

LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA

RAQUEL BENITO LÓPEZ*

A Manuel, por enseñarme que lo realmente importante sólo es visible con el corazón, y a Álvaro nuestro hijo, por recordármelo cada día.

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS. II. EL VIGENTE MARCO JURIDICO DE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA; 1. El Estado de Derecho y la contradictoria pervivencia de la teoría de las relaciones de especial sujeción; 2. El artículo 25.2 de la Constitución española. La finalidad resocializadora de la pena de prisión. El valor de los derechos fundamentales dentro de la relación jurídica penitenciaria. Las fuentes de restricción de los derechos fundamentales del recluso; III. CONCLUSIONES; IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. CUESTIONES PREVIAS

Si toda relación jurídica se caracteriza por ser una relación que se da entre dos o mas sujetos de derecho, surgiendo obligaciones y derechos recíprocos, ¿por qué en el ámbito

* Profesora Asociada de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. Letrada del Servicio de Orientación Jurídica Penitenciaria y Abogada del Turno de Oficio Penitenciario del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Correo electrónico: raquel.benito@uam.es

penitenciario las obligaciones recaen en su mayoría del lado del preso, anulándose incluso los derechos más fundamentales?

Cuando una persona ingresa en prisión, bien en calidad de detenido, bien en calidad de preso preventivo o bien en calidad de condenado, surge una relación jurídica entre el recluso y la Administración penitenciaria. Tradicionalmente hemos estado acostumbrados a que el preso fuera un sujeto de obligaciones más que un sujeto de derechos frente a la Administración, quien ha ostentado las mayores prerrogativas para alcanzar estrictos fines de seguridad, sin importar para ello el sacrificio de los derechos fundamentales. Muestra de tal situación ha sido y sigue siendo la calificación de la relación jurídica penitenciaria, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, como una relación de especial sujeción, con todas las connotaciones negativas que ello conlleva para el actual estatuto jurídico del recluso. Pero más paradójico resulta que dentro de un Estado que presume de Social, Democrático y de Derecho como el nuestro se continúe calificando a la relación jurídica penitenciaria, como una relación de especial sujeción, y en base a la cual se justifiquen las quebras de los principios y garantías propios de un Estado de Derecho, para el caso concreto del preso.

La *teoría de las relaciones de especial sujeción*¹ surge en la época de la monarquía constitucional alemana a lo largo del S. XIX, –atribuyéndose a O. MAYER su teorización– conforme a una estructura dualista se diferenciaba entre ; las relaciones Estado-ciudadano, o sea las relaciones del Estado con el exterior, y las relaciones Estado-servidores es decir las internas.

Dentro de esta última esfera –las internas– es donde surgen las *relaciones de especial sujeción*, según las cuales determinadas personas –*presos, funcionarios, militares y estudiantantes*– que mantienen una relación jurídica con la Administración tendrían un *estatus especial* caracterizado por una dependencia intensificada con la Administración en base a la cual ésta tiene una capacidad prácticamente ilimitada para alcanzar sus objetivos. Desde tales presupuestos, tal teoría presenta tres problemas principales² ; la validez del principio de legalidad, la validez de los derechos fundamentales y la protección de los derechos fundamentales. Llevándonos a la conclusión de que desde tal postura los derechos fundamentales así como la Reserva de Ley no tendrían ninguna validez dentro de la mencionada teoría. En consecuencia F. TEZNER³ llegó afirmar «*que las relaciones de especial sujeción representaban un bastión del Estado absoluto en el contexto de un Estado constitucional*».

¹ Esta expresión es la traducción en castellano de la expresión alemana *Bensondere Gewaltverhältnisse*, ya que fue la doctrina alemana la primera en analizar este tipo de relaciones que se daban en la práctica y en realizar una construcción jurídica al respecto, la cual sería importada al sistema español hacia mediados del siglo pasado, y estudiada en profundidad en España por vez primera por GALLEGU ANABITARTE, A., «Las relaciones de especial sujeción y el principio de legalidad de la Administración» en *Revista de Derecho Público*, nº 34, 1961, pp. 11 y ss.

² Vid. GALLEGU ANABITARTE, A., ob. cit. en nota 1.

³ Vid. GARCÍA MACHO, R., «Entorno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción», *Revista de Estudios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1989, menciona a F. TEZNER, «Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden», 1924.

Con la entrada en vigor de la Ley Fundamental en Alemania, se consagra la validez de los derechos fundamentales en la esfera de los *estatus especiales*⁴. Eso significaba que una limitación sobre cualquier derecho fundamental sólo sería válida si está reconocida al máximo nivel constitucional.

En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 14 de marzo de 1972⁵ (BverfGe 33,1), expresamente manifiesta que los derechos fundamentales de los presos, sólo pueden restringirse sobre la base de una Ley. Con dicha resolución del Alto Tribunal Alemán, deja a un lado la teoría de las relaciones de especial sujeción para declarar que no sería constitucional una limitación de derechos fundamentales de la persona en base a una norma de rango administrativo orientada ya sean los fines de la pena, ya los del Establecimiento penitenciario. No obstante el Alto Tribunal señaló un plazo de transición, que no fue bien acogido por la doctrina⁶, en el que todavía se permitían ciertas restricciones a los derechos fundamentales de los presos sin cobertura legal (...)»*cuando fuera imprescindible para el cumplimiento de la pena o para ejecutarla ordenadamente*»(...) pasado dicho plazo el legislador debería desarrollar legalmente la nueva posición mantenida en la sentencia.

Mientras en Alemania observamos un abandono progresivo de la teoría de las relaciones de especial sujeción, en España por el contrario procederemos hacia mediados del siglo XX, a una recepción de dicha ficción jurídica en su dimensión más clásica. La respuesta a tal paradoja se encuentra sin duda en el régimen dictatorial que regía en nuestro país. La teoría de las relaciones de especial sujeción encontró el caldo de cultivo perfecto para su acomodo, en un país como el nuestro, en el que todavía no estaban garantizados, ni la división de poderes, ni el imperio de la Ley, ni los derechos fundamentales, ni ningún tipo de garantía para hacerlos efectivos, y a través de tal categoría se encontró la fórmula perfecta para mantener ciertos espacios al margen del Derecho, con una «aparente cobertura jurídica». A ello se sumó además la práctica jurisprudencial del Tribunal Supremo, que lejos de controlar tal actuación por parte de la Administración, contribuyó a su consolidación en los sectores donde tradicionalmente se había aplicado –funcionarios⁷, militares, presos⁸ y estudiantes⁹ –,

⁴ Vid. Art. 1º -3 de la Ley Fundamental de Bonn, que vincula a todos los poderes públicos, también el Ejecutivo.

⁵ Vid. BverfGe 33, 1 pp. 1 y ss. Para una recesión de la sentencia vid. STARK, «Anmerkung zum Beschluss des BverfGe vom 14-3-72», en *Juristenzeitung*, 1972, pp. 360-362.

⁶ Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «Las relaciones de especial sujeción y el sistema penitenciario», *Revista de Estudios Penales y Penitenciarios*, tomo XVI, 1993, donde cita a HESSE, K., *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12ª ed., Karlsruhe, 1980.

⁷ Vid. STS 20-05-1970, el Tribunal Supremo español se apoya en la situación especial de los funcionarios para justificar la imposición de sanciones por medio de un reglamento.

⁸ Vid. SSTS 23-02-1966, 13-04-1971, 23-04-1976, 31-03-1977 y 18-02-1980 entre otras, el Tribunal Supremo español dictó diversas resoluciones en materia penitenciaria, según las cuales hacía quebrar el principio de legalidad y amparaba la restricción de derechos fundamentales alegando simple y llanamente la teoría de las relaciones de especial sujeción.

⁹ Vid. SSTS 3-06-1968 y 18-10-1968, en ambas resoluciones emitidas dentro del ámbito estudiantil se sancionaba a diferentes estudiantes por vía reglamentaria por haber participado en manifestaciones y reuniones prohibidas según las autoridades académicas de la época.

ampliándola además a otros ámbitos donde esto no había sido así— promotores de vivienda¹⁰, colegios profesionales¹¹, espectáculos taurinos¹², detectives privados¹³, etc...—.

Pero más paradójico resultará aún que, tras la entrada en vigor de la Ley Fundamental de 1978, continúe la aplicación de la referida ficción jurídica, con el consiguiente menoscabo del principio de legalidad, la validez de los derechos fundamentales y la efectividad del control judicial, en la relación jurídica penitenciaria, como veremos a continuación

II. EL VIGENTE MARCO JURÍDICO DE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA

Para llegar a saber cuales son las actuales características de la relación jurídica penitenciaria, hemos de partir primero de las bases y principios del nuevo sistema constitucional instaurado en España, tras la Constitución de 1978. Lo cual acarreará importantes cambios tanto en la forma de Estado como de Gobierno, y por consiguiente en las relaciones jurídicas que se entablen dentro del mismo, consagrando; el principio de legalidad, la reserva de ley para regular los aspectos más importantes que afecten a los ciudadanos, la vigencia de los derechos fundamentales como eje vertebrador de la sociedad, y la instauración de unas garantías que garanticen la efectividad de los mismos.

En el ámbito penitenciario, tal transformación también se dejará sentir, por lo menos desde un plano teórico, con la aparición del art. 25.2 CE, donde de entrada se establecen los fines resocializadores de la pena, a la par que reconoce a favor del preso el disfrute de los derechos fundamentales, hechos a los que históricamente no estábamos acostumbrados. Sin embargo tal disfrute de derechos tendrá sus limitaciones, según el propio art. 25.2, en el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley. Asimismo por primera vez en la historia de la legislación penitenciaria, se aprobará una Ley con carácter orgánico para regular la ejecución de la pena de prisión¹⁴.

¹⁰ Vid. SSTS 6-04-1970 y 2-11-1972.

¹¹ Vid. SSTS 23-12-1976 y 23-01-1978.

¹² Vid. SSTS 20-03-1973 y 23-04-1974.

¹³ Vid. SSTS 23-03-1977.

¹⁴ La doctrina de manera reiterada había puesto de manifiesto la necesidad de una Ley específica donde regular la ejecución de la pena de prisión y definir en detalle el estatuto jurídico del recluso, por entender que ni el código Penal, ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal, eran los lugares adecuados para hacerlo. Durante el mes de febrero de 1978, se llevaron a cabo en el Ministerio de Justicia los trabajos de elaboración de la nueva Ley, teniendo en cuenta las más modernas tendencias penitenciarias. El proyecto fue aprobado por unanimidad en ambas Cámaras, y el 26 de septiembre de 1979 es publicada con el título de «Ley Orgánica General Penitenciaria» –LOGP–, siendo con ello la primera Ley de carácter orgánica que se aprueba en el Parlamento español tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

Por lo tanto para analizar el vigente estatuto jurídico del recluso debemos partir en primer lugar del análisis del Estado Social, Democrático y de Derecho, que sentará las premisas básicas de los principios y garantías a tener en cuenta dentro de cualquier relación jurídica surgida dentro del mismo, para matizarlo con lo dispuesto a nivel concreto, para el caso de los reclusos, en el art. 25. 2 CE, así como con lo dispuesto en la vigente Ley Orgánica General Penitenciaria.

1. El Estado de Derecho y la contradictoria pervivencia de la teoría de las relaciones de especial sujeción

Tras la muerte del General Franco se inicia en España un período difícil de transición política, que afectará también al ámbito penitenciario¹⁵ y que culminará afortunadamente, con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, implantando en nuestro país el Estado de Derecho¹⁶, lo cual conlleva: En primer lugar el *reconocimiento de los derechos fundamentales*¹⁷ a todos los ciudadanos –art.53.1 CE–, incluidos los reclusos en un establecimiento penitenciario –art. 25.2 CE¹⁸–, y la vinculación de todos los poderes públicos a tal reconocimiento. Pero el mero reconocimiento no basta para garantizar su efectividad, la experiencia histórica ha demostrado que además de una declaración teórica, para el efectivo respeto de los derechos fundamentales, se precisa que junto a cada declaración de derechos se diseñen las garantías suficientes que aseguren su ejercicio, si no estaremos ante bonitas

¹⁵ Durante la transición política vivida en España a finales de los años setenta, las cárceles españolas viven un momento difícil que se pone de manifiesto con los continuos motines, alteraciones y conflictos que desencadenan en el asesinato del entonces Director General de Instituciones Penitenciarias, Jesús Haddab. Tal situación sacó a la luz pública las deficiencias de las prisiones, y la urgente necesidad de una Ley que regulara la ejecución de las penas privativas de libertad, a la par que definiera un sistema penitenciario concreto.

¹⁶ En el preámbulo de la Constitución de 1978, se establece como voluntad de la Nación española (...)»*Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular*»(...). Por su parte el art. 1.1, proclama que (...)»*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*»(...)

¹⁷ El valor concedido a los derechos fundamentales por nuestra Constitución es sumamente importante, al entenderlos como un valor vertebrador de todo el sistema constitucional, que no puede quebrar por la construcción de espacios ajurídicos o por los fines específicos de una determinada relación, hecho que sucedía en las tradicionales relaciones de especial sujeción. Así el Tribunal Constitucional en STC 25/1981 señaló que (...)»*los derechos fundamentales son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho, y más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución*»(...).

¹⁸ Aunque ya veremos que tales derechos pueden sufrir por mandato constitucional ciertas limitaciones, las cuales analizaremos más adelante.

palabras que no dejarán de ser papel mojado, al antojo de la voluntad movible y tornadiza de las Asambleas legislativas y de los Poderes existentes^{19 20}.

Nuestra Constitución diseña una serie de *garantías*, para la salvaguarda de los derechos fundamentales. En el caso concreto de los reclusos ya veremos, si son o no suficientes para preservar lo reconocido al más alto rango constitucional. Entre tales garantías encontramos:

- La vigencia de la *reserva de Ley*, para regular el ejercicio de los *derechos fundamentales* –arts. 53.1 / 81.1 CE– debiendo respetar siempre el contenido esencial, garantía ésta que a su vez deriva del *principio democrático*²¹ –art. 1.1 CE– según el cual, el parlamento es el único poder con legitimación suficiente –art. 66/68/69 CE– para regular por Ley –de carácter orgánico, art. 81 CE –, el ejercicio de los derechos fundamentales, como ya hemos dicho, debiendo respetar siempre el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión para no vaciarlo e imposibilitar

¹⁹ Vid. en este sentido GARCÍA MORILLO, J., *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, 1985, pp. 11 y ss.), quien citando a DUCHACEK, *Derechos y libertades en el mundo actual*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, pp. 55 y ss., expone como la mayoría de las Constituciones que reconocieron ambiciosos derechos fundamentales resultaron ser inexistentes en la práctica, bien porque su eficacia quedó condicionada a un posterior desarrollo legislativo que resultó ser inexistente o excesivamente restrictivo o porque la praxis de los poderes públicos imposibilitó el ejercicio real de los derechos fundamentales.

²⁰ En el caso concreto de los reclusos RIVERA BEIRAS, I., opina que «La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos», en *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Jornadas Penitenciarias organizadas por la Asociación Catalana de Juristas Demócratas, ed. Bosch, Barcelona, 1994, pags. 47 y ss.), que (...)»pese a las declaraciones normativas que señalan que a los reclusos sólo se les ha de privar de su libertad, todos y cada uno de sus derechos fundamentales (...) se encuentran «devaluados» en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando los mismos se refieren a quienes viven en libertad.»(...).

²¹ El *principio democrático* recogido expresamente en nuestra Constitución en el art. 1.1, en correlación con el apartado segundo de dicho precepto, –(...)»la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (...)»–, significa que el Parlamento dentro de los Poderes que conforman el Estado –Legislativo, Ejecutivo y Judicial –, representa el órgano con mayor legitimidad al ser elegido directamente por el pueblo y constituirse en su representante directo –art. 66.1 CE–. Sobre ésta idea nuestro Tribunal Constitucional ha elaborado diversas sentencias declarando que (...)»Las Cortes Generales representan al pueblo español, y que sobre esta base aquéllas son titulares de la potestad legislativa, y asimismo la ley tiene primacía como expresión de la voluntad del pueblo.» –STC 29/1982, F.J.1 –. Por su parte la STC 10/1983, resuelve que ...»todos los poderes del Estado emanan del pueblo, y que por ello, todos los cargos públicos tienen una legitimación. Sin embargo, representantes sólo son aquellos cuya designación resulta directamente de la elección popular –F.J.2–. Con tal interpretación queda sentado que cuanto más alejado se encuentre un órgano de la fuente de legitimación, el pueblo, más débil será su legitimación democrática, en este sentido se muestra ARAGÓN REYES, M., *Constitución y democracia*, Madrid, 1989, pp. 120 y ss. A su vez hemos de tener en cuenta que el apartado 3º del art. 1 CE señala que (...)»La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria», lo cual viene a reafirmar lo anteriormente dicho, la supremacía del Parlamento, en este caso con respecto a la Monarquía, ya que todas las competencias que pudiera tener el Monarca han de venir refrendadas por el Parlamento –art. 56.3 CE–, a excepción del «nombramiento y destitución de los miembros civiles y militares de su Casa» –art. 65.2 CE–. Con todo lo expuesto observamos que tal y como está configurado el Estado español tras la Constitución de 1978, la supremacía del Parlamento es evidente en relación al resto de Poderes, y con ello las diferencias son bastante claras con respecto a la forma de Estado y de gobierno en el seno del cual nacieron «las relaciones de especial sujeción» –la monarquía constitucional alemana, S.XIX–.

su ejercicio por medio del desarrollo legislativo. El problema será definir dicho «contenido esencial».

- La *tutela de las libertades y derechos* reconocidos en el *art. 14* y en la *Sección I^a, Capítulo II* ante los Tribunales ordinarios mediante un *procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad* –art. 53.2 CE– o en su caso
- La *tutela* de los mencionados derechos y libertades además de los derechos a la igualdad y a la objeción de conciencia de los arts. 14 y 30 CE, ante el *Tribunal Constitucional* a través del *recurso de amparo* –art. 53.2 CE–, regulado en los arts. 41 a 58 de la LOTC.
- La plena instauración del *principio de legalidad* reconocido en los arts. 9.3 / 25.1 y 106 CE, en virtud de los cuales *todos los poderes públicos están sometidos a la legalidad vigente conforme a la Constitución*, y a su *control por parte de los Tribunales en el caso de la Administración*.

Toda esta serie de principios y garantías, son las que precisamente se han llegado a relativizar de tal manera, en las denominadas *relaciones de especial sujeción*, y en concreto en la relación jurídica penitenciaria, hasta el punto de que los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente a las personas que integran este tipo de relaciones, se quedan en meras palabras, sin poder llegar a ser efectivos. Lo cual no tiene, a mi juicio, argumentación jurídica posible, dentro de un Estado de Derecho como el nuestro²².

Nos vamos a encontrar que tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, la jurisprudencia lejos de apartarse definitivamente de tal concepto, va a seguir haciendo uso de la categoría de las relaciones de especial sujeción ampliándola a sectores que tradicionalmente no habían sido calificados como tales²³, así tenemos : los concesionarios de servicios u obras –STC de 30-01-1981–, los colegios profesionales –STS de 2-02-1984 / 24-01-1989–, los empresarios integrados en una denominación de origen –STS 13-12-1985–, los mayoristas de los mercados centrales –STS 29-12-1987–, los objetores de conciencia –STC 27-10-1987–, los promotores de viviendas de protección oficial –STC 6-06-1984–, las entidades bancarias en su relación al Banco de España –STC 18-02-1985–, y por supues-

²² Como hemos visto, nuestro Estado se configura como un Estado de Derecho, donde se garantiza, al menos en un plano teórico: la división de poderes, el principio de legalidad y los derechos fundamentales, bajo la forma de gobierno de la monarquía parlamentaria, que nada tiene que ver con la monarquía constitucional alemana, en donde surgió la construcción teórica de las relaciones de especial sujeción. Los principios y garantías del Estado de Derecho hacen incompatible la existencia de espacios configurados por la Administración, y en donde ésta pueda actuar haciendo quebrar dichos principios y garantías, con base a la finalidad u objetivos que pretende alcanzar. Ver la STC 25/1981.

²³ Antes de la entrada en vigor del actual sistema constitucional el Tribunal Supremo contribuyó a su expansión, vid. en este sentido JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «Notas entorno a las relaciones de especial sujeción: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista la Ley*, Tomo 2, 1988, pp. 989-993, y MAPELLI CAFFARENA, B., «Las relaciones de especial sujeción y el sistema penitenciario», en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Tomo XVI, 1993, pp. 283 y ss.

to continuará su aplicación en los ámbitos para los que originariamente fue diseñada: las Fuerzas Armadas –STC 9-03-1988, 31/2000–, los funcionarios públicos –STC 6/2000– y por supuesto los presos –SSTC 74/1985, 2/1987, 190/1987, 120/1990, 11/1999, 161/1993, 57/1994, 143/1995, 48/1996, 60/1997, y 141/1999 entre otras.

Las razones o motivos que algunos autores han dado de esta expansión del concepto, así como de su consolidación en las esferas tradicionales –presos, militares y funcionarios–, bajo la vigencia de un Estado de Derecho, no puede por menos que calificarse como ciega a la realidad y a la legalidad imperante, los principales argumentos esgrimidos han sido:

- La *supremacía de la Administración* – que sirvió inicialmente para fundamentar dichas relaciones en su época clásica –.

Acudir a tal argumento significa obviar que todos los Poderes públicos, incluida la Administración están sometidos a la Ley, –art. 9.1 y 3 CE²⁴– y al respeto de los derechos fundamentales, –arts. 53 y 106 CE –, no pudiendo por sí sola crear espacios al margen del Derecho haciendo quebrar los principios y garantías del Estado de Derecho para conseguir sus objetivos, será la Constitución la que en cada caso determine y faculte la posibilidad de actuación de la Administración.

- La vieja *idea de la voluntariedad*²⁵ –*volenti non fit inuria* –.

La propia jurisprudencia²⁶ ha utilizado la idea del *acuerdo de voluntades* como fuente de las relaciones de especial sujeción.

Seguir hoy en día manteniendo la tesis de la voluntariedad para aceptar las relaciones de especial sujeción, y con ella justificar la quiebra del principio de legalidad y la reserva de Ley en lo que atañe a los derechos fundamentales, significa en primer lugar olvidar el cambio sufrido en la forma de Estado y de Gobierno. Si durante el Estado Liberal donde proliferaron las monarquías constitucionales, el Parlamento apenas ostentaba competencias y los derechos fundamentales eran concebidos como un patrimonio exclusivo del individuo, el cual podía esgrimirlos «frente» al Estado en un afán de preservar su espacio más vital,

²⁴ Los subapartados primero y tercero del art. 9 CE disponen que (...)»*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (...). La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*».

²⁵ Vid. PARADA VÁZQUEZ, J. R., *La Administración y los Jueces*, Caracas, 1988 p. 298, quien opina que en el caso del funcionario, es él quien ha ido al encuentro de este tipo de relaciones, conociendo sus obligaciones y sus especiales circunstancias. GARCÍA TREVIANO, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Madrid, 1974, p. 476, para quien el contenido de la supremacía especial no está sometido al principio de habilitación legal como lo está el general. No obstante, la habilitación debe exigirse cuando la instauración de la relación especial de poder es obligatoria para el administrado, citados por MAPELLI CAFFARENA, B., «Las relaciones de especial sujeción y el sistema penitenciario», ob. cit., p. 294.

²⁶ Vid. STS de 18 de febrero de 1981, de 12 de febrero de 1985 y 13 de diciembre de 1985, por su parte el TC en la STC de 6 de junio de 1984, citadas por MAPELLI CAFFARENA, B., «Las relaciones de especial sujeción...», ob. cit., p. 294.

podía resultar «lógico» que el propio individuo pudiera renunciar a ellos, –funcionarios o militares profesionales–, argumentación que sin embargo no se puede mantener con respecto aquellos que de forma obligada, –presos, y militares de reemplazo– formaban parte de este tipo de relaciones y para lo cual se justificaron las restricciones, o bien por la supremacía de la Administración, o en un tiempo más avanzado porque era la Ley quien debía imponerlas²⁷...

Actualmente dentro de un Estado Social y de Derecho, y bajo una monarquía parlamentaria, el Parlamento se erige como el verdadero representante de la sociedad y sobre el que recae la soberanía popular, de ahí que las decisiones más importantes, como por ejemplo las que afectan a los derechos fundamentales de los individuos sean competencia suya –a diferencia de lo que ocurría en las monarquías constitucionales del siglo XIX²⁸–. Y de otro lado, la concepción de los derechos fundamentales se amplía, no sólo son un espacio vital del individuo sino que el Estado como «social» debe garantizar además de la «igualdad formal» de estos derechos, la «igualdad material». En sintonía con esta última idea, el art. 9.2 de nuestra Constitución dispone que (...)»*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*»(...).

El cambio en la forma de Estado y de Gobierno conlleva una nueva dimensión de los derechos fundamentales, éstos ya no se ejercitan «frente» al Estado sino «dentro» del Estado²⁹, por lo tanto ya no podemos seguir diciendo que la voluntad del sujeto es razón suficiente para limitar o anular derechos fundamentales³⁰, ni para suplantar a la reserva de

²⁷ Vid. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1959, pp.369 y ss) citado por GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992 pp.34 y LABAND, P., citado por GARCÍA MACHO, R., en *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Barcelona, 1988, pp. 37 y ss, establece la distinción entre Ley formal y Ley material, siendo ésta la que debe fijar los límites e intromisiones de la Administración en la esfera íntima del individuo, sobre todo para el supuesto de aquellos sujetos que no se han integrado de «forma voluntaria» en las denominadas relaciones de especial sujeción.

²⁸ En las monarquías constitucionales, el Parlamento apenas ostentaba facultades, y además tuvieron lugar dentro del Estado Liberal, el cual era concebido como un Estado neutral que no debe inmiscuirse en los asuntos de los individuos, debiendo dejar que la Sociedad siga su propio curso natural, en consecuencia únicamente potenciará aquella clase de derechos que contribuyan a tal concepción, como eran los derechos civiles y políticos, así como la libertad y autonomía del individuo para que se pueda defender del Estado, visto éste como un enemigo en la medida que se inmiscuya en la libertad individual.

²⁹ Este cambio en la concepción del Estado y su influencia en la nueva forma de entender los Derechos Fundamentales, ha sido descrita por HÄBERLE, en *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19.2 GG*, Karlsruhe, 1972.

³⁰ En este mismo sentido GALLEGO ANABITARTE, A., *Las relaciones de especial ...*, ob. cit., p. 47, quien manifiesta que (...)»*la aprobación no puede ser nunca fundamento para dictar actos que, con carácter soberano, intervengan en la esfera del individuo, ya que entonces se daría el caso de una delegación individual del poder soberano, delegación que sólo es posible por el poder legislativo*»(...). También LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos de las relaciones de especial sujeción*, Civitas, Madrid, pp. 401 y ss. Vid. también MAPELLI CAFFARENA, B., *Las relaciones de especial sujeción...*, ob. cit., pp. 294 y ss.

ley³¹, y menos aún cuando la persona no ha accedido a este tipo de relaciones de forma «voluntaria», como es el caso de los presos, o lo ha hecho de forma «condicionada» para poder realizar una actividad, como por ejemplo el ingreso en los colegios profesionales.

- El último argumento esgrimido para mantener las relaciones de especial sujeción ha sido *la eficacia de los actos administrativos*³², y con base en el cual, se han relativizado en exceso, dentro de este tipo de relaciones, la vigencia de los principios y garantías constitucionales para la salvaguarda de los derechos fundamentales, hasta el punto de llegar incluso a dejar sin contenido el derecho en cuestión ³³.

Junto a otros autores como Borja Mapelli, dudamos que la Administración para actuar con eficacia tenga necesariamente que hacer quebrar tales principios y garantías.

Como hemos podido apreciar muchos han sido los años que han transcurrido bajo la teoría de las relaciones de especial sujeción, y parece ser como dice García Macho que la *«inercia del pasado es mas fuerte que una simple reforma legislativa»*³⁴. En lo que al ámbito concreto de los reclusos se refiere, la praxis jurisprudencial y gran parte de la doctrina se han mostrado a favor de la teoría de la relación de especial sujeción³⁵, como fuente limitadora de derechos fundamentales, quizá como señala Díez Ripollés *«sin ser muy conscientes del*

³¹ En este sentido MICHAVILA NÚÑEZ, J. M., «Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho», *Revista de Estudios de Derecho Administrativo*, nº 54 (1987).

³² Vid. en este sentido MARTÍNEZ PÉREZ, C., «La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo», *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, nº IV, Santiago de Compostela, 1981-1982. SANZ GANDASEGUI, F., *La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución española y el TC*, Madrid, 1985, citados por MAPELLI CAFFARENA, B., *Las relaciones de especial...*, ob. cit., p. 295.

³³ La doctrina del TC ha sentado una gradación a la hora de observar el principio de legalidad, y en lo que atañe al ámbito penitenciario en diversas SSTC 74/1984, 2/1987, 190/1987, 161/1993, 229/1993, 297/1993, 129/1995 y la 60/1997, ha declarado que por estar ante *«una relación de especial sujeción»* y *«por el fin que se le ha encomendado (...), velar por el buen orden y la seguridad del establecimiento»*, la Administración Penitenciaria cuenta con *«específicos poderes para adoptar medidas encaminadas no sólo a prevenir y eliminar alteraciones del régimen disciplinario, sino también a sancionar administrativamente las infracciones de dicho régimen que puedan cometer los internos»*(...). El empleo de los términos «específicos poderes», suena a fórmula mágica con la que se puede absolutamente todo, y por otra parte el TC ignora, que la Administración penitenciaria no tiene como único fin la retención y la custodia sino también la reeducación y reinserción del penado-consagrado, además al más alto rango constitucional –art. 25.2 CE–, y establecido como fin primordial de la Institución penitenciaria –art. 1 y 71 LOGP–. Por lo tanto dicho fin estimo que también «se ha ganado su puesto» como para ser tenido en cuenta a la hora de tomar decisiones en el ámbito penitenciario.

³⁴ Vid. GARCÍA MACHO, R. *Las relaciones de especial sujeción...*, ob. cit., p. 203.

³⁵ A comienzos de los años ochenta una buena parte de la doctrina española se mostró favorable al empleo de la teoría de las «relaciones de especial sujeción», entre otros autores cabe destacar; Francisco Bueno Artís, Carlos García Valdés y Garrido Guzmán, según señala PINTO DE MIRANDA RODRIGUES, A. M., en *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 35 y ss. Y en la actualidad encontramos a otros autores como GARCÍA MORILLO, J., «Los derechos fundamentales de los internos en Centros penitenciarios» en *Revista del Poder Judicial*, nº 47 (1998), pp. 23 y ss., que continúan mostrándose favorables con la vigencia de la teoría de las relaciones de especial sujeción en el ámbito penitenciario.

carácter profundamente restrictivo de los derechos de los reclusos que conlleva la aplicación o vigencia de tal teoría»³⁶.

Por su parte la propia Ley Orgánica General Penitenciaria –LOGP–, contiene algunos resquicios de ese pasado, como veremos a la hora de analizar las fuentes restrictivas de los derechos fundamentales del recluso, en la medida que cuenta con numerosas remisiones al reglamento³⁷, y utiliza expresiones tan vagas y genéricas como los *criterios de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del Establecimiento*³⁸, para limitar derechos fundamentales. Lo cual pone de manifiesto un excesivo poder de la Administración para «controlar» la ejecución de la pena de prisión, con el inherente peligro de verse disminuido en exceso el estatuto jurídico del recluso, sin las garantías debidas.

Por lo tanto la situación de España no puede por menos que calificarse como paradójica, pues mientras en Alemania la jurisprudencia³⁹ forzó una reforma legal para impedir que los Tribunales pudieran seguir limitando derechos a los reclusos con base en la referida teoría de la relación de especial sujeción, en nuestro país, a pesar de estar constituido conforme a un Estado de Derecho, de la declaración expresa contenida en el art. 25.2 CE, –que reconoce la existencia de derechos para el penado así como sus posibles y concretas limitaciones y cuyo contenido analizaré más en detalle en el apartado siguiente–, y de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en donde; por un lado, se define en detalle y en concordancia con el art. 25.2 CE el estatuto jurídico del penado, reconociendo a favor del mismo todos los derechos e intereses jurídicos que no se hayan vistos afectados por la condena y el respeto siempre a su dignidad como persona⁴⁰, y por otro, consagra el principio de legalidad

³⁶ Vid. Díez RIPOLLÉS, J. L., «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *Cuadernos Penales y Criminológicos*, nº 30 (1986). Este autor es de los pocos que en nuestro país critica la aplicación de la referida teoría en el ámbito penitenciario porque no pueden limitarse derechos fundamentales sin autorización de la Constitución y porque el interés público no es fundamento suficiente para justificar privación de derechos. MAPELLI CAFFARENA, B., TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Civitas, pp. 114 y ss., se muestran bastante críticos con la utilización de tal categoría jurídica, al igual que RIBERA BEIRAS, I., *La devaluación de los derechos de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Barcelona, 1997, pp. 333 y ss.

³⁷ La LOGP contiene 80 artículos, de los cuales, más de la mitad establecen remisiones al Reglamento penitenciario, algunas de las cuales versan sobre materias que afectan a derechos fundamentales, – p.ej. arts. 10, 22, 23, 24, 42, 45, 46, etc...

³⁸ Dentro de nuestra legislación penitenciaria podemos mencionar como ejemplos el art. 51 de la LOGP, en el cual se prevé la restricción del derecho fundamental a la intimidad y el secreto en las comunicaciones que mantienen los presos con sus familiares y amigos, con base a expresiones tan vagas y genéricas como la «seguridad», el «tratamiento» o el «buen orden del Establecimiento». Asimismo el art. 10 de la mencionada Ley prevé la aplicación del régimen cerrado, y con ello una mayor restricción del derecho a la libertad en su dimensión ambulatoria, para aquellos reclusos calificados de «peligrosidad extrema» o «inadaptación al régimen ordinario», criterios como observamos de una amplia ambigüedad que conceden un alto grado de discrecionalidad a la Administración penitenciaria.

³⁹ Remito al comentario de la Sentencia de 14 de marzo de 1972, dictada por el Alto Tribunal alemán, en materia penitenciaria, realizado al comienzo de este trabajo.

⁴⁰ El art. 3 LOGP establece que (...)«La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición o cualesquiera otra circunstancias de análoga naturaleza»(...) Sin duda alguna resulta muy difícil alcanzar la reeducación y

en materia de ejecución de la pena de prisión, diseñando un sistema de ejecución flexible, donde se potencia el régimen abierto sobre el régimen cerrado, supeditándose las normas de vigilancia a las exigencias del tratamiento, e instaurando «ex novo» la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria⁴¹, para velar por los derechos del preso y corregir los posibles abusos de poder de la Administración, a pesar de todo ello, todavía se sigue calificando la relación jurídica penitenciaria como una relación de especial sujeción, con las especiales connotaciones que de ella se pueden y de hecho se derivan, como más adelante analizaremos, para: la vigencia del principio de legalidad, la validez de los derechos fundamentales y la exigencia de sus garantías.

2. El artículo 25.2 de la Constitución española

El vigente artículo 25.2 CE nos da las claves concretas para el análisis de la relación jurídica penitenciaria, y con ella del estatuto jurídico del recluso. Dicho precepto representa un hito dentro de la legislación penitenciaria española⁴², al atribuir por un lado una *finalidad resocializadora a la pena de prisión* y de otro por *reconocer con carácter general la vigencia de los derechos fundamentales al recluso*.. Asimismo el art. 25.2 CE también señala las fuentes a través de las cuales se pueden limitar los referidos derechos fundamentales.

Sin duda tal precepto pone de manifiesto que los ponentes de nuestra Carta Magna tuvieron en cuenta para su redacción las «Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos» aprobadas en el primer Congreso celebrado por Naciones Unidas en 1955, en esta materia, así como sus sucesivas revisiones, donde se reivindicaba la finalidad resocializadora de las penas de prisión y se abogaba por una humanización de los sistemas penitenciarios europeos, a través del reconocimiento de los derechos fundamentales a los reclusos.

A todo ello hemos de añadir que además el artículo 25.2 se encuentra *ubicado dentro* del Título I, Capítulo II, Sección Primera, de nuestra Constitución, es decir donde se enumeran los *derechos fundamentales*, lo cual sin duda alguna no debe ser una cuestión baladí ni circunstancial, cuyas consecuencias analizaremos mas adelante.

reinserción social de un sujeto si no se le trata como a una persona, y ello pasa en primer lugar por empezar a considerar a los reclusos como sujetos de derechos además de obligaciones.

⁴¹ Con la L.O. 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modificó la L.O. 6/1985 de 1 de junio del Poder Judicial, se crearon los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria –JCVP– para asumir ciertas competencias en materia penitenciaria sobre condenados por delitos enjuiciados por la Audiencia Nacional.

⁴² Para algunos autores como MAPELLI CAFFARENA, B., *Los principios del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, pp. 131 y ss., representa éste un precepto original en la medida que reconoce la vigencia de los derechos fundamentales al condenado en la fase de ejecución de la pena, lo cual pone de manifiesto importantes limitaciones a la actividad de la Administración penitenciaria junto a las metas resocializadoras que se atribuyen a la condena, cosas a las que tradicionalmente no estábamos acostumbrados.

La interpretación del mencionado artículo 25.2 CE ha sido y es objeto de debate, sobre todo en lo que se refiere a la determinación del alcance de las restricciones que establece a los derechos fundamentales, y con ello la definición concreta del estatuto jurídico del recluso. Por lo que desde una perspectiva global, dentro del Estado Social y de Derecho, de lo que significan los derechos fundamentales y la Ley Orgánica General Penitenciaria, intentaré aproximar al lector a la nueva configuración legal de la relación jurídica penitenciaria, contrastándola con la realidad práctica, donde todavía se deja sentir con fuerza la vieja idea de las «*relaciones de especial sujeción*», y con ella la supremacía de la Administración penitenciaria, poniendo en entre dicho las bases y principios del Estado de Derecho.

La finalidad resocializadora de la pena de prisión.

La vigente Constitución española se caracteriza en materia penitenciaria, por atribuir de forma específica en su art. 25.2, inciso primero, una *finalidad resocializadora a la pena de prisión*, hecho, como he comentado en numerosas ocasiones, al que históricamente no estábamos acostumbrados.

En concordancia con tal precepto constitucional, se encuentra el art. 1 LOGP, según el cual (...)»*Las Instituciones Penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad*» (...). El art. 71 LOGP dispone por su parte que (...)»*El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regiminales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas*»(...).

¿Cuál es el alcance de dichos preceptos, en el ámbito penitenciario? Estimo que dentro de un Estado Social y de Derecho, como se hace llamar el nuestro, el Estado debe encargarse no sólo de garantizar la igualdad formal de los derechos fundamentales, sino también su igualdad material –art. 9.2 CE–. Por ello en el caso concreto de los presos, resulta imprescindible, que el Estado proporcione al recluso todos los medios necesarios, para si éste «lo desea», –ya que el tratamiento es algo voluntario –, poder acceder a una posible reinserción– entendiendo por tal la posibilidad de vivir en libertad respetando la ley, sin la necesidad de cometer delitos, de acuerdo con su propia personalidad y valores –, lo cual no quiere decir que con ello se garantice por completo su plena integración en la sociedad, pero si al menos que se ofrezca la oportunidad de hacerlo, a todas aquellas personas que por unos u otros motivos se han visto abocados al mundo de la marginalidad y la delincuencia, cosa que ahora, desgraciadamente no se cumple⁴³.

⁴³ Ver estudio en detalle realizado por BENITO LÓPEZ, R., «La quiebra de la finalidad resocializadora de la pena de prisión y la resurrección de la prisión por deudas» en *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 83 y ss.

Por todo ello, y junto a las razones sistemáticas que expone Borja Mapelli⁴⁴, estimo que el art. 25.2 CE supone un fin, que además de primar, –art. 1 y 71 LOGP –, debe operar como límite al fin de la prevención general, –plasmado éste último en todas las normas de retención y custodia –, a la par que representa un derecho fundamental del preso en el sentido expuesto, ya que es el trámite previo y necesario para que todos los derechos fundamentales del recluso sean algo real y efectivo dentro de la sociedad, y no meras palabras huecas.

Sin embargo ésta interpretación no es compartida por nuestro más Alto Tribunal, al considerar que el art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental a favor del recluso –SSTC 2/1987, 28/1988, 112/1996, 2/1997, 55/1999 y AATC 15/1984, 486/1985, 303/1986, 780/1986 –, entre otras–, cuando menciona que (...)»*Las penas y medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción del penado*»(...), entendiéndolo simplemente como un mero mandato orientador, no susceptible de todas las garantías propias de los derechos fundamentales, para llegarlo hacer efectivo.

Tal hecho conlleva que el preso no pueda acudir al Tribunal Constitucional, en recurso de amparo, para salvaguardar la eficacia de dicha «finalidad resocializadora», teniéndose que conformar con el control judicial, que en cada caso concreto realicen los Tribunales ordinarios, sobre la actividad de la Administración penitenciaria.

Estimo que tal situación no es acorde con el Estado Social y de Derecho, en el que vivimos, pues la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos al recluso en el art. 25.2 CE, pasa previamente, como ya he expuesto, por la efectividad de la finalidad resocializadora atribuida a la pena en dicho precepto, y si reducimos las garantías a través de las cuales dicha finalidad puede ser efectiva, estaremos con ello reduciendo, de manera arbitraria⁴⁵, la efectividad de los demás derechos fundamentales del recluso.

Considero que la doctrina que mantiene nuestro Tribunal Constitucional al respecto, se debe en gran medida a la calificación que realiza de la relación jurídica penitenciaria, como una *relación de especial sujeción*, en donde la Administración penitenciaria tiene, según esta categoría, como *fin primordial* el de *velar por el buen orden y la seguridad del establecimiento*, con lo que, a mi juicio, trastoca y mal interpreta los fines asignados a la pena de prisión. Con ello no quiero decir que la Administración no deba velar por la seguridad, sino que como he expuesto, el principio de prevención especial positiva –reeducación y reinserción–, debe operar de manera prioritaria y como límite al principio de prevención general, mediante un juicio de proporcionalidad.

⁴⁴ Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., nos recuerda que el art. 25.2 CE, se haya sistemáticamente ubicado dentro del elenco de derechos fundamentales –arts. 14 a 30 CE –, en *Principios Fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983 y «El sistema penitenciario, los Derechos Humanos y la Jurisprudencia del TC» en *Revista de Derechos y Libertades*, nº 1 (1993), pp. 427 y ss.

⁴⁵ No hemos de olvidar que dicho precepto se encuentra ubicado dentro del elenco de derechos fundamentales, previstos en nuestra CE, y por lo tanto susceptible de todas las garantías propias de este tipo de derechos.

El valor de los derechos fundamentales dentro de la relación jurídico penitenciaria.

El inciso segundo del art. 25.2 CE reconoce «a priori» a favor del preso la vigencia de los derechos fundamentales para luego establecer las fuentes de restricción que debido a su condición puede tener. Sin embargo tal hecho debe ser la excepción⁴⁶ porque los derechos fundamentales tal y como los concebimos hoy representan un elemento imprescindible para el desarrollo de una sociedad libre y justa⁴⁷, dentro de la cual también se encuentra el recluso⁴⁸. Por ello y debido al carácter prevalente del que gozan los derechos fundamentales en un Estado Social y de Derecho como el nuestro⁴⁹, comenzaré por analizar las características que jurídicamente se atribuyen a este tipo de derechos en el ámbito penitenciario, pues con base en ellas se deben interpretar las fuentes restrictivas de los derechos fundamentales, que analizaré en el apartado siguiente.

Por propio mandato constitucional, a dichos derechos, se les otorga un rango y una categoría jurídica específica caracterizada por una mayor protección con respecto al resto de derechos y deberes recogidos en la Constitución española. El referido art. 25.2 CE se encuentra ubicado sistemáticamente dentro de la sección que el texto constitucional dedica a los derechos fundamentales⁵⁰.

Analicemos con detenimiento cuál es el significado y las garantías excepcionales que se le otorgan a este tipo de derechos. Según García Morillo por derechos fundamentales podemos entender *«la facultad que la norma atribuye a la persona en lo referente a su vida, su libertad, a la igualdad, a la participación política o social o cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción»*⁵¹.

⁴⁶ Vid. STC 159/1986, que sienta el criterio de realizar una interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos fundamentales. Sin embargo para el supuesto de la relación jurídica penitenciaria, éste no ha sido el criterio a seguir por el propio Tribunal Constitucional, tal y como veremos al final del presente apartado.

⁴⁷ Vid. STC 25/1981.

⁴⁸ En este sentido la exposición de motivos de la LOGP manifiesta, (...) *«Al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena, la ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad»*(...).

⁴⁹ Vid. SSTC 4/1985 y 66/1985, donde el TC establece la doctrina basada en la interpretación favorable de los derechos fundamentales.

⁵⁰ La Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I, de la Constitución española de 1978, lleva el encabezamiento de *«De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»*, abarcando del art. 15 al 29, aunque en materia de recurso de amparo tal protección se extiende a los arts. 14 y 30.

⁵¹ Vid. GARCÍA MORILLO, J., en LÓPEZ GUERRA, E., LÓPEZ GUERRA, L., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES, P., *El régimen constitucional español*, Ed. Labor, Barcelona, 1980, V.I, pag. 125.

Remitiéndonos al contenido del art. 25.2 CE como marco jurídico que reconoce a la par que delimita los derechos fundamentales del recluso, y teniendo en cuenta su ubicación sistemática, cabría destacar como características generales de dicho precepto las siguientes:

En primer lugar hemos de apreciar una *proyección* de dichos derechos *sobre todo el ordenamiento*. Esta proyección viene concretada en el art. 10.1 de la Constitución española. A la luz de dicho precepto, los derechos fundamentales son focos para el resto del ordenamiento jurídico. Lo cual implica por un lado, que las leyes y reglamentos deberán elaborarse de conformidad con el procedimiento establecido en aquella –aspecto formal–, y de otro que su contenido tiene que responder de forma categórica al mandato constitucional –aspecto material–.

De acuerdo con esta jerarquía ninguna norma inferior puede entrar en contradicción con una norma superior ; así las Ordenes, las Circulares, o las Instrucciones –normas que determinan el funcionamiento interno de la Administración –, no puede contradecir un Decreto –Reglamento penitenciario–, un Decreto no puede contradecir una Ley –LOGP–, y una Ley no puede contradecir la Constitución.⁵²

En segundo lugar *la ausencia de límites de carácter general para los derechos fundamentales*. Los autores distinguen en este aspecto entre, «*límites intrínsecos*» –fraude de ley o abuso de derecho– y los «*límites extrínsecos*», siendo estos los más numerosos y siempre vienen recogidos expresamente en la norma constitucional⁵³.

Serían *límites extrínsecos* en el caso de los derechos de los reclusos los que expresamente se hallan contemplados en el art. 25.2 CE ; *el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria*⁵⁴. La diferencia entre unos y otros –intrínsecos y extrínsecos– se encuentra en los fundamentos de cada uno de ellos. Como señala García Morillo, los límites intrínsecos⁵⁵ aunque no están recogidos expresamente en la Constitución se deducen de los valores reconocidos como superiores por la propia Constitución en su art. 1, mientras que los límites extrínsecos tienen su origen en las condiciones concretas en que cada derecho se desarrolla⁵⁶. En el supuesto del art. 25.2 CE, los *límites extrínsecos* surgen a consecuencia del *comportamiento antisocial* previo que tiene el preso, determinando un *estatus jurídico peculiar*.

⁵² Vid. GARCÍA MORILLO, J., y otros, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pag. 852. Sin embargo, en el ámbito penitenciario existen situaciones – p. ej el art. 75.1 RP y la Circular I/1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias por la que se regulan los Ficheros de Internos de Especial Seguimiento, entre otras –, en las que tal jerarquía normativa no se respeta.

⁵³ Vid. en este sentido MAPELLI CAFFARENA, «*Los principios fundamentales...*», ob. cit., pp. 155 y ss.

⁵⁴ Dichas fuentes de restricción de derechos fundamentales serán analizadas en detalle en el apartado siguiente.

⁵⁵ El TC, por su parte los denomina «límites implícitos», en la STC 22/1984, realiza una disertación acerca del este tipo de límites que pueden tener los derechos fundamentales.

⁵⁶ Vid. GARCÍA MORILLO, J., «El régimen constitucional...», ob. cit., pag. 132.

Y por último *la eficacia directa de los derechos fundamentales* ⁵⁷.

El tema de la aplicación directa de la norma constitucional, adquiere una importancia mayor en el tema penitenciario, en cuanto que la comunidad reclusa sufre un cierto desamparo jurídico debido a la pérdida de libertad.

Para algunos constitucionalistas, no era posible la aplicación directa de las normas constitucionales porque éstas se dirigen exclusivamente al poder constitutivo, teniendo por tanto solo naturaleza organizativa y de distribución de los poderes existentes⁵⁸. Lo mismo ocurriría para el caso de los derechos fundamentales, pues aunque se refieren a derechos y deberes de los ciudadanos, tendrían como destinatarios –según esta postura–, los poderes estatales.

Según algunos autores, dicha posición dogmática produce un distanciamiento entre el contenido de la norma constitucional y la realidad socio-jurídica⁵⁹. Con el sistema Kelsiano de «control concentrado» encuentra dicha corriente doctrinal su momento más álgido. Sin embargo en la actualidad se encuentra en retroceso, frente a una «concepción judicialista» que entiende la Constitución como un conjunto de normas efectivas, aplicables por sí mismas por los Tribunales ordinarios, sin necesidad de recurrir al Tribunal Constitucional.

Nuestra Carta Magna es un claro exponente de esta última tendencia. Así se desprende de art. 9.1 CE (...) «*los ciudadanos y poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*» (...). Y por su parte el art. 163 CE establece con toda claridad la obligación de los Tribunales de remitir al Tribunal Constitucional todo lo que esté relacionado con la declaración de inconstitucionalidad de una ley, pero no así con un reglamento⁶⁰.

Trasladada esta concepción al ámbito penitenciario debemos llegar a la conclusión de que en todo caso Jueces y Tribunales –también el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, o el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria⁶¹ en su caso–, podrían dejar de aplicar cualquier pasaje de un Reglamento por inconstitucional⁶².

⁵⁷ El TC ha declarado en diversas sentencias la eficacia directa de la Constitución, así en las SSTC 18/1981 y 16/1982 establece el carácter de norma jurídica de la Constitución con vinculación inmediata.

⁵⁸ En este sentido se muestra RODRÍGUEZ OLIVER, J. M., «Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 1979», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 58 (1980), p. 103.

⁵⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución española de 1978*, Madrid, pp. 95 y ss., quien pone además de relieve, la problemática de emplear una técnica constitucional, en materia de derechos fundamentales, excesivamente abstracta que haga depender la eficacia de dichos derechos, de una posterior legislación ordinaria, la cual a veces nunca llega o restringe en exceso el disfrute del derecho.

⁶⁰ El art. 5 LOPJ dispone que «*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional*» (...).

⁶¹ Ver la nota a pie de página número 41.

⁶² Tal sería el caso del vigente art. 75.1 RP 1996, donde sin habilitación legal, y por medio de un Reglamento, se faculta al director de una cárcel para aplicar un régimen restringido de vida al recluso, –menos horas de patio,

Asimismo los derechos fundamentales reflejan su valor normativo en otros dos aspectos.

En primer lugar como «norma decisoria» de litigios, los Jueces y Tribunales ordinarios tienen la posibilidad de invocar en sus resoluciones preceptos de naturaleza constitucional. La doctrina no se ha puesto de acuerdo en el alcance de esta cualidad, para unos debería quedar reducida a los llamados derechos concentrados –los que generarían auténticos derechos subjetivos –, y no a los difusos, mientras que otros entienden que no es posible hacer distinciones⁶³.

Para el supuesto del art. 25.2 CE, según Borja Mapelli estaríamos ante un derecho concentrado, que en cualquier caso gozaría de tal cualidad. La importancia de esta conclusión para el sistema penitenciario es extraordinaria ya que resolvería a favor de la resocialización cualquier conflicto de fines que pudiera surgir⁶⁴. Sin embargo esta conclusión no es compartida por la doctrina del Tribunal Constitucional quien califica el art. 25.2 como un mero mandato orientador de la política penal y penitenciaria y no como un derecho subjetivo del penado –STC 2/87, 28/88, 112/96, 2/97, 55/1999–.

Retomando el carácter normativo de los derechos fundamentales reflejado en el aspecto de «norma decisoria» de litigios, hemos de poner como ejemplos un número considerable de sentencias del Tribunal Supremo que avalan dicho carácter. Concretamente la Sala Segunda de lo Penal dictó sentencia el 5 de diciembre de 1979, por la que se estimaba un recurso de casación por infracción de ley, fundándose en que *«aparece de aplicación inmediata a tal medida de seguridad lo establecido para las penas en el art. 1 de la L.E. Criminal en el art. 80 del Código Penal (...) y en el art. 24 de la CE que tutela el derecho de la persona a la defensa y asistencia del letrado, a un proceso público con todas las garantías, a utilizar las pruebas pertinentes para su defensa, y a que en ningún caso produzca indefensión»*(...).

En la actualidad podemos enumerar algunas sentencias del Tribunal Supremo, que también fundamentan sus resoluciones invocando directamente preceptos constitucionales, tal es el caso de la STS 101/1998 y la STS de 8 de febrero de 1999, en las que se estimaba un recurso de casación por infracción de ley, declarando que (...) *«la no aplicación de los límites establecidos en el art. 76 del Código Penal en la ejecución de las penas, por una interpretación restrictiva del requisito de la conexidad, y superar estas los 20 años de prisión en el caso de condenas según el nuevo Código Penal, ó los 30 años de prisión, en el caso de condenas con el derogado Código Penal, atenta contra lo dispuesto en los arts. 15 y 25.2 de la Constitución española, que prohíbe las penas y tratos inhumanos o degradantes y proclaman la reeducación y reinserción del penado...»*.

situación de aislamiento, limitación de actividades, limitación de contactos con el exterior, etc.–, lo cual conlleva restricción de derechos fundamentales. Estimo que esta situación se encuentra, en contra de lo dispuesto en el art. 25.2 CE, y del principio de legalidad –art. 25.1 CE–, por lo tanto los JVP, los JCVP o en su caso la Audiencia Provincial, resultarían competentes, a mi juicio, para inaplicar dicho precepto por inconstitucional –art. 6 LOPJ–.

⁶³ En ese sentido RODRÍGUEZ OLIVER, J. M., *«La Constitución...»*, ob. cit., pp. 135 y ss.

⁶⁴ Vid. MAPELLI CAFFARENA B, *«Los principios fundamentales...»*, ob. cit., pag. 165.

En resumen, y para finalizar este apartado tenemos que los *principios* y *garantías* específicas que establece la Constitución española para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, serían;

- desarrollo mediante *Ley Orgánica* –en el caso concreto que nos ocupa del art. 25.2 CE, contamos con la LOGP–, art. 53 y 81 CE– ;
- *tutela* ante los *Tribunales ordinarios*, a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad –art. 53.2 CE– ;
- *tutela* ante el *Tribunal Constitucional* por medio del recurso de amparo,–art.53.2CE– regulado de forma específica en los arts. 41 a 58 de la LOTC.

Tales garantías son plenamente aplicables para la protección de los derechos fundamentales del recluso, tal y como se desprende de lo dispuesto en el art. 25.2 CE en relación con el resto del ordenamiento jurídico, que aquí hemos analizado.

Sin embargo en la práctica tenemos que nuestro *Tribunal Constitucional alegando la teoría de las relaciones de especial sujeción a hecho quebrar algunos de estos principios y garantías*, con el menoscabo que ello conlleva para la eficacia real de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente a favor del recluso.

Así tenemos que para el supuesto de la vigencia del principio de legalidad dentro de la potestad sancionadora de la Administración penitenciaria, en donde el art. 42 de la LOGP realiza una remisión en blanco al Reglamento Penitenciario en lo que a la tipificación de las faltas disciplinarias se refiere. Nuestro Tribunal Constitucional ante la posible vulneración del principio de legalidad en esta materia manifiesta que (...)»*la referencia a la legislación vigente en el art. 25.1 CE tiene un alcance diferente, al menos, en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de la determinación de contravenciones de «faltas» en el seno de una «relación de especial sujeción», como es la de los internos en los establecimientos penitenciarios (...) 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 (...) en este caso que la LOGP –arts. 42 y ss –, se remita, en la especificación y gradación de las infracciones, al Reglamento (...) permite reconocer la existencia de la suficiente cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de ley (...)» –FºJº 2, STC 2/1987⁶⁵– . Tal argumentación la considero contraria a lo dispuesto constitucionalmente para la vigencia del principio de legalidad⁶⁶ –arts. 25.1.2., 81, 82.1 y 86.1 CE –.*

⁶⁵ En idéntico sentido se han pronunciado las SSTC 190/1987 y 192/1987.

⁶⁶ Ver un estudio en mas profundidad BENITO LÓPEZ, R., «La potestad sancionadora de la Administración penitenciaria y la doctrina del Tribunal Constitucional. Límites y garantías», en *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Antonio González-Cuellar García*, Madrid, Colex, 2006, pp. 91 y ss.

En lo que atañe a la limitación de derechos fundamentales, y a la exigencia formal de que ello venga habilitado por una Ley –reserva de Ley–, encontramos una jurisprudencia vacilante y contradictoria del Alto Tribunal; SSTC 73/1983, 83/1984, 183/1984, 58/1998 y la STC 141/1999, entre otras, donde desde un plano teórico, se reconoce que para limitar derechos fundamentales se precisa habilitación legal, por mandato constitucional –art. 25.2,53 y 81.1 CE–, y de otro lado, con base a la invocación de la relación de especial sujeción, en algunos casos, tal ficción jurídica se utiliza para «no eliminar el derecho fundamental» –SSTC 183/1984, 58/1998–, y en otros, la misma invocación es utilizada, para hacer quebrar lo establecido en la Constitución de forma general –SSTC 73/1983, 200/1997, 141/1999–, unas veces de forma directa, y otras como complemento al «sentido de la pena» –art. 25.2CE–, y a la negación de la vigencia del derecho invocado por el recurrente, en la relación jurídica penitenciaria –SSTC 2/1987, 120/1990, 57/1994 entre otras–. No obstante podemos apreciar varias etapas:

Una primera que se extendería desde 1983 a 1990, –SSTC 73/1983, 89/1987, 2/1987, 190/1987, entre otras –, caracterizada por una restricción en exceso de los derechos fundamentales del recluso, con base en la referida teoría de las relaciones de especial sujeción. Lo cual sin duda, se haya en contra de lo establecido constitucionalmente –art. 25.2CE–, como ya veremos en el apartado específico dedicado a las fuentes de restricción de los derechos fundamentales del recluso.

Y una segunda etapa, comprendida entre 1990 a 1999, donde a su vez apreciamos varias subetapas:

Hacia primeros de los años 1990, se aprecia un cambio incipiente, en una jurisprudencia contradictoria, pues si bien, en algunas de sus sentencias desde un plano teórico se afirma, que la calificación de la relación penitenciaria, como una relación de especial sujeción no puede conllevar la eliminación de sus derechos fundamentales, a la par que la tacha de «imprecisa» –SSTC 120/1990, 137/1990, 11/1991, entre otras –, sin embargo utiliza dicha calificación, entre otros argumentos, para denegar el amparo.

Avanzando en el tiempo, en el período comprendido desde 1994 a 1998, encontraremos sentencias, en las que de forma tajante, se descartará la utilización de la teoría de las relaciones de especial sujeción para restringir derechos fundamentales a los reclusos –SSTC 183/1994, 57/1994, 48/1996, 58/1998, entre otras –.

Y hacia 1999, con la STC 141/1999, apreciamos el comienzo de una última etapa en la que el TC parece volver a sus orígenes, retomando la argumentación de la teoría de la relación de especial sujeción como «fuente limitadora de derechos», en el ámbito penitenciario. Aunque tal argumentación no llegó a desaparecer ni siquiera en la época anterior, donde encontramos sentencias, que llamaron la atención por ser contrarias a la tendencia del momento en que fueron emitidas –SSTC 35/1996, 200/1997– .

Por último en lo que se refiere a la jurