo al respeto de principios y derechos fundamentales. Otro de los aspectos de la legalidad en su momento actual tiene que ver con la pretensión de lograr un sistema penal con aplicaciones previsibles y estables. Se entiende que esta pretensión se logra mediante una interacción de los poderes legislativo y judicial basada en parámetros constitucionales y científicos que hagan de la interpretación y aplicación de la ley una actividad calculable y estable, en definitiva el mayor acercamiento a la certeza del sistema penal. Finalmente se encuentra la dimensión institucional que reclama el control de legalidad por parte de los Tribunales, en particular por un Tribunal Constitucional.

21 SCHÜNEMANN, B. *Nulla poena sine lege?*. De Gruyter 1978, p. 23.

22 Realizada en el año 1801 en la primera edición de su Lehrbuch. Cfr. SCHÜNEMANN, B. *Nulla poena sine lege?*. De Gruyter 1978, p. 2-3 y 9.

23 ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas LUZON PEÑA/DÍAZ y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 146.

24 La breve exposición que sigue se hace sobre la base de lo señalado por SILVA SÁNCHEZ en "Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?". *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*. (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, Directores), (MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Coordinadora). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha 2007, passim.

### III. LAS FÓRMULAS NORMATIVAS DEL PRINCIPIO.

#### III.1 El art. 2 de la LOGP.

Lo que se considera generalmente la plasmación del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria del art. 2 de la LOGP<sup>25</sup>, puede entenderse como la más representativa de sus manifestaciones legales al establecerse en la ley específicamente destinada a regular la ejecución de las penas privativas de libertad. El precepto indicado señala que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”. La fórmula tiene su antecedente en la reforma del Reglamento del Servicio de Prisiones por RD 2273/1977 de 29 de julio y en trabajos doctrinales anteriores<sup>26</sup>.

El fundamento del principio de legalidad apunta a la necesidad de una norma legal como sustento del funcionamiento del sistema penitenciario y nuestro sistema constitucional –como se verá– a la necesidad de una Ley Orgánica (y no otra clase de norma) para regular la materia penitenciaria. Sin embargo la fórmula empleada por el art. 2 de la LOGP hace referencia no sólo a la ley sino también a los reglamentos y sentencias judiciales.

La elección por el legislador de esta concreta redacción permite realizar algunas precisiones sobre el contenido real del precepto. Por una parte al hacer mención el art. 2 a factores determinantes de la actividad penitenciaria distintos de la ley, puede considerarse que se configura un principio legalidad de forma más amplia. Como las sentencias y, especialmente, los reglamentos quedan abarcados en la cláusula del segundo artículo de la Ley penitenciaria española, las garantías dimanantes del principio de legalidad deberían considerarse cumplidas con las previsiones reglamentarias y de la sentencia condenatoria. De esta manera se vería en la literalidad del art. 2 una fórmula no cerrada, no exclusivamente vinculada a la ley estricta que permitiría otras fuentes ajenas a la Ley como fundamentadas de la actividad penitenciaria. Algunas reflexiones sobre el principio de legalidad penitenciario parecen querer avalar esta tesis.

Especialmente en los momentos inmediatamente posteriores a la aprobación de la Constitución de 1978 y a la propia Ley Orgánica General Penitenciaria se admite que la constrictión normativa a la que debe someterse la actividad penitenciaria no se ciñe exclusivamente a la Ley, sino también al Reglamento<sup>27</sup>. Este punto de partida llevará –con ayuda de las previsiones del art. 2 LOGP y de la teoría de las relaciones especiales de

25 Comúnmente se acepta que el art. 2 de la LOGP expresa específicamente la vigencia del principio de legalidad en la ejecución de las penas privativas de libertad. Así BUENO ARUS, F. “Estudio preliminar”. En GARCIA VALDES, C. *La reforma penitenciaria española, -textos y materiales para su estudio-*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 11 y 31. GARCIA VALDES, C. *Comentarios a la legislación penitenciaria española*. Civitas 1982, p. 34. MAPELLI/TERRADILLOS, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 1990, p. 139. GRACIA MARTIN, L (Coordinador). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. Tirant lo Blanch 1996, p. 286. DE VICENTE MARTINEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch 2004, p.106.

26 La mencionada reforma del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956 mediante RD 2273/1977 de 29 de julio estableció en el art. 1.1 de la citada norma “Las instituciones penitenciarias que se regulan en este reglamento tienen como fin primordial realizar una labor reformadora y de reinserción social, además de la retención y custodia de los detenidos, presos y sentenciados, en orden a la ejecución de las penas y medidas correspondientes. Su actividad se desarrollara con las garantías y dentro de los límites establecidos por las leyes, reglamentos y resoluciones judiciales”. Con anterioridad en un estudio de BUENO ARUS, este autor había señalado que “El recluso tiene derecho a que la actividad de la Administración penitenciaria sobre él se desarrolle dentro de los límites establecidos por la Ley, los Reglamentos y la sentencia judicial” (“El sistema penitenciario español”. *Revista de Estudios Penitenciarios* num. 169-171, abril-diciembre 1965, p. 205). Téngase en cuenta que como señala el propio BUENO ARUS, “el contenido de ésta [por la Ley Orgánica General Penitenciaria] no era tan novedoso como pareció darse a entender en algunos casos, pues en gran parte la nueva normativa se limitó a legalizar, con algunos retoques, las normas incorporadas al Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, sobre observación y tratamiento, y por el Real Decreto 2273/1977 de 29 de julio, sobre derechos de los internos y régimen penitenciario” (“Estudio preliminar”. En GARCIA VALDES, C. *La reforma penitenciaria española, -textos y materiales para su estudio-*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 9-10).

27 Véase al respecto BUENO ARUS, F. “Garantía y límites de la actividad penitenciaria”. En *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, Vol. 1º. Edersa 1986, p. 48 y ss.

sujeción- a estimar una reserva de ley en el ámbito penitenciario en sentido extenso que se corresponderá con el llamado bloque de legalidad. Claro que no debe confundirse que la compleja y total actividad penitenciaria pueda regularse también a través de reglamentos con que la reserva de ley comprenda a tales normas.

CERVELLÓ<sup>28</sup> acepta de forma explícita el ámbito ampliado del principio de legalidad al incluir no sólo la ley sino también el reglamento en lo que algunos denominan “bloque de legalidad penitenciaria”. El desarrollo por vía reglamentaria, una vez aceptado como parte de esa legalidad del sistema penitenciario, debe cumplir con tres requisitos: que se respete la reserva de ley para los aspectos vinculados al desarrollo de derechos fundamentales, que se trate únicamente de un reglamento propiamente ejecutivo o de desarrollo y que se cumpla con el principio de jerarquía normativa.

De forma diversa puede concebirse la redacción dada por el legislador de 1979 al art. 2 LOGP y sus implicaciones para el principio de legalidad en la ley penitenciaria. Puede pensarse en que el legislador lo que hace es delinear el marco general en el que se va a desenvolver lo que él mismo denomina la “actividad penitenciaria”. De esta forma lo que hace el art. 2 LOGP es enumerar sistemáticamente los distintos elementos de los que depende la ejecución penal: la sentencia de la cual procede la condena y se decide la pena en calidad y cantidad a ejecutar, la ley que proporciona de forma originaria el sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad y los reglamentos que puedan resultar necesarios para la organización penitenciaria y aplicación material de la pena de prisión. En este segundo sentido el legislador no pretendería propiamente o exclusivamente la plasmación del principio de legalidad, sino la mención del marco general de la adscripción del penado a un centro penitenciario, con los distintos componentes necesarios para su efectiva incorporación y desarrollo del internamiento. Algún autor especialmente relevante en este ámbito y con participación activa en las tareas de elaboración de la normativa penitenciaria viene a reflejar este punto de vista en el que junto al principio de legalidad lo que realmente formalizaría el art. 2 es fijar el marco de la delimitación del ámbito del cumplimiento de las penas<sup>29</sup>. Naturalmente que si se señalan los límites dentro de los cuales se debe poner en práctica la ejecución de las penas privativas de libertad, se hace necesariamente mención a la ley y al principio de legalidad, pero no ya como único fundamento de la concreta ejecución penal. En definitiva el art. 2 de la Ley General Penitenciaria no ha pretendido propiamente la declaración estricta del principio de legalidad, pero sí la necesidad del sometimiento a normas en ese contexto de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como la expresión de todos los sustentos jurídicos necesarios para la entrada y permanencia del concreto interno en un Centro Penitenciario, y en ese sentido la existencia de garantías jurídicas para el condenado.

En todo caso la Administración Penitenciaria llevará a cabo su misión de acuerdo a las previsiones constitucionales y de la ley penitenciaria que son las normas que fundamentan de manera originaria la misma, siendo posible la existencia de desarrollo reglamentario dentro de los límites que permita la exigencia de reserva de ley en esta materia. El poder ejecutivo, como si fuera consciente de las dificultades de la fórmula del art. 2 LOGP recoge el principio de legalidad de una manera mucho más adecuada, cuando dispone entre los principios que informan la actividad penitenciaria que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley” (art. 3.1 RP aprobado por RD 190/1996 de 9 de febrero).

### III.2 El principio de legalidad en el texto constitucional de 1978.

Efectivamente la referencia al principio de legalidad de la ejecución penal se presenta en múltiples normas más allá de lo señalado por el art. 2 LOGP. Para empezar el propio texto constitucional de 1978 hace mención a la subsistencia de los derechos fundamentales para el recluso salvo los que se vean necesariamente afectados por la función penitenciaria. “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” (art. 25.2). Se trata de un contenido que no parece querer expresar el principio de legalidad de la actividad penitenciaria sino tan sólo el reconocimiento para los penados de los derechos que no sea preciso limitar bien como contenido de la propia sanción impuesta o bien como consecuencia necesaria de la organización del sistema penitenciario.

<sup>28</sup> *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2006, p. 28.

<sup>29</sup> BUENO ARUS, F. “Garantía y límites de la actividad penitenciaria”. En *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, Vol. 1°. Edersa 1986, p. 54 y ss.

En realidad el art. 25.2 hace referencia también a otros aspectos como los fines de las penas y medidas de seguridad, así como a algunos derechos de los que necesariamente gozará el preso y que por tanto no pueden ser objeto de supresión.

El texto constitucional se refiere de forma más directa al principio de legalidad penal en el art. 25.1 al establecer que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento”. La doctrina considera que se trata en su literalidad de una referencia precaria al principio pues tan sólo incluye la irretroactividad de las normas sancionadoras que deberán encontrarse previamente en la “legislación” vigente, referencia a la legislación que también provoca dificultades interpretativas<sup>30</sup>. Sin embargo, el escueto tenor literal ha sido desbordado por la interpretación del Tribunal Constitucional incorporando un abanico más amplio de contenidos, como los principios de proporcionalidad y non bis in idem<sup>31</sup>.

El texto del art. 25.2 a lo que sí hace referencia es a los distintos factores desde los que se producen limitaciones a los derechos fundamentales de los condenados. En primer lugar se hace mención al contenido del fallo condenatorio que constituye el título jurídico necesario para que alguien ingrese como penado en un establecimiento penitenciario. En el mismo debe constar de forma expresa el contenido fundamental de las privaciones a las que se va a ver sometido, esencialmente la libertad en el sentido más amplio del art. 17 de la Constitución y sus manifestaciones más concretas como la libertad de residencia o de circulación. El sentido de la pena como limitación de derechos tiene que ver con aquellas restricciones que va a sufrir el penado y que acarrea necesariamente la concepción del sistema de cumplimiento de las penas, lo cual puede ser entendido de diferentes maneras, bien como los límites impuestos por los fines que deben perseguir la ejecución de las penas, bien como las restricciones ocasionadas derivadamente de las privaciones principales o finalmente como las limitaciones producidas en los derechos que de no estar encarcelado el sujeto podría realizar libremente pues no se ha privado formalmente de ellos<sup>32</sup>. No resulta sencillo trazar las limitaciones propias del sentido de la pena diferenciándolas de las que sean consecuencia de la ley penitenciaria. Una interpretación sistemática, que permita una diferenciación, y teniendo en cuenta la propia expresión utilizada en la Constitución parece abonar que se trata de aquellas vinculadas con los fines asignados a las penas. Las últimas restricciones se conectan a las previstas en la ley penitenciaria. La Ley puede imponer restricciones, siempre que sean necesarias, en atención a necesidades de organización, regimentales y de seguridad, bien por las características del centro penitenciario o bien por la situación particular del penado<sup>33</sup>.

### III.3 Otras recepciones legislativas.

Además de las ya comentadas otras formulaciones del principio de legalidad en la ejecución son las del Código penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal o la del Reglamento Penitenciario. El art. 3 del Código penal dispone: “1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. 2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”. En este precepto del Código penal se encuentra la más acertada y completa de las fórmulas empleadas en los textos legales para señalar

30 Cfr. ARROYO ZAPATERO, L. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 10 y 25.

31 Sobre esta orientación de la jurisprudencia constitucional HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, pp.14-18.

32 Cfr. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 45.

33 En relación a este último grupo de limitaciones TELLEZ AGUILERA incluye las necesarias desde el punto de vista tratamental. Este punto de vista resulta de difícil acogida pues en nuestro sistema penitenciario el tratamiento no se concibe como un deber sino como un derecho. El art. 4.2 de la LOGP señala que “Se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado”. En el RP el art. 4.1.d lo reconoce como un auténtico derecho: Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo”. Pero es que además la propia Ley recuerda que el tratamiento no puede implicar otras restricciones pues se emplearán “todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades” (art. 60.2 LOGP).



la vigencia del principio de legalidad en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad, recogiendo las fórmulas tradicionales de los Códigos penales españoles sobre ejecución y cumplimiento de las penas.

Respecto al sometimiento de la privación de libertad a normas prefijadas el primero de nuestros Códigos, el de 1822, atiende sobre todo -como era propio de la época- a la llamada garantía penal con una marcada preocupación por evitar el arbitrio judicial en la imposición de las penas<sup>34</sup>. Así el art. 3 disponía que: "A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración". Como se ve al problema de la contención del arbitrio judicial en la determinación y aplicación de las penas se añade la exclusión de la retroactividad de las penas. También en el sentido de la sujeción del Juez a las penas establecidas en la ley el art. 28 del mismo cuerpo legal establece que: "A ningún delito, ni por ninguna circunstancia, excepto en los casos reservados en los fueros eclesiásticos y militar, se aplicará otras penas que las siguientes:...", añadiendo el listado de las penas admitidas en el Código (Capítulo III "De las penas y sus efectos, y del modo de ejecutarlas"). El texto punitivo de 1848 establece claramente el principio de legalidad en su garantía criminal, la cual obliga a formular previamente la conducta sancionada. Su art. 2 señala que "No serán castigados otros actos u omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o faltas". Para PACHECO<sup>35</sup> se consagra el principio de que lo que no está prohibido debe entenderse permitido, protegiéndose así la libertad del ciudadano, "La penalidad no puede aplicarse sin la previa conminación, y sin el desprecio o el quebrantamiento de esa previa conminación". Pero aprecia también una regla lógica entre el antecedente legal necesario para la consecuencia aplicable: "Establécese en él la necesidad de la misma ley, como precepto, para arreglar á sus disposiciones, anteriormente conocidas, su imposición como pena". Este mismo autor no deja de señalar la relación entre ley y libertad, siendo la primera la garantía de la segunda. "acaba de consagrar la garantía del derecho que tiene todo ciudadano a la justa libertad de sus acciones. Súbditos de la ley, nada tienen éstos que temer de caprichos posteriores, de intentos extraños á la misma. Ella les asegura que es lícito cuanto no está vedado; y que las prohibiciones no pueden nunca aplicarse á lo que ya pasó"<sup>36</sup>.

En el mismo Código penal de 1848, ya en el terreno de la ejecución de las penas previstas, el art. 86 disponía que: "No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de pena ejecutoriada", y el 87: "Tampoco puede ser ejecutada penal alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias ó accidentes que los expresados en su texto", contenidos dentro del Capítulo V "De la ejecución de las penas y de su cumplimiento" (Título III De las penas). En el primero de ellos se estima presente un principio procesal que obliga a entender no definida la culpabilidad del procesado sin finalización del proceso mismo<sup>37</sup>. En el texto del art. 87 se viene a identificar la pena por sus características, de manera que si la forma de ponerla en práctica es distinta a la prevista en la ley, en realidad, se trata también de otra pena diversa. Parece que las variaciones prohibidas en la ejecución son las inmotivadas y las que introducen un mayor o menor rigor. Como el precepto en un segundo párrafo admite la colaboración de los reglamentos específicos en la forma de ejecución de las penas, se afirma que ante la imposibilidad de que la ley señale todo lo concerniente a la ejecución de las penas lo propio de las mismas consiste en establecer principios sobre los cuales se organizará el sistema penitenciario con el complemento de los reglamentos del poder ejecutivo<sup>38</sup>. En este momento histórico se aprueba la primera Ley Penitenciaria de 1849, aunque con un contenido fundamentalmente orgánico y clasificatorio. Las mismas o parecidas fórmulas legales se repetirán a lo largo de la codificación y será con el Código vigente de 1995 cuando con ligeras variantes pase al art. 3 dentro del Título Preliminar denominado "De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal".

34 Arbitrio judicial que en muchas ocasiones procedía de la necesidad ante defectos legislativos o la dureza extrema de las normas. En la actualidad, aunque evidentemente con una dimensión distinta, también se aprecia semejante problema, lo que explicaría que "en algunas actuaciones judiciales los operadores jurídicos hayan tomado sobre sus hombros la tarea de remediar el pésimo estado de nuestra legislación". ALVAREZ GARCÍA, F.J. "Principio de legalidad y resoluciones judiciales". *Jueces para la Democracia* nº 8 (1989), p. 13.

35 *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D.Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 92.

36 *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D.Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 94.

37 "Hay todavía tinieblas, y falta la luz. Cuando ésta llegue, cuando la sentencia recaiga y quede firme, cuando exista la ejecutoria, entonces podrá y deberá aplicarse la pena. Mientras no, es un acto de barbarie, que la ley proscriba, y que condene la conciencia pública", PACHECO *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D. Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 459

38 PACHECO *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D. Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 460-1.

Volviendo al derecho vigente, comienza el art. 3 del actual CP, en su número primero, señalando cómo la imposición y ejecución de una pena debe proceder de sentencia firme y, en el número segundo, cómo la ejecución debe responder fielmente a lo preceptuado en la legislación penitenciaria. Para algunos autores el número primero del mencionado precepto únicamente incluiría la garantía jurisdiccional<sup>39</sup>. DE VICENTE entiende que del número primero del precepto se desprenden, al menos, tres consecuencias: “1) para ejecutarse una pena, debe haberse seguido un proceso legal, porque de ningún otro modo puede alcanzarse una sentencia; 2) para ejecutarse una pena, debe decidirlo un órgano judicial, único legitimado para dictar sentencias; 3) hasta que la sentencia no es firme, no puede ejecutarse la pena, esto es, la pena no empieza a cumplirse”. Sin embargo parece inherente también a la garantía en la ejecución que no puede ejecutarse una pena con anterioridad al proceso ante un Tribunal competente y de que la sentencia adquiera firmeza, así como que no pueda ejecutarse una pena distinta de la establecida por un Tribunal de acuerdo a un proceso en Derecho decidida en sentencia firme. Y ambos aspectos deben entenderse comprendidos en lo señalado por el art. 3.1. Pues como señalara PACHECO<sup>40</sup> en los comentarios al Código penal de 1848 una pena ejecutada de forma diferente a lo previsto en la ley resulta otra pena no coincidente con la legal.

Finaliza el precepto con la referencia a la jurisdicción de vigilancia penitenciaria encargada del control de la ejecución de la pena de prisión, concibiéndose por tanto como un refuerzo de la legalidad de la ejecución. En el mismo sentido, aunque de forma más lacónica y refiriéndose a otras incidencias de la ejecución, al regular las penas privativas de libertad el Código penal establece: “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” (art. 36.1 párrafo segundo).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 990 señala que “Las penas se ejecutarán en la forma y el tiempo prescritos en el Código penal y en los reglamentos”. El mencionado precepto debido a su origen histórico menciona como referencias de la ejecución al Código penal y a los reglamentos, en todo caso como expresión del sometimiento a normas de la ejecución penal. El contenido del precepto responde a una época de separación rígida entre la actividad judicial y la de la Administración Penitenciaria que se refleja en el mismo. El vigente Reglamento Penitenciario de 1996 indica que: “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley” (art. 3.1), mejorando con ello la redacción del Reglamento anterior que se limitaba a repetir el texto de la Ley. Además el texto reglamentario de 1996 como reverso y refuerzo del principio señala que: “Los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las Leyes” (art. 3.2).

### III.4 Perspectiva internacional.

Desde la dimensión supranacional resulta más compleja la declaración del principio de legalidad pues en general implican instrumentos dirigidos a sistemas jurídicos diversos. En general se trata de declaraciones que proscriben la aplicación retroactiva de delitos y penas conforme al sistema jurídico nacional. En ese sentido la Declaración Universal de Derechos del hombre de 1948, en su art. 11.2, prohíbe la aplicación de delitos o penas distintos a los previstos en el momento de comisión del hecho según el derecho nacional. El art. 7.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, reproduce el texto de la Declaración Universal: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”<sup>41</sup>. Se adopta pues un principio de juridicidad más amplio con la finalidad de hacer compatible la declaración con los distintos sistemas jurídicos pero que evidentemente le hace perder exigencia.

39 DE VICENTE MARTINEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch 2004, p. 105.

40 *El Código penal concordado y comentado*. Edisofer 2000, p. 432. También GROIZARD, al comentar el art. 99 y 100 del Código penal de 1870, señala que “De otro modo, si pudieran serlo con accidentes y circunstancias no especificadas en el Código, serían en realidad penas diversas a las admitidas por la ley”. *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*, T. II. Madrid 1903, p. 542.

41 En el número segundo del precepto se añade una concesión al Derecho Internacional. “2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

Las Reglas Penitenciarias Europeas también suponen un apoyo a la exigencia de ley para el ámbito penitenciario aunque, dado su carácter, de una forma menos precisa. Se puede vincular, aunque de forma tan sólo indirecta, el principio de legalidad en el ámbito penitenciario a la Regla 56.3 del Consejo de Europa al señalar que “el respeto de los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad de la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por el control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la Administración Penitenciaria”<sup>42</sup>. En realidad con la mencionada regla se busca fundamentalmente el control externo de la legalidad que, sin embargo, ya debe ser observada en primer lugar por la propia Administración Penitenciaria.

Las últimas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa 2006 consagran una de ellas al respeto a los derechos de los penados no restringidos por una ley: “Las personas privadas de libertad conservan todos los derechos, salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo con la ley por su condición de penados a una pena de prisión o sometidos a prisión provisional” (Regla 2<sup>43</sup>). Se establece sin duda una cláusula de protección de los derechos de los internos que obliga a la existencia de una regulación legal para los contenidos restrictivos de derechos del internamiento.

Respecto a estas últimas Reglas Penitenciarias Europeas MAPELLI<sup>44</sup> manifiesta la presencia en la disposición señalada del principio de legalidad, con consecuencias para el tipo de normas que deben contener los derechos de los penados y el control del sometimiento a la legalidad. “El principio de legalidad y el correspondiente control de legalidad que debe ejercer una autoridad independiente cierran este conjunto de principios fundamentales. Se establece una reserva absoluta de ley, de manera que ningún reglamento ni disposición de rango inferior puede restringir el ejercicio de los derechos de los condenados salvo que esté amparado por una norma de rango superior, que lo contemple (R 2 y 9)”.

#### IV. CONSECUENCIAS DE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PARA LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Las exigencias derivadas del principio de legalidad se aplican en lo que concierne a la conducta delictiva, a la pena a ella vinculada, a la necesidad de proceso y a la forma de ejecución de la pena. Son lo que se conoce, respectivamente, como garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución. Como es evidente las cuatro consecuencias señaladas para el principio de legalidad no se pueden cumplir si en la base de todas ellas no se encuentra una ley formal. La ley estricta, escrita, previa y cierta presuponen necesariamente la existencia de una ley que reúna todas estas características. Es la reserva de ley propia del derecho penal, pues solo ella se concibe en nuestro sistema jurídico-cultural como fuente creadora de delitos y de penas, así como norma determinadora de la función de ejecución de las penas privativas de libertad. Efectivamente la apreciación del principio, sus rasgos y coherencia debe contemplarse desde la perspectiva totalizadora del sistema penal. Ahí tienen cabida necesariamente las condiciones para el establecimiento del hecho infractor y su sanción, así como la declaración de responsabilidad por los Tribunales, pero igualmente se debe integrar coherentemente lo relativo a las normas e instituciones de ejecución: “sólo puede hablarse de un determinado sistema de legalidad penal cuando se conoce el sistema de enjuiciamiento y el sistema de ejecución de las sanciones penales”<sup>45</sup>.

42 Esta referencia en GARCIA VALDES, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, Civitas 1982, p. 243. Tal regla forma parte de los principios fundamentales de las Reglas Penitenciarias Europeas –nº5 de los mencionados principios- elaboradas en el marco del Consejo de Europa. En realidad, como puede apreciarse, no exige necesariamente para el control de la legalidad de la ejecución de penas la intervención de la autoridad judicial, sino una autoridad legalmente habilitada distinta de la Administración Penitenciaria. *Regles pénitentiaires européennes. Recommandation n° R(87) 3 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de L'Europe le 12 février 1987*. Strasbourg 1987, p. 7.

43 Recomendación REC (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas. Adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros.

44 “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08-r1 (2006), p. 5

45 SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?”. *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*. (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, Directores), (MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Coordinadora). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha 2007, p. 70.

Las consecuencias del principio de legalidad se dirigen a los distintos poderes, lo que redundará en garantía de la libertad del ciudadano, al evitarse el monopolio del poder desde una única instancia estableciéndose un sistema de contrapesos entre los poderes. Para lo que respecta a la aplicación del principio de legalidad en el ámbito penitenciario también se produce una implicación de los tres poderes de una forma peculiar debido a la intervención de la Administración Penitenciaria<sup>46</sup>. Al poder legislativo le obliga a configurar, mediante la ley, unas penas y un sistema de cumplimiento de tales penas privativas de libertad cierto y conocido suficientemente. En el caso del poder Judicial conlleva la aplicación de un sistema basado en la Ley, sobre la que deberá adoptar sus decisiones de acuerdo a los criterios constitucionales aplicables, los parámetros jurídicos penales y penitenciarios y los métodos de interpretación consolidados, sin posible recurso a la analogía, retroactividad o normas no escritas. Para el ejecutivo, que mediante la Administración penitenciaria se encarga de la función de cumplimiento de la pena de prisión, le supone el respeto al sistema legal de ejecución de tales penas. La compleja naturaleza de la función penitenciaria hace que todos los aspectos relacionados con el principio de legalidad le sean aplicables en su puesta en práctica por la Administración Penitenciaria-Poder Ejecutivo. En la medida en la que dispone de un limitado poder de creación de normas, éstas, además de su carácter subordinado o a la ley, deben reunir las notas de normas escritas y determinadas, en cuanto poder al que se adscribe la ejecución penitenciaria con una aplicación no retroactiva, cierta y estable.

#### IV.1 Los contenidos del genérico principio de legalidad.

Dirigidos a los distintos poderes que intervienen en el sistema penal el principio de legalidad general presenta una serie de exigencias para la adecuada realización de la justicia penal. Como señala ROXIN<sup>47</sup> tradicionalmente se distinguen cuatro tipos de consecuencias derivadas del principio de legalidad que adoptan formas de prohibiciones, se entiende que dirigidas al legislador y a los Jueces y Tribunales. En primer término la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Desde este punto de vista no está permitida la aplicación de la ley penal a casos distintos de los específicamente previstos en la ley penal, ni siquiera a través del argumento de la semejanza de los casos propios de la analogía. La analogía constituye un medio habitual de interpretación de las normas jurídicas no sancionadoras pero que en el terreno penal está prohibida para proteger la seguridad y libertad de los ciudadanos. También se desprende del principio de legalidad la prohibición del empleo del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la responsabilidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Sólo la ley y la ley escrita pueden crear las conductas punibles y la sanción a ellas asociadas. Esto provoca inevitablemente que la costumbre, que en otros ámbitos actúa como fuente del Derecho, quede fuera de los mecanismos creadores o agravadores de la responsabilidad penal al no ser fuente escrita y no poder proporcionar los mismos niveles de seguridad y certeza.

También la prohibición de retroactividad rige en derecho penal consecuencia del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*). La necesidad de conocimiento previo de los hechos susceptibles de ocasionar responsabilidad penal obliga a excluir la aplicación retroactiva de las leyes penales<sup>48</sup>. Únicamente de esta manera se dota de seguridad al ciudadano y se aplican las penas a sujetos responsables. El delito y su pena deben encontrarse determinados antes de la comisión del hecho que genere responsabilidad penal. En principio se entiende que la exclusión de retroactividad no afecta a las normas procesales conforme a las cuales se debe dirimir la existencia de responsabilidad penal. Ahora bien por las implicaciones directas en muchos casos de los presupuestos procesales de la penalidad se plantea si pueden existir casos en los que

46 Sobre esta cuestión de las implicaciones para los poderes constitucionales FERNANDEZ AREVALO indica que "la garantía ejecutiva del principio de legalidad incide no sólo en la ejecución de la sentencia penal a cargo de jueces y tribunales –art 3.1 CP- sino también en el régimen de cumplimiento de penas y medidas de seguridad por parte de los servicios administrativos de prisiones –art. 3.2- CP" En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, coordinador). Colex 2005, p. 30. Con ello este autor deja de indicar las consecuencias para el poder legislativo que es el que debe establecer el sistema de cumplimiento mediante unas normas de adecuado rango y con la suficiente certeza. De forma que en realidad el ámbito específico del poder legislativo en cumplimiento de los mandatos del principio de legalidad constituyen un presupuesto necesario para que el resto de poderes puedan realizar los mandatos del principio de legalidad que les incumben de forma específica.

47 *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas LUZON PEÑA/ DIAZ y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 140 y ss. También DE VICENTE MARTINEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch 2004, p. 32 y ss.

48 Sobre la vinculación entre irretroactividad de la ley y principio de legalidad puede verse IGLESIAS RIO, M.A. "Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal". *Revista Jurídica de Castilla y León* n°6 (2005), p. 17 y ss.

tales presupuestos también queden sometidos a la prohibición de retroactividad<sup>49</sup>. Se estima en ocasiones que si los presupuestos procesales que deben conducir a la penalidad resultan equivalentes a los presupuestos jurídico-penales (derecho penal material), será posible considerar su pertenencia al ámbito en el que está vetada la retroactividad de las normas.

Finalmente estaría la prohibición de leyes y sanciones indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Desde este punto de vista se excluyen el establecimiento de delitos y penas cuyas características no puedan ser suficientemente reconocibles en la ley. Esta prohibición obliga a la fijación de la conducta punible y de la pena asociada con la suficiente certeza, es el mandato de certeza o determinación propio de la ley penal. La necesaria combinación entre precisión y flexibilidad, para no abarcar los supuestos no queridos como delictivos y para incluir los casos no conocidos pero de semejante gravedad, obligan al empleo de una cuidadosa técnica al legislador y a que el intérprete no desvirtúe tal equilibrio<sup>50</sup>. No deja de ser cierta, sin embargo la dificultad de fijar el grado de precisión necesario de la ley penal, de forma que resulta complejo alcanzar la formulación de criterios generales sobre tal determinabilidad, pudiendo decirse que el mismo principio o mandato de determinación de la ley penal resulta en si mismo un concepto jurídico indeterminado<sup>51</sup>. Pese a reconocerse las dificultades existentes para formular los hechos con exactitud y las posibles tensiones entre la seguridad jurídica y la justicia del caso, “el logro de la máxima taxatividad posible y de la real vinculación del juez al tenor de la ley es un objetivo irrenunciable para el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho”<sup>52</sup>.

En la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>53</sup> se ha establecido que “el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los tipos...penales, de tal forma que de ellos se desprenda, con la mayor claridad posible, cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada” (STC 159/1986) y que tal principio “exige una descripción de las conductas delictivas que cumpla las exigencias de la seguridad jurídica, lo que se opone a unos tipos penales formulados en forma tan abierta que su aplicación no dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los Tribunales” (SSTC 105/1988 y 34/1996). En todo caso las decisiones del intérprete del texto constitucional no impiden que en ciertos casos el legislador utilice conceptos jurídicos indeterminados en la construcción de tipos penales. Pero tal margen de indeterminación introducido en la descripción de los hechos punibles debe proceder de la necesidad en los casos en que se trate de tutelar bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional, la concreción de dichos bienes sea dinámica y evolutiva y pueda realizarse sobre los mismos la función interpretativa de forma que su contenido semántico pueda ser determinable de acuerdo a los métodos tradicionales de interpretación, ni se usen indiscriminadamente cláusulas abiertas, ni se aboque a la inseguridad jurídica<sup>54</sup>.

## IV.2 El debilitamiento del principio de legalidad en la ejecución: la teoría de las relaciones especiales de sujeción.

La concepción de fondo del marco normativo en el que se inserta el sistema penitenciario resulta determinante para la solución de las distintas controversias jurídicas en este contexto. En múltiples ocasiones de conflictividad jurídica los Tribunales han acudido al recurso de las llamadas teorías de las relaciones especiales de sujeción. Estas fundamentarían un debilitamiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad como son la reserva de ley, el mandato de certeza y otras para ciertos ámbitos como sería el penitenciario<sup>55</sup>.

49 HASSEMER, W. *Fundamentos de Derecho Penal*. Traducción de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO. Bosch 1984, p. 323.

50 HASSEMER, W. *Fundamentos de Derecho Penal*. Traducción de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO. Bosch 1984, p. 316-7

51 LOHBERGER, I.K. *Blankettstrafrecht und Grundgesetz* (Inaugural-Dissertation). München 1968, p. 112.

52 SILVA SANCHEZ, J.M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch editor, 1992, p. 256.

53 Resoluciones del Tribunal Constitucional recogidas por S. HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, p.41.

54 Referencias todas ellas señaladas por HUERTA TOCILDO, quien efectúa un detenido análisis de la jurisprudencia constitucional en este campo. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, p. 39 y ss.

55 Recogen la opinión de la restricción de ciertos derechos en la doctrina del Tribunal Constitucional DE LA CUESTA/BLANCO. “El sistema prisional en España”. *Eguzkilore* n° 12 (1998), p. 250.

La teoría procede del derecho público alemán de finales del s. XIX y principio del XX en una fase histórica en la que se produce una pugna por el sometimiento de la actividad del Estado al Derecho. Un intento por escapar al control jurídico fue la de las relaciones especiales de sujeción, singularmente dirigidas a desvincular la actividad administrativa del sometimiento externo al Derecho al considerarla exclusivamente un ámbito interno del Estado especialmente en aquellos casos en los que se entiende que existe una vinculación más intensa del administrado con el poder público<sup>56</sup>. Doctrina que por tanto globalmente considerada viene a cuestionar la subsistencia del Estado de Derecho en todos los ámbitos de la actividad administrativa de los poderes públicos.

Las primeras decisiones de los Tribunales, singularmente el Tribunal Constitucional acudirán a la mencionada naturaleza de la relación jurídico penitenciaria para fundamentar sus decisiones. En una de las primeras de ellas, respecto a la potestad disciplinaria de la Administración penitenciaria, califica ya las relaciones entre interno y Administración penitenciaria de sujeción especial. "Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los arts. 104 y siguientes del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, y Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, de reforma parcial de aquél). Que sea la Junta de Régimen y Administración el órgano competente para imponer sanciones (art. 116 reformado); y que sea el Director del centro o un miembro de la Junta en quien aquél delegue los encargados de incoar el expediente y de decidir qué pruebas propuestas son convenientes (arts. 129.1 y 130.2 reformados), no tiene nada de anómalo ni de lesivo contra los derechos constitucionalizados en el art. 24.1." (STC 74/1985 de 18 de junio). Es claro que el Tribunal no necesitaba acudir a este argumento para fundamentar la potestad sancionadora de la Administración pero deja ya sentada la doctrina.

En la posterior STC 2/1987 de 21 de enero se plantean posibles conculcaciones de la finalidad de las penas y de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, de las garantías en el procedimiento sancionador y del principio de legalidad al decidirse la composición de la Junta de Régimen –órgano decisorio en materia sancionadora del Centro Penitenciario- en el Reglamento Penitenciario y no en la Ley. Respecto a este último aspecto "Sin entrar aquí en el tema más general del alcance de la reserva de Ley en las sanciones administrativas, debe tenerse en cuenta que la referencia a la legislación vigente en el art. 25.1 de la Constitución, tiene un alcance diferente, al menos, en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de la determinación de contravenciones «faltas», en el seno de una relación de sujeción especial, como es la de los internos en establecimientos penitenciarios. En estos casos la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta. El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su «autoridad» sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución".

El Tribunal en la resolución mencionada no deja de reconocer que siguen siendo aplicables pese a lo anterior los derechos fundamentales de los ciudadanos y las garantías propias del Estado de Derecho, pero los distintos ámbitos a los que deben ser aplicados le permiten establecer una gradación sobre su aplicación. "Como se desprende de esta sentencia el TC no niega –no podía ser de otra forma- la vigencia del principio de legalidad, sino el grado de aplicación que tiene sobre la realidad penitenciaria"<sup>57</sup>. Continúa la resolución

56 Cfr. RENART GARCIA, F. *El régimen disciplinario en el Ordenamiento Penitenciario español: luces y sombras*. Universidad de Alicante 2002, p. 31. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 25-6. Doctrina que, pese a lo indicado, ha gozado de una amplia recepción entre la doctrina penal y penitenciaria y en las decisiones de los Tribunales según se puede comprobar en las obras anteriormente citadas.

57 MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 2005, p. 154. RIOS MARTIN, J.C. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, Coordinador). Colex 2005, p. 52.

indicando que “Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el art. 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del art. 9.3 de la Constitución. Pero ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales. Desde luego una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado, pero esa base normativa legal también existiría cuando la Ley, en este caso la Ley General Penitenciaria (arts. 42 y siguientes), se remita, en la especificación y gradación de las infracciones, al Reglamento. Ello permite reconocer la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de Ley, y por ello debe rechazarse esta pretensión del recurrente”. Respecto al no cumplimiento de la finalidad resocializadora de las penas y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes con la sanción de aislamiento en celda, el Tribunal va señalar la no contradicción con la Constitución de la mencionada sanción sobre la base de su carácter excepcional, las garantías que rodean su imposición y la doctrina del TEDH en la materia, sin recurrir en este punto concreto en realidad a la teoría de especial sujeción<sup>58</sup> ni a otros posibles argumentos<sup>59</sup>.

Para HUERTA TOCILDO<sup>60</sup> la orientación de la resolución precedente resulta preocupante pues las garantías frente a la acción sancionadora varían según se entienda la relación de sujeción especial o de sujeción general, doctrina que pervivirá en la jurisprudencia constitucional. Se trata de la posibilidad abierta por la sentencia de que los Reglamentos contengan una regulación no dependiente de una Ley, en este caso la posibilidad de establecer sanciones disciplinarias por vía reglamentaria sin otra cobertura que una habilitación legal en blanco, como sucedía con la Ley General Penitenciaria.

Pese a que propiamente en ningún momento el Tribunal Constitucional había excluido la aplicación del principio de legalidad del ámbito penitenciario, ya en una segunda fase parece querer dejar más claro la limitación de la teoría de sujeción especial ante la posición preeminente de los derechos fundamentales<sup>61</sup>. HUERTA TOCILDO<sup>62</sup> y TAMARIT<sup>63</sup> identifican un cierto cambio de orientación con la STC 61/1990 de 29 de marzo en la que se declara la plena vinculación de las relaciones especiales de sujeción al principio de lega-

58 “A la luz de esta doctrina debe ser rechazada también la alegación del recurrente. En primer lugar la sanción de aislamiento en celda, como tal y de acuerdo con las garantías que para su imposición y aplicación establece la legislación penitenciaria vigente, no puede ser considerada como una pena o trato inhumano o degradante. En segundo lugar, tampoco en la aplicación concreta al recurrente ni siquiera se ha alegado el que no se hayan observado esas exigencias legales, y haya cumplido las sanciones en circunstancias y condiciones que supusieran la existencia de un trato inhumano o degradante. Por ello debe ser denegado el amparo solicitado en lo referente al contenido mismo de las sanciones impuestas, cuya imposición no infringe el art. 25.1 ni el art. 25.2, ni el art. 15 de la Constitución”.

59 No aparece sin embargo en este caso la impugnación constitucional desde el punto de vista de la imposición de una sanción que implique privación de libertad, vetada a la administración civil en el art. 25.3 de la Constitución. Pese a ello algunos autores manifiestan que en esta sentencia se trata de dilucidar la validez del aislamiento en celda como privación de libertad impuesta por un órgano administrativo. Y en este sentido la decisión sería contraria a su inconstitucionalidad. Así FERNANDEZ GARCIA, J. En *Manual de Derecho Penitenciario* (BERDUGO/ZUÑIGA, coordinadores). Colex 2001, p. 130. CID MOLINÉ manifiesta que las sanciones de aislamiento en celda es uno de los supuestos de sanciones administrativas en los que la doctrina del Tribunal Constitucional ha disminuido las garantías aplicables sin tomar en cuenta la gravedad de la misma y sin exigir por ello garantías de plena defensa y procedimiento contradictorio. “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”. *Revista de Administración Pública* n° 140 (1996), p. 161-2.

60 HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, pp. 26-27. La mencionada autora observa la relajación de las garantías del principio de legalidad para la categoría de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

61 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 2005, p. 154-5.

62 HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, p. 29. Esperanza de nuevo criterio que no diferenciara entre relaciones de sujeción especial y de sujeción general que pronto se vería defraudada, según indica la autora, con la STC 83/1990, al reiterarse la eficacia limitada de la reserva de ley en el ámbito de las sanciones administrativas.

63 *Curso de Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2005, p. 219. RENART señala un paulatino cuestionamiento de la naturaleza de esta relación desde la inmediateamente posterior STC 120/1990 de 27 de junio. *El régimen disciplinario en el Ordenamiento Penitenciario español: luces y sombras*. Universidad de Alicante 2002, p. 33. RIVERA advierte un cambio de distinto signo con la STC 48/1996 de 25 de marzo en el sentido que tales relaciones no sólo suponga unas limitaciones para los reclusos sino también la obligación de la Administración penitenciaria de proteger y facilitar el ejercicio del conjunto de derechos atribuidos a los penados. “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario”. En

lidad y derechos fundamentales afectados. Se trataba de una resolución que afectaba a un caso de relaciones especiales de sujeción no penitenciarias y cuya remisión normativa para la sanción suponía la aplicación de una Orden carente de cobertura legal mínima<sup>64</sup>. También el Tribunal Constitucional manifiesta que tal teoría “debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales” (SSTC 57/1994 de 28 de febrero y 97/1995 de 20 de junio<sup>65</sup>) e incluso de forma más rotunda que “es claro que la situación de sujeción especial del interno de un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales e impedir que la Justicia se detenga en las puertas de las prisiones” (STC 192/96 de 25 de noviembre). Consideraciones que la doctrina del Tribunal Constitucional en realidad va anticipando parcialmente en resoluciones previas pero que progresivamente se van traduciendo en mayor medida en el reconocimiento de la lesión de derechos fundamentales especialmente por falta de respeto, en la mayoría de los casos, de las garantías procedimentales. De esta manera se entiende generalmente que la última línea jurisprudencial del Alto Tribunal limita la eficacia de la teoría de la relación especial de sujeción<sup>66</sup>. Sin embargo no deja de señalarse la persistencia del riesgo de que se utilice o no la conocida teoría en atención al caso particular<sup>67</sup>, pues desde luego no se ha excluido formalmente su aplicación. Teoría que, por otra parte, ha sido abandonada en Alemania precisamente después de la declaración del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de Ley formal en materia penitenciaria<sup>68</sup>.

Paralelamente a este proceso la regulación administrativa general de la potestad sancionadora de las Administraciones parece descartar la posibilidad de calificar la relación jurídico-penitenciaria como de especial sujeción. En este sentido se considera que desde la aprobación de regulación de la capacidad sancionadora

---

*Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, MUÑAGORRI/PINTO DE MIRANDA (coordinadores). Barcelona 2000, p. 99.

64 “Partiendo del principio (STC 18/1981) de que la regulación de las sanciones administrativas ha de estar inspirada en los principios propios y característicos del Derecho Penal (doctrina también del T.S. y del TEDH), en ya numerosas Sentencias se ha declarado -dado que el principio de legalidad del art. 25.1 se traduce en un derecho subjetivo de carácter fundamental, SSTC 77/1983 y 3/1988- que dicho principio comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal, interpretando así los términos «legislación vigente» del art. 25.1 de la C.E., sin admitir, salvo casos o hipótesis de normas preconstitucionales, la remisión al Reglamento (SSTC 8/1981, 159/1986, 2/1987, 42/1987, 133/1987, 3/1988, 101/1988, 29/1989, 69/1989, 150/1989 y 219/1989).

8. Cierto es que esta garantía formal, repetimos, ha sido considerada a veces susceptible de minoración o de menor exigencia, no sólo en supuestos de normas sancionadoras preconstitucionales («no es posible exigir la reserva de Ley de manera retroactiva para considerar nulas e inaplicables disposiciones reglamentarias respecto de las cuales esa exigencia formal no existía antes de la Constitución», según STC 219/1989, fundamento jurídico 2.º, sino también, caso de remisión de la norma legal a normas reglamentarias, si en aquélla quedan «suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica... y naturaleza y límites de las sanciones a imponer» (STC 3/1988, fundamento jurídico 9.º), como, en fin, en las situaciones llamadas de sujeción especial «aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 de la Constitución» (STC 219/1989, fundamento jurídico 2.º). En todo caso, se dice en estas Sentencias, lo que prohíbe el art. 25.1 C.E. es la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, pero no la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora.

65 “Y, en lo que ahora importa, ha de advertirse que este Tribunal viene destacando que «tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios este conjunto de garantías se aplica con especial vigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena» (SSTC 74/1985, 2/1987, 297/1993, etc.): es claro que la situación de sujeción especial del interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales (STC 120/1990) ni por tanto que «la justicia se detenga en la puerta de las prisiones» (SSTC 2/1987, 297/1993 y Sentencia del T.E.D.H. Campbell y Fell de 28 de junio de 1984)”.

66 RIOS MARTIN, J.C. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, Coordinador). Colex 2005, p. 52. De cierto abandono de la teoría califica TELLEZ AGUILERA la tendencia de la doctrina jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sustituyendo en las sentencias incluso la propia expresión y eludiendo la posible utilización del argumento que proporcionaría la misma. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 33.

67 Cfr. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 31.

68 BVerfGE 33,1 decisión de 14 de marzo de 1972. Véase al respecto DÜNKEL, F./VAN ZYL SMIT, D. “Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania”, p. 208.



en la LRJAP-PAC 30/1992 debe incluirse al régimen disciplinario penitenciario entre los ámbitos en los que el principio de legalidad despliega plenamente sus efectos. Según la previsión del art. 127.3 de la mencionada Ley se excluye la plena vigencia del principio de legalidad en relación al “ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”. Consecuencia de esta precisión sería que al no estar incluidos los internos de los Centros Penitenciarios en la excepción se les debe aplicar la forma general de vigencia sin restricciones del principio de legalidad en el régimen disciplinario<sup>69</sup>. Eso sí, hay que tener en cuenta que esta conclusión regiría únicamente para el régimen disciplinario de infracciones y sanciones penitenciarias al que están sometidos los reclusos y no para otras materias penitenciarias.

### IV.3. Consecuencias para el ámbito penitenciario.

Una vez vistos los aspectos relativos al contenido general del principio de legalidad, con las exigencias derivadas del mismo y el problema de la aceptación del principio en materia penitenciaria por la doctrina del Tribunal Constitucional, procede detenernos algo más en las consecuencias particulares de la aplicación del mismo en el sistema penitenciario. Y lo haremos siguiendo el mismo esquema clásico con el que se señalan las consecuencias y exigencias dimanantes del genérico principio de legalidad tal y como anteriormente se ha visto.

IV.3.a. La reserva de Ley en materia penitenciaria. Comenzamos con la reserva de ley, pues como se ha indicado precedentemente en ello consiste propiamente el principio y a ella hacen referencia todas las exigencias y garantías que son su consecuencia. Aprobada la Constitución de 1978 y en la misma reconocido el principio de legalidad, pese a las dudas que suscita la particular fórmula empleada en el art. 25.1, se abre el debate sobre el concreta extensión de la reserva de ley que implica<sup>70</sup>. En una primera tesis más amplia, como la sostenida por RODRÍGUEZ DEVESA, mantiene que el sistema de fuentes para el Derecho penal admite toda norma con rango de ley en sentido material, y no sólo formal, incluyendo por tanto los Decretos Leyes y los Decretos Legislativos. En un sentido más restrictivo COBO/VIVES/BOIX van a sostener una reserva absoluta de ley y propiamente de Ley Orgánica en Derecho penal por la conexión entre la reserva de Ley Orgánica en la Constitución para el desarrollo de los Derechos fundamentales (art. 81.1 CE) con la incidencia de las penas privativas de libertad con el derecho de libertad del texto fundamental (art. 17.1 CE) e incluso la afectación del derecho al honor de toda clase de penas. En una posición intermedia se sitúan autores como MIR PUIG o CERESO al entender que la reserva de ley dependerá de la clase de sanción que ocasione. Si se trata de privación de libertad la reserva será de Ley Orgánica, mientras que bastará con Ley Ordinaria si se aplican otro tipo de sanciones, en cuyo caso cabría delegación legislativa según lo previsto en el art. 82.1 de la Constitución, pero en ningún caso podría utilizarse el Decreto Ley ni las leyes de las Comunidades Autónomas.

En una contribución central en esta materia ARROYO<sup>71</sup> desarrolla el problema de la reserva de ley en materia penal. Propugna un criterio diferenciador que ponga en relación el art. 25.1 (principio de legalidad) con el art. 81.1 (ámbito de las leyes Orgánicas) y el 53.1 (garantías de los derechos y libertades del capítulo II mediante ley ordinaria), todos ellos del texto constitucional. Las normas penales serán materia de reserva de ley orgánica si su contenido es relativo al “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (Ley Orgánica del art. 81.1), y serán objeto de ley ordinaria si lo que representan es la “regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero” (ley ordinaria del art. 53.1). Para este autor en materia de reserva de ley orgánica, la reserva ha de ser absoluta por afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas, de manera que como la materia penal incide en ese terreno la

69 En este sentido TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 210-1. También RENART GARCIA, F. *El régimen disciplinario en el Ordenamiento Penitenciario español: luces y sombras*. Universidad de Alicante 2002, p. 48-9. Igualmente MAPELLI CAFFARENA destaca que en ninguna de las dos situaciones mencionadas por la legislación administrativa se encuentran los privados de libertad por cumplimiento de una pena. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 2005, p. 155.

70 Puede verse la problemática sobre la reserva de ley tras la aprobación de la Constitución de 1978 en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Fundamentos de Derecho penal*. Universidad de Granada 1990, p. 159 y ss.

71 “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 25.

reserva en materia penal ha de ser reserva absoluta<sup>72</sup>. No obstante admite la remisión a una fuente secundaria para la enumeración de criterios técnicos cuando es resultado de la necesidad y tanto la remisión como la fuente remitida y su contenido satisfacen las exigencias de certeza. Pero en ningún caso la certeza satisface por sí misma la exigencia de reserva de ley ni puede sustituir a los criterios anteriores.

Al respecto la jurisprudencia constitucional inicialmente, en la SSTC 15/1981, 17/1982 y 25/1984 de 23 de febrero, se pronuncia en el sentido de establecer una reserva de ley absoluta en materia penal con base en el empleo por el constituyente del término “legislación” (art. 25.1 CE). Se produce así la exclusión de cualquier otro tipo de normas del Derecho penal, como los Decretos, Ordenes Ministeriales y cualquier tipo de disposiciones de autoridades administrativas. En un segundo momento con las SSTC 140/1986 de 11 de noviembre y 160/1986 de 16 de diciembre se decide la reserva de ley Orgánica por la conexión del sistema penal con los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, caso evidente de la privación de libertad pero no de la pena de multa<sup>73</sup>. Se entiende que las normas penales afectan necesariamente a estos derechos fundamentales y libertades públicas –especialmente la privación de libertad–, de manera que el art. 81.1 de la Constitución prevé que serán Leyes Orgánicas exclusivamente las que los desarrollen.

Como se ha visto, con la recepción del principio de legalidad en el texto constitucional de 1978, la doctrina del Tribunal Constitucional procede a formular una reserva de ley orgánica en materia de creación de delitos y de penas. En el sector propiamente penitenciario se admite pronto igualmente la necesidad de Ley Orgánica. De hecho la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la primera Ley Orgánica después de la aprobación de la Constitución de 1978, se reformula en su tramitación para adaptarse al procedimiento de una Ley Orgánica<sup>74</sup>. Es cierto, sin embargo, que históricamente la reserva de ley es más tardía en lo penitenciario que en el ámbito penal general. La explicación tiene que ver con el origen histórico-político del principio de legalidad que inicialmente buscaba sobre todo excluir la potestad sancionadora arbitraria de los jueces y someterla a la Ley. Es fundamentalmente contra el arbitrio judicial en la imposición de penas por lo que se formula y reacciona con la formulación del principio de legalidad<sup>75</sup>. Pero también con la evidencia de que la vida en prisión necesita de un desarrollo normativo prolijo no coherente con la concepción abstracta general de la ley y que hacía necesaria la existencia de Reglamentos en este sector. Por eso la recepción de esta necesidad es más tardía y no se produce sino en fechas cercanas, en la década de los 70 del siglo XX como reconocen los autores<sup>76</sup>. Así surgen la Ley penitenciaria de Suecia de 19 de abril de 1974, la italiana de 26 de julio de 1975<sup>77</sup> y la de Alemania Federal de 16 de marzo de 1976<sup>78</sup>. Hasta inicios del siglo XX se mantiene una concepción que permite entender desvinculado al penado de la sociedad que hacía innecesaria la configuración de un marco legal para la actividad penitenciaria. Sólo a mediados de ese siglo comienzan a surgir iniciativas internacionales que pretenden lograr unas condiciones mínimas para los internos reconocidas en el Ordenamiento Jurídico. Fundamentalmente se trata de las llamadas Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos elaboradas y aprobadas en el marco de las Naciones Unidas en el año 1955. En el ámbito europeo surgen iniciativas semejantes ya en los años setenta, como serán las Reglas Europeas de 1973, 1987 y 2006<sup>79</sup>, debidas a los trabajos realizados en el seno del Consejo de Europa. Como se ha mencionado será al

72 Cfr. ARROYO ZAPATERO, L. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 32.

73 Así HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, pp. 20-21.

74 Cfr. BUENO ARUS, F. “Estudio preliminar”. En GARCIA VALDES, C. *La reforma penitenciaria española, -textos y materiales para su estudio-*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 31.

75 Cfr. AGARD, M.A. “Le principe de la légalité et la peine”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n° 2 2001, p. 292.

76 Cfr. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 49-50. No se desconocen los precedentes de las leyes españolas de prisiones de los años 1849 y 1869, pero ambas poseen un marcado carácter orgánico y de clasificación, distinto al de organización de la vida en prisión y al de los derechos de los internos.

77 CANEPA, M./MERLO, S. *Manuale di diritto penitenziario*. Giuffrè 1993, p. 6.

78 En Alemania es el Tribunal Constitucional el que, después de una sentencia en el año 1972, respecto a un asunto concerniente a la retención por parte de la Dirección del Centro penitenciario de una carta injuriosa de un preso, estableció que la carencia de norma con rango de ley en materia penitenciaria únicamente resulta aceptable de forma transitoria. Ello propició también el abandono de la tradicional teoría de la relación especial de sujeción como base de restricción de los derechos fundamentales en el medio penitenciario. Véase TIEDEMANN, K. “Constitución y Derecho Penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 33 (1991), p. 158.

79 Con fecha de 11 de enero de 2006 el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha renovado las Reglas Penitenciarias Europeas. Véase CERÉ, J-P. “La Cour Européenne des droits de l’homme et la protection des droits del détenus”. *Revue Pénitentiaire et de droit Pénal* n° 2 (2009), p. 370.

comienzo del último cuarto del siglo veinte cuando propiamente distintos países establezcan propiamente una normativa penitenciaria de rango legal. Incluso en algunos países de nuestro entorno cultural la regulación mediante norma con rango de ley se alcanza mucho más tardíamente. En Francia hasta la reciente ley n° 2009-1436 de 24 de noviembre de 2009<sup>80</sup>, la normativa penitenciaria ha recaído de manera predominante sobre textos reglamentarios<sup>81</sup>.

De forma totalizadora se produce una primera y más clara transgresión del principio de legalidad, en lo relativo a la reserva de ley, con lo concerniente a la ejecución de medidas de internamiento para menores. La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000 de 5 de enero), establece entre las distintas medidas posibles a aplicar a los menores infractores aquellas que impliquen internamiento (art. 7). La propia Ley declara en su articulado (art. 43) la vigencia del principio de legalidad para la ejecución de las medidas: “1. No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma. 2. Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen”.

Pese a la existencia en la Ley de un Título completo dedicado a la ejecución de las medidas (T.VII), sin embargo únicamente tienen como destino preciso la puesta en práctica de las medidas de internamiento en Centros de menores los preceptos del Capítulo III (Reglas especiales para la ejecución de medidas privativas de libertad) del mencionado Título. En el señalado Capítulo III exclusivamente se incluyen aspectos genéricos de la ejecución de las medidas, e incluso el art. 60 relativo al Régimen disciplinario se remite a la normativa reglamentaria. Incluye sí, el art. 60, las clases de sanciones pero no de infracciones que quedan por ello remitida a los reglamentos. Efectivamente el Reglamento de Responsabilidad de los Menores (RD 1774/2004 de 30 de julio) es el que establece buena parte del contenido de la ejecución de medidas privativas de libertad para menores en los arts. 23 y siguientes, en los que ya se especifican, por ejemplo los diversos regímenes de internamiento o los contenidos de las infracciones disciplinarias. A ello se añaden los posible Reglamentos sobre ejecución de medidas de internamiento para menores o Reglamentos de régimen interno de los Centros de menores de las Comunidades Autónomas. El que corresponda a las Comunidades Autónomas la ejecución de las medidas cautelares, las definitivas o la libertad vigilada de los menores no autoriza a la aprobación de normas de ejecución salvo las de régimen interno del Centro. En realidad tan sólo una Ley Orgánica puede regular los aspectos esenciales de las medidas de internamiento para menores –como en el caso de adultos-. El reglamento de la Administración General del Estado únicamente podría desarrollar lo previsto en la Ley y añadir aspectos complementarios no básicos. Igualmente, estimo que la adherencia del sistema penal, incluida la ejecución de las sanciones sea en adulto o en menores, a la ley expresa la única intervención del poder público en todas la fases del sistema penal: creación de delitos y penas, exigencia de responsabilidad en un proceso penal y, finalmente, ejecución de las sanciones<sup>82</sup>. Por ello se hace cuestionable la gestión privada –total o parcial- de centros penales, sean estos de adultos o de menores.

Pese a admitirse la necesidad de reserva de ley Orgánica en materia penitenciaria, el tradicional olvido de este sector así como la argumentación de necesidades prácticas de la vida en prisión de gran detalle más propias de un Reglamento que de una Ley ha llevado a ciertos sectores a relajar esta exigencia del principio de legalidad para la actividad penitenciaria. A ello ha contribuido también el art. 2 de la LOGP al mencionar los reglamentos como parte de los límites entre los que se debe desarrollar la actividad penitenciaria. De esta manera algunos autores se refieren la conjunto de normas que delimitarían la actividad penitenciaria como bloque de legalidad, en el que se incluiría el reglamento como parte de los elementos que fijan la ejecución penal aunque respetando ciertas condiciones<sup>83</sup>: que se trate de un reglamento ejecutivo o de mero desarrollo, que la ley contenga los aspectos esenciales de la ejecución de la pena y aquellos que afecten a derechos fundamentales, con remisión de la ley al reglamento expresa y precisa, incluyendo la ley criterios que permitan

80 Cuyo texto puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021312171&dateTexte=#>

81 Sobre ello CERÉ, J-P. “État actuel de l’application du droit pénitentiaire”. *Revue Pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, p. 29. Esta ausencia de normativización al máximo rango y de un control jurisdiccional auténtico ha llevado a situaciones de aislamiento de meses e incluso años (p. 33).

82 De la misma manera a como formula DIEZ RIPOLLÉS el principio de monopolio punitivo estatal, enunciado por este autor como uno de los integrantes de la racionalidad propia de la legislación criminal. *La racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta 2003, p. 162-3.

83 Así lo recoge CERVELLÓ DONDERIS. *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2006, p. 28. También sobre los criterios para evitar la deslegalización de la materia penitenciaria RIOS MARTIN, J.C. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, Coordinador). Colex 2005, p. 50 y ss.

controlar el desarrollo reglamentario por el poder ejecutivo. En definitiva el problema se transforma en los límites que no puede traspasar el Reglamento, teniendo en cuenta que no sólo se trata de un problema de contenidos y de garantías (los contenidos indelegables y la necesidad de remisión y de certeza), sino que está implicado un problema de legitimidad pues afecta al fundamento jurídico-político del principio de legalidad y en particular al principio de división de poderes. Por ello ARROYO<sup>84</sup> señaló que la remisión a una fuente secundaria resulta admisible si tiene su origen en la necesidad, siempre que la propia remisión y la fuente remitida satisfagan las exigencias de certeza. Determinación o taxatividad que sin embargo no justifica por sí misma la remisión a otra norma de rango inferior. Autor que entendió más adecuado que los aspectos de desarrollo se llevaran a una ley Ordinaria y no al reglamento, no pudiendo en todo caso afectar la regulación reglamentaria a aspectos relativos a las restricciones al derecho a la libertad.

En este contexto de regulación normativa mediante Ley Orgánica y Reglamento Penitenciario existen una serie de materias presentes en la norma reglamentaria que son cuestionables desde el ángulo de la necesaria reserva de Ley Orgánica. En este sentido se ha señalado que los aspectos de la ejecución penal vinculados a derechos fundamentales deben permanecer necesariamente en la Ley, como la protección de datos de carácter personal<sup>85</sup>, a lo que se dedica el capítulo III del Título I del Reglamento Penitenciario y, sin embargo, no se establece en la ley en forma alguna. También se produce incidencia de la regulación reglamentaria en el derecho fundamental a la libertad personal con materias como la libertad condicional (Capítulo I del Título VIII RP) que resultan indelegables por afectar a sus aspectos esenciales<sup>86</sup>. Igualmente tienen que ver con contenidos sustanciales del derecho fundamental a la libertad personal temas como el de la refundición de condenas, que deberían estar presentes de forma determinada o determinable en la Ley (Código penal o Ley penitenciaria) evitando múltiples dudas interpretativas y cambios en su aplicación<sup>87</sup>. Igualmente puede verse la necesidad de incorporar a la Ley la doble modalidad del régimen cerrado que se establece en el Reglamento, como indica TELLEZ<sup>88</sup>.

El régimen disciplinario ha sido destacado sistemáticamente como uno de las materias que incumplen la reserva de ley en materia penitenciaria. En la situación actual la LOGP establece el procedimiento disciplinario, la clasificación de las infracciones, así como las sanciones del régimen disciplinario penitenciario (Capítulo IV del Título II de la LOGP), pero no las infracciones mismas. Los hechos constitutivos de infracciones en el ámbito penitenciario, sin embargo, no se encuentran en la Ley sino en el Reglamento Penitenciario de 1981 (arts. 108, 109 y 110) subsistente en algunos preceptos y no en el vigente de 1996. Por ello la doctrina coincide mayoritariamente en la necesidad de que la Ley Penitenciaria sea la que recoja el catálogo de infracciones del régimen disciplinario penitenciario<sup>89</sup>. MAPELLI/TERRADILLOS<sup>90</sup> señalaron la lesión para el principio de legalidad que suponía la remisión al reglamento en materia sancionadora. Esta ausencia de las infracciones en la ley que ha sido calificada como deslegalización, habría sido justificada por el Tribunal Constitucional calificando de relaciones de especial sujeción la del interno con la Administración Penitenciaria, lo que permitiría relajar la exigencia de reserva de ley en este ámbito<sup>91</sup>. Pese a la admisión de la colaboración reglamentaria

84 "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 34 y ss.

85 Así TELLEZ AGUILERA, A. "La necesaria reforma de la ley penitenciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006) p. 382.

86 En este sentido ARROYO ZAPATERO, L. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 35-6.

87 Lo propone con razón TELLEZ AGUILERA, A. "La necesaria reforma de la ley penitenciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006) p. 382.

88 "La necesaria reforma de la ley penitenciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006) p. 382.

89 DE LA CUESTA/BLANCO indican la persistencia de algunos problemas pese al avance que en el reconocimiento y desarrollo de los principios que deben inspirar el régimen disciplinario supuso el Reglamento Penitenciario de 1996. "El sistema prisional en España". *Eguzkilore* n° 12 (1998), p. 257. CERVELLÓ DONDERIS. *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2006, p. 28. GARCÍA ALBERO en TAMARIT/G. ALBERO/R. PUERTA/SAPENA GRAU. *Curso de Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2005, p. 219 y ss. Tan sólo algunos autores estiman que si se acepta la reserva de ley en materia penitenciaria como reserva relativa al bloque de legalidad (en el que se integraría también el Reglamento Penitenciario) se salvaría la presencia de las conductas infractoras en el texto del Reglamento. En este sentido BUENO ARUS, F. "Garantía y límites de la actividad penitenciaria". En *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, Vol. 1°. Edersa 1986, p. 55.

90 *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 1990, p. 139-40.

91 GARCÍA ALBERO en TAMARIT/G. ALBERO/R. PUERTA/SAPENA GRAU. *Curso de Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2005, p. 219 y ss.

en materia sancionadora según lo dispuesto en el art. 129.3 de la Ley 30/1992 que fija los aspectos básicos del procedimiento sancionador, sin embargo, aquella no se puede extender a los aspectos fundamentales como es la determinación de las conductas infractoras<sup>92</sup>. Además lo que se produce es que el órgano competente para la imposición de las sanciones se fija reglamentariamente (Comisión Disciplinaria, art. 232.1 RP), producto de la remisión que en este aspecto efectúa la Ley Penitenciaria en su art. 44.1.

Para algunos autores además el que el órgano competente para la imposición de la sanción de aislamiento sea de naturaleza administrativa –y no judicial- viola la prohibición de imposición de sanciones privativas de libertad para la Administración Civil (art. 25.3). En este punto la teoría de las relaciones de especial sujeción habría permitido al propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 2/1987 de 21 de enero establecer un alcance distinto al principio de legalidad en materia penitenciaria<sup>93</sup>. Pese a lo indicado parece que el TC aborda el problema del aislamiento desde la perspectiva de la prohibición constitucional de tratos inhumanos. Con ese presupuesto el Tribunal va a manifestar que no existe contradicción con la Constitución de la mencionada sanción, en atención a varios factores: su carácter excepcional, las garantías de necesario respeto para su imposición así como la doctrina del TEDH en la materia, sin recurrir en realidad a la teoría de especial sujeción.

En este contexto también debe ponerse de relieve el problema que pueden representar las disposiciones e instrucciones no reglamentarias dictadas por la propia Administración Penitenciaria. El art. 21.1 de la LRJAE y PAC establece que “1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio”. Siendo, por tanto, legítimo que la Administración Penitenciaria dicte instrucciones internas para el cumplimiento de su actividad, no es menos cierta la peculiaridad de esta capacidad en un ámbito en el que se produce la restricción de derechos fundamentales y que afecta al principio de división de poderes. Si estos riesgos se producen ya con la misma posibilidad de regulación reglamentaria de la actividad, se incrementan los mismos con el recurso a este tipo de instrucciones, circulares u órdenes de servicio. En principio este tipo de disposiciones deben facilitar la organización interna de los servicios para ejecutar lo previsto en la Ley y Reglamentos, pero en la práctica se indica que “en no pocas ocasiones las Circulares e Instrucciones penitenciarias encubren verdaderos reglamentos”<sup>94</sup>. En el mismo sentido se apunta la gravedad de la determinación a través de estos instrumentos administrativos de ciertos aspectos del régimen de máxima seguridad o del procedimiento disciplinario<sup>95</sup>. Por tanto las circulares e instrucciones que puedan proceder de los Centros directivos no pueden tener otra aplicación que la de la organización interna de los servicios ni afectar a los derechos de los administrados, como también sucede con las normas reglamentarias que dicten las Comunidades Autónomas con competencias de ejecución ya que la legislación penitenciaria es competencia exclusiva del Estado (de acuerdo a lo previsto en el art. 149.1º.6ª de la Constitución)<sup>96</sup>.

Respecto a este tipo de instrumentos no normativos el Tribunal Supremo, en su sala de lo Contencioso-Administrativo, mediante Sentencia de 17 de marzo de 2009<sup>97</sup> ha anulado una Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre), por exceder del cometido de los Reglamentos administrativos o de organización y regular derechos y deberes, ámbito reservado a la

92 En este sentido TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 211.

93 Así FERNANDEZ GARCÍA, J. *Manual de Derecho Penitenciario* (BERDUGO/ZUÑIGA, coordinadores). Colex 2001, p. 130.

94 RIOS MARTIN, J.C. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, Coordinador). Colex 2005, p. 52.

95 DE LA CUESTA/BLANCO. “El sistema prisional en España”. *Eguzkilore* nº 12 (1998), p. 264. MAPELLI CAFFARENA, B. “El principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad”. *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*. Ministerio del Interior 2005, p. 41.

96 En este sentido BUENO ARUS, F. “Garantía y límites de la actividad penitenciaria”. En *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, Vol. 1º. Edersa 1986, p. 57.

97 RJ 2009\3085. También indica la resolución que “La plausible conveniencia de prestar el servicio con igualdad de criterio en todos los centros penitenciarios, a través de instrucciones y circulares de régimen interno, no permite completar las normas de control y prevención aplicables a los internos a través de tales reglamentos organizativos, que no pueden traspasar el umbral del funcionamiento del servicio y adentrarse en la regulación de los derechos y deberes de unos internos a los que la propia Instrucción incluye en un grupo determinado, aunque se diga que es a los meros efectos administrativos, ya que todo lo relativo a su clasificación y tratamiento está reservado a la Ley penitenciaria y al Reglamento que la desarrolla, cuya aplicación se ha de llevar a cabo a través de los concretos actos administrativos relativos a cada interno con el consiguiente control jurisdiccional”.

Ley. Se señalan vulnerados los principios de reserva de ley y jerarquía normativa pues “El apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, contiene normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y / o inadaptados, que afectan a los derechos y deberes de éstos, de manera que se excede del cometido y finalidad de los denominados «reglamentos administrativos o de organización» para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos, rodeados estos de unas garantías en su elaboración y requisitos de publicidad de los que aquélla carece, razón por la que la sentencia recurrida conculca los principios recogidos en los preceptos constitucionales invocados al articular ambos motivos de casación”.

Ayuna prácticamente de regulación se encuentra la medida de internamiento en centros educativos especiales<sup>98</sup>. Los supuestos de exención de responsabilidad penal con base en las previsiones del art. 20.1º (anomalías o alteraciones psíquicas) y 20.3º (anomalías en la percepción desde el nacimiento o la infancia), conllevan de cometerse un hecho punible en tales situaciones el internamiento en centros educativos especiales, de acuerdo a lo señalado en el art. 96.2.3º del Código penal. El recurso a la medida de internamiento requiere la necesidad de la misma y que la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido fuera privativa de libertad. Únicamente el Reglamento Penitenciario menciona los Centros de Rehabilitación Social para señalar que la Administración Penitenciaria celebrará los Convenios necesarios para la ejecución de las medidas de seguridad previstas en el Código penal (art. 182.3 RP). De esta forma se carece de previsión normativa sobre la estructura y funcionamiento de los Centros de Educación Especial, que genera una situación jurídica compleja para estas medidas de seguridad, algo próximo a un limbo jurídico<sup>99</sup>, lo que en materia penal contradice las exigencias del principio de legalidad.

IV.3.b. Exclusión de la analogía en la ejecución penal. Hemos señalado anteriormente la exigencia de *lex stricta* en el ámbito penal y por tanto también en el penitenciario. Esto significa que el recurso a la analogía queda proscrito tanto en las restricciones generales para la vida en prisión como para las condiciones del régimen penitenciario concreto aplicable e igualmente en lo que hace referencia al sistema disciplinario. Desde este punto de vista no puede recurrirse a un procedimiento de semejanza con otras previsiones normativas para aquello que no se encuentre positivamente reflejado en la normativa<sup>100</sup>. El Reglamento Penitenciario señala en su art. 232.2 que “Queda prohibida la aplicación analógica”, se entiende que en cuanto a las infracciones sancionables y a las propias sanciones a aplicar en el marco de la responsabilidad disciplinaria de los reclusos.

El propio Tribunal Constitucional establece respecto a un caso de sanción disciplinaria a un interno la imposibilidad de sancionar comportamientos no previstos en la norma aunque resulten similares a los que sí contempla, pues “este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla” (STC 138/2004 de 13 de septiembre<sup>101</sup>). De manera que admite como una de las posibles infracciones del principio de legalidad la aplicación vía analogía de una infracción: “Puede suceder de hecho que la motivación de la resolución revele un entendimiento de la norma aplicada contrario al art. 25.1 CE en cuanto constitutivo de una extensión in malam partem o analógica de la misma”. Por ello también “existirá una vulneración del principio de legalidad, no sólo cuando el órgano judicial en su resolución debidamente motivada extiende la aplicación del tipo sancionador a un supuesto de hecho manifiestamente ajeno al sentido de los elementos que integran aquél, sino también cuando, prescindiendo de toda motivación y por una decisión meramente voluntarista, se priva a la sanción del sustento que le exige el principio de legalidad. En ambos casos se produce una vulneración de este derecho fundamental reconocido en el art. 25.1 de la Constitución”.

98 Problemática que pone de relieve DE MARCOS MADRUGA, F. “El Centro de Educación especial del CP de Segovia”. *La participación del Juez de Vigilancia en la ejecución penal*. 2009, p. 5 y ss.

99 Así lo califica DE MARCOS MADRUGA, F. “El Centro de Educación especial del CP de Segovia”. *La participación del Juez de Vigilancia en la ejecución penal*. 2009, p. 7.

100 El Tribunal Constitucional alemán excluyó por este motivo –en Sentencia de 31 de mayo de 2006– la aplicación de la normativa de la Ley penitenciaria de adultos al ámbito de los jóvenes. DÜNKEL, F./VAN ZYL SMIT, D. “Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania”, p. 212.

101 RTC\2004\138.

Acabamos de indicar lo especialmente relevante de la exclusión de la analogía en cuanto a las infracciones disciplinarias que deben estar recogidas en la ley y además con la suficiente precisión y nunca creadas por un procedimiento de analogía. En este sentido la infracción (Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981) del art. 110 (faltas leves) en su letra f puede contener –al menos parcialmente– el recurso prohibido a la analogía. El precepto señala que constituye infracción leve “Cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia y no esté comprendida en los supuestos de los art. 108 y 109, ni en los apartados anteriores de este artículo”. Aparte del problema de concreción, planea el riesgo de la analogía, pues se plantea como una infracción de recogida, pensada para establecer como infracción conductas no previstas pero se semejante gravedad. Es cierto que se vincula la misma a la existencia de incumplimiento de deberes y su repercusión en la vida regimental pero con la evidente abstracción que se desprende de su redacción. No es inconveniente la analogía si favorece a quien se le aplica este método. Esto sucede en el régimen de recompensas penitenciarias, entre las cuales el Reglamento Penitenciario incluye “g) cualquier otra recompensa de carácter análogo a las anteriores que no resulte incompatible con los preceptos reglamentarios” (art. 263).

IV.3.c. La certeza de la Ley en el sistema penitenciario. La garantía penal y penitenciaria incluye el llamado mandato de certeza o taxatividad, conforme al cual la ley debe no sólo recoger las infracciones y sus sanciones, así como otro género de restricciones posibles, sino que deben establecerse de una manera suficientemente precisa. Este mandato de certeza afecta por supuesto a la existencia misma de las penas, su aplicación y ejecución<sup>102</sup> y a las condiciones conforme a las cuales se ponen en práctica. En efecto, este principio de taxatividad “es de aplicación no sólo en el tipo en sentido estricto, donde está descrito el comportamiento punible, sino también en los otros niveles del sistema de delito, especialmente en el ámbito de las consecuencia jurídicas del delito”<sup>103</sup>. Es cierto, sin embargo, que por razones de prevención especial y en cuanto no perjudique al reo se permite y se suele admitir una mayor flexibilidad en lo que se refiere a la fijación legal de las penas y su ejecución<sup>104</sup>.

En cuanto a las penas y su duración, problema que no sólo afecta a la legislación penitenciaria, también tiene que dar respuesta el sistema penal a esta problemática desde el punto de vista de su determinación o determinabilidad. La previsión legal de las penas ya implica la necesidad de establecerse en condiciones que respeten el principio de legalidad. Su inclusión en la Ley en términos excesivamente vagos o con duraciones demasiado amplias parecen contradecir los postulados básicos del principio<sup>105</sup>. Es cierto que las ideas de tratamiento y resocialización han introducido en el sistema penal una creciente indeterminación, de forma que se constata una distancia cada vez mayor entre la pena prevista en la ley, la pronunciada por el Juez y la realmente cumplida por el condenado<sup>106</sup>. Durante la fase de ejecución se admite la intervención que puede condicionar la pena, produciéndose un desfase entre la establecida en la sentencia y la cumplida por el condenado de manera efectiva, por lo que aquella se convierte en un mero instrumento técnico de referencia<sup>107</sup>. FERRAJOLI<sup>108</sup> se pregunta por la función de un sistema penal escindido entre severas previsiones penales en la ley y la sistemática reducción en sede de ejecución. Este autor está ya queriendo anticipar su visión cuando habla por una parte de severidad penal de la ley y en la imposición de la pena, frente a la indulgencia y moderación de las penas efectivamente cumplidas. Para FERRAJOLI la única posible explicación se encontraría en un programa de política penal, en mayor o menor medida consciente, por el que se persiguen dos finalidades no explícitas. Por una parte la función ejemplificante atribuida de hecho sustancialmente a la imposición de la condena, adquiriendo así un perfil nítidamente simbólico y, por otra, los poderes disciplina-

102 BARQUIN SANZ, J. “Sistema de sanciones y legalidad penal”. Revista del Poder Judicial nº 58 (2000), p. 172.

103 SÜSS, F. “El trato actual del mandato de determinación”. *La insostenible situación del Derecho Penal* (AAVV). Comares 2000, p. 226.

104 En este sentido ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Fundamentos de Derecho penal*. Universidad de Granada 1990, p. 217.

105 ÁLVAREZ GARCÍA lo ilustra muy bien con el caso del delito de incendio en la legislación penal española, cuya previsión legal ya prevé una pena con diez años de diferencia entre el mínimo y el máximo. Teniendo en cuenta los tipos atenuados la oscilación de la pena es todavía mayor. *Sobre el principio de legalidad*. Tirant lo Blanch 2009, p. 35-36. Al respecto el autor mencionado no duda en señalar que las exigencias en la fijación de la pena por el Ordenamiento Jurídico son de determinación y no de mera determinabilidad.

106 AGARD-PEANO, M.A. “Le principe de la légalité et la peine”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, nº 2 (2001)), p. 293.

107 AGARD-PEANO, M.A. “Le principe de la légalité et la peine”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, nº 2 (2001), p. 296

108 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2005, p.407 y ss.

rios que estas facultades otorgan a las instituciones penales, asumiendo así un carácter negocial la privación de libertad<sup>109</sup>, dependiendo la aplicación de ciertos efectos beneficiosos para el condenado de juicios de valor sobre su conducta y personalidad. En definitiva para FERRAJOLI<sup>110</sup> el sistema de pena flexible, con unas previsiones y condenas innecesariamente duras, proporciona un poder desmesurado e incontrolado, lo que le lleva a efectuar una acusación realmente gruesa: “la pena cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente porque el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de su irrogación, se prorroga durante todo el curso de su aplicación”. Con la consecuencia añadida además de que el sistema de pena flexible y de alternativas a la pena se percibe por los ciudadanos como una abdicación no aceptable de la función aflictivo-retributiva de la pena<sup>111</sup>.

Aun cuando no se puede renunciar a un margen de maniobra en la fase de ejecución que permita adaptar la ejecución a las necesidades tratamentales del sujeto individual, será necesario conseguir un equilibrio con la existencia de previsiones normativas que permitan hacer calculable la duración de la condena así como evitar incertezas fundamentales en la ejecución penitenciaria. Incluso contando con el límite máximo de tiempo de condena que puede haber quedado fijado en la sentencia, cosa que no siempre sucede<sup>112</sup>, no puede privarse de poder efectuar un cálculo siquiera aproximado de la duración efectiva de la prisión para el interno. En todo caso tampoco resultan admisibles las situaciones en las que una pena grave, con imposición por un Tribunal penal de la condena severa –conforme a las previsiones legales- quede en breve tiempo en un régimen penitenciario que implique de hecho libertad o semilibertad (tercer grado, libertad condicional). Esta disparidad fundamental entre la pena establecida en la ley, la impuesta en sentencia y la permanencia efectiva en el establecimiento penal –hablamos de privación de libertad-, no es, por supuesto, coherente. Es incoherente aun cuando se quiera señalar que en realidad desde el punto de vista jurídico el tercer grado o la libertad condicional siguen formando parte de la ejecución de la pena. Ciertamente la pena de prisión debe tener un contenido material de privación de libertad mínimo para que podamos hablar de la misma. Claro está que nos referimos a aquellos casos en los que hemos dicho existe un salto cuantitativo de gran magnitud (y por ello cualitativo) entre la duración de privación de libertad establecida, la consignada en la resolución judicial y la que efectivamente –materialmente- se lleva a cabo por medio de la aplicación de recursos –regulares o no- de la Administración Penitenciaria; de varios o muchos años de privación de libertad puede transitarse a unas pocas semanas de permanencia en prisión. Este tipo de procedimientos resultan ajenos al respeto al principio de legalidad pues –no lo olvidemos- las sanciones asociadas a un hecho delictivo, la pena impuesta por el Tribunal que enjuicia los hechos y el cumplimiento de las mismas integran un mismo sistema de consecuencias jurídicas del delito, pese a las diferencias y significados propios de cada una de las fases.

Es cierto que estas situaciones han tratado de ser controladas mediante los periodos de seguridad de los arts. 36.2 y 78 del Código penal, pero precisamente la reforma del art. 36.2 del Código penal español mediante LO 5/2010 de 22 de junio, ha vuelto a hacer posible la clasificación en tercer grado del penado con anterioridad al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, salvo supuestos excepcionales. Si pudiéramos en alguna situación llegar a considerar que lo más adecuado fuera en un caso un cumplimiento mínimo pese a la gravedad de la pena en la ley y de la condena, lo más razonable sería pensar que el defecto se encuentra en las previsiones de la ley que debe ser reformada, pues ciertamente suele incorporar penas innecesariamente severas. En último extremo parece más acertado y coherente, en hipotéticos casos excepcionales, la aplicación del indulto.

109 Llega a decir este autor del condenado que “una vez encarcelado él no tiene una pena cierta que cumplir, sino un mañana incierto que deberá contratar día a día con sus carceleros”. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2005, p. 409.

110 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2005, p. 408.

111 FIORENTIN, F. “Cosa resta della pena? La certezza Della pena nella fase dell’ esecuzione penale”. *Cassazione penale* n° 3 (2008), p. 887. Autor que entiende necesario un replanteamiento de la ejecución penal sobre presupuestos diferentes, especialmente el que se considere como única vía para la reinserción social el acceso a beneficios penitenciarios que comporten riesgos que deba asumir la sociedad. Estima que debe tomarse en consideración que la finalidad constitucional de resocialización debe ser ponderada con otros bienes constitucionalmente protegidos (p. 891). De esa manera se debe llegar a una serie de condiciones estables en la ley a través de las cuales la flexibilidad de la pena se haga aceptable para la sociedad (p. 887).

112 Véase lo relativo a las medidas de seguridad en el caso italiano, cuyo cumplimiento máximo no está prefijado y puede ser prorrogado por el Juez. Cfr. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2005, p. 780 y ss.



También el art. 78 del CP concede amplios poderes al juzgador para una aplicación restrictiva de los beneficios penitenciarios, la libertad condicional y el tercer grado penitenciario<sup>113</sup>. La ausencia de criterios legales suficientes y claros ha permitido cambios jurisprudenciales controvertidos y de gran repercusión mediática como el de la STS de 28 de febrero de 2006. La existencia del cambio de jurisprudencia con la misma regulación legal –al margen de los argumentos sobre el problema de fondo– pone ya de manifiesto la inexistencia de una regulación que permita reconocer los criterios necesarios para la aplicación de los beneficios penitenciarios a quien ha sido condenado a múltiples penas. Problema central que redundando en la determinación del momento de la liberación y de la duración efectiva de la pena, es decir, vinculado al derecho a la libertad del art. 17 de nuestra Constitución. Independientemente de la discusión sobre los criterios más acertados para los casos de ejecución de múltiples penas, se hace evidente el vacío legal real sobre un problema central y que afecta al derecho fundamental a la libertad, por lo que puede apreciarse una deficitaria realización del principio de legalidad ante esta “clamorosa falta de previsión legislativa en relación a un problema central de política criminal cual es el del tratamiento sancionatorio adecuado del delincuente habitual peligroso de criminalidad media y grave”<sup>114</sup>. Igualmente sucede con la determinación que se hace necesaria en el caso de refundición de condenas<sup>115</sup>.

También presenta problemas desde el ángulo de la determinación normativa las posibles limitaciones regimentales en situaciones particulares previstas en el art. 75 del Reglamento Penitenciario. En el número primero del artículo se señalan de forma amplia las distintas posibles procedencias de limitaciones regimentales: aseguramiento de la persona, seguridad y orden del establecimiento, tratamiento y grado de clasificación. Los Jueces de Vigilancia han pedido que no se incluyan entre las mismas las que se consideran sanciones en la normativa. El número segundo del precepto indicado establece posibilidad de que se adopten medidas restrictivas, más allá de las ordinarias, por razones de seguridad para el interno bien a petición propia o a iniciativa oficial mediante resolución motivada, dando cuenta al Juez de Vigilancia. Lo cierto es que tales limitaciones regimentales suplementarias no se encuentran definidas en modo alguno ni se encuentran respaldadas por la Ley.

Otro ámbito en el que tiene su aplicación es el del régimen disciplinario por cuanto la reserva de ley no sólo obliga a establecer previamente las infracciones y sus sanciones sino que las mismas se encuentren formuladas con suficiente claridad. A este respecto se ha destacado bien la coincidencia de las conductas infractoras con hechos delictivos, el recurso excesivo a conceptos jurídicos indeterminados o de tipos abiertos en la descripción de las acciones u omisiones sancionables, así como –en ocasiones– la falta de distinción clara entre los hechos constitutivos de infracciones graves y los de las infracciones muy graves<sup>116</sup>. Las disposiciones generales que remitan a ciertos incumplimientos de deberes no resultan aceptables si tales deberes no están definidos en la Ley<sup>117</sup>.

Desde hace tiempo resulta controvertido el fundamento de la necesidad de determinación de la ley penal en la posibilidad de que el ciudadano pueda conocer con nitidez los hechos que le están permitidos y aquellos que se encuentran sancionados<sup>118</sup>. Se duda, por parte de algunos sectores, de la capacidad real de la norma para cumplir con una función real de advertencia efectiva a los ciudadanos sobre qué clase de conductas resultan punibles. En ocasiones son razones de tipo práctico las que se esgrimen, como el conocimiento general necesariamente poco preciso de las normas penales por los ciudadanos<sup>119</sup>, la imposibilidad de conocimiento

113 BARQUIN SANZ, J. “Sistema de sanciones y legalidad penal”. *Revista del Poder Judicial* n° 58 (2000), p. 180 y ss.

114 SANZ MORAN, A.J. “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios”. *Revista de Derecho Penal* n° 18 (mayo 2006), p. 42-3.

115 TÉLLEZ AGUILERA, A. “La necesaria reforma de la ley penitenciaria”. *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006), p.382

116 TÉLLEZ AGUILERA, A. “La necesaria reforma de la ley penitenciaria”. *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006), p. 379-80.

117 DÜNKEL, F./VAN ZYL SMIT, D. “Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania”, p. 222.

118 Véase SILVA SANCHEZ, J.M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch editor, 1992, p. 256-7. Favorable a entender que la predeterminación pueda realizar una función motivadora al ser conocido por el ciudadano medio la conducta objeto de sanción, S. HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, p. 39-40.

119 SCHMIDHÄUSER, E. *Form und Gestalt der Strafgesetze*, Vandenhoeck & Ruprecht 1988, p. 49.

de los detalles de la tipicidad y el sentido preciso de los términos típicos<sup>120</sup>, pero en otra veces resulta del desánimo que produce en los juristas la aplicación –o, mejor- la no aplicación de esta perspectiva por los Tribunales Constitucionales<sup>121</sup>. En todo caso para el ámbito penitenciario, por sus características peculiares, el planteamiento de esta problemática es otra bien distinta. No deja de ser cierta la complejidad mayor de nuestra sociedad y de las dificultades para entender precisa la certeza de las leyes penales en virtud del necesario conocimiento de las conductas allí castigadas por los ciudadanos. Esta necesidad se pone en cuestión debido a la capacidad material, real, de acceso a las mismas, su mayor extensión en diversidad de normas y en número de conductas sancionadas, así como la elevación de la complejidad técnica. Pero para el caso del ciudadano privado de libertad los intereses son mucho más definidos, la normativa más concreta y accesible por lo que sin duda su conocimiento será mucho mayor y preciso, no pudiéndose dejar de reconocer el que –al menos como uno de los motivos- la racionalidad de la necesidad de precisión de la normativa penitenciaria se encuentra en el hecho de que al interno le sea posible conocer con suficiente claridad las condiciones legales de su vida en prisión.

IV.3.d. La irretroactividad de las normas penitenciarias. Si aplicamos al ámbito penitenciario las mismas garantías que son propias del general principio legalidad debe excluirse la aplicación retroactiva de las normas. Desde el punto de vista de la retroactividad o, mejor, de la irretroactividad de las disposiciones se han planteado algunos problemas en la ejecución penal. Con la reforma del año 2003 se introduce el requisito de haber satisfecho el penado la responsabilidad civil originada con el hecho delictivo para poder acceder al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional. Pero además la mencionada reforma introducida en la Disposición transitoria Única de la Ley Orgánica 7/2003 establece que esta previa exigencia será aplicable desde la entrada en vigor de la norma pero con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos con los que tenga relación. Inicialmente puede indicarse que incluso la misma aplicación de criterios de satisfacción de la responsabilidad civil en la determinación de la clasificación penitenciaria se presenta como algo ajeno a lo que representa el monopolio punitivo del poder público<sup>122</sup>. Pero además, este monopolio, como sucede con la ley como origen del Derecho penal en cuanto expresan el interés general, impide que los directamente afectados por el delito, las víctimas determinen la pena o controlen su ejecución. En coherencia con la preeminencia de la voluntad general la concreta víctima no tiene atribuidas funciones respecto a la situación penitenciaria del sujeto activo. Naturalmente que estas apreciaciones no tienen que ver con la necesidad de verse realizada la responsabilidad civil, que debe ser lograda en mayor medida a lo que sucede en ocasiones, sino con los efectos que la misma pueda producir en el terreno de la responsabilidad penal y su puesta en práctica.

Aparte de la naturaleza diversa de la responsabilidad penal y la de carácter civil no deja de señalarse la necesidad de irretroactividad también de las normas de ejecución. Frente a las posibles opiniones contrarias a la irretroactividad de las normas de ejecución penitenciaria se destaca la incidencia de estas normas tanto en el ámbito de las garantías del ciudadano como en el cumplimiento de las finalidades asignadas a las normas penales. “no se puede considerar la importancia de la de la irretroactividad desde una óptica de seguridad jurídica y no son escindibles en el marco de la prevención general la tipificación de una conducta y la amenaza penal y su ejecución”<sup>123</sup>. De este modo se afirma la operabilidad de las garantías del principio de legalidad en el ámbito penitenciario y la imposibilidad de romper la unidad del sistema penal que sirve

120 SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?”. *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*. (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, Directores), (MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Coordinadora). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha 2007, p. 69

121 Este parece ser el caso de TIEDEMANN respecto a las resoluciones del Tribunal Constitucional alemán, el cual reconoce el mandato de certeza de la ley penal como un derecho subjetivo fundamental y señala que la punibilidad de la conducta debe ser comprensible para el ciudadano desde el contenido de la ley, y no únicamente desde las normas no penales que puedan estar vinculadas al hecho punible, pero en definitiva termina decidiendo que el ciudadano pudo reconocer el riesgo de que la conducta fuera punible a partir de la interpretación de los conceptos generales del tipo penal. “Constitución y Derecho Penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 33 (1991), p. 162-3.

122 En el sentido que, entiendo, menciona DIEZ RIPOLLÉS lo que denomina principio de monopolio punitivo estatal como uno de los integrantes de la racionalidad del sistema penal. *La racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta 2003, p. 162-3. También señalando lo ajeno de esta exigencia con el pronóstico de resocialización IGLESIAS RIO, M.A. “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”. *Revista Jurídica de Castilla y León* n°6 (2005), p. 29-30.

123 MAPELLI, CAFFARENA, B. “El principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad”. *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*. Ministerio del Interior 2005, p. 42.

a unos mismos fines. Efectivamente resulta contrario a la garantía de irretroactividad la aplicación de las nuevas condiciones a quienes cumplían los requisitos de acceso al tercer grado o a la libertad condicional con anterioridad al 1 de julio de 2003 ni puede ser revocado a quienes ya se encontraran en dichos periodos, como afirma IGLESIAS RIO<sup>124</sup>. Autor que también señala claramente el carácter sustantivo de las normas de acceso al régimen de semilibertad y a la libertad condicional, y no procesal, pues redundan indudablemente en la ampliación o restricción de la libertad y se vincula a la finalidad resocializadora<sup>125</sup>.

Por otra parte, también se ha planteado el problema de la irretroactividad en cuanto a las modificaciones de la doctrinal jurisprudencial sobre refundición de condenas. Afecta al problema más general sobre la posible prohibición de retroactividad de las decisiones judiciales, es decir, si a las resoluciones de los Tribunales también alcanza la prohibición de retroactividad. A propósito de la STS de 28 de febrero de 2006, en la que se decidió sobre la forma de cómputo en caso de múltiples condenas para aplicar los beneficios penitenciarios, se ha debatido sobre el problema<sup>126</sup>. Existe una tendencia general según la cual las decisiones de los Tribunales afectan a la interpretación de la ley pero no a la ley misma, por lo que no resultaría de aplicación la garantía propia del principio de legalidad, siendo posible su aplicación retroactiva. Sin embargo, si se toman en cuenta los efectos materialmente desfavorables y sobre la base de que la finalidad de la prohibición de retroactividad tiene que ver con la evitación de cambios imprevistos que afecten a su seguridad jurídica, se podría también estimar que también debería extenderse a las resoluciones judiciales.

## V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES.

Ha quedado en evidencia en lo dicho en las páginas anteriores la unidad sustancial del sistema penal en lo que hace referencia a la ejecución, imposición y conminación legal de las penas. A estas, por otra parte diversas fases, resultan extensibles coherentemente las garantías y contenidos del principio de legalidad. La trascendencia del respeto al principio de legalidad en la fase de ejecución resulta no sólo de la importancia de las formas en un Estado de Derecho, sino de su radical vinculación con el *status libertatis* del ciudadano, restringido pero no eliminado en el ámbito penitenciario, así como con el fundamento de la capacidad del poder público de determinar, imponer y ejecutar sanciones.

No sólo se trata por tanto de los límites que el principio impone en la forma de ejecutar las penas, sino de las condiciones que legitiman la aplicación de las mismas. Por eso el principal asidero de la Administración Penitenciaria y de cuantos ejercen la destacada función de la ejecución penitenciaria es la misma Ley. El principio de legalidad al desplegar sus funciones introduce criterios político-criminales<sup>127</sup>, externos, en cuanto hace depender la validez de la ejecución penal de su conformidad con criterios previos, generales y exteriores a la norma misma (reserva de ley, prohibición de retroactividad, de analogía y de derecho no escrito, mandato de certeza y, en definitiva, una aplicación cierta y estable de la ejecución penal y penitenciaria). Todo ello no impide la aplicación flexible y adaptada de las penas pero sí exige la coherencia, equilibrio de funciones y límites en la individualización penitenciaria.

La afirmación normativa y práctica de las garantías propias del principio de legalidad no deben entenderse como contrarias a la necesaria eficacia del sistema penal y penitenciario. A lo sumo hacen más compleja la labor penitenciaria que precisará una mejor y más elaborada normativa y puesta en práctica, pero no necesariamente menos eficaz y sí más valiosa.

124 “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”. *Revista Jurídica de Castilla y León* n°6 (2005), p. 30.

125 IGLESIAS RIO, M.A. “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”. *Revista Jurídica de Castilla y León* n°6 (2005), p. 32.

126 Véase al respecto SANZ MORAN, A.J. “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios”. *Revista de Derecho Penal* n° 18 (mayo 2006), p. 34 y ss.

127 En este sentido se pronuncia distintos autores. “El principio de legalidad penal constituye, sin lugar a dudas, un importante límite externo al ejercicio monopolístico del *ius puniendi* por parte del Estado”. HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, p. 14. BERGALLI lo reconoce como un elemento de control del poder desde una óptica jurídico-política. “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad” *Jueces para la Democracia* n° 32 (1998), p. 62.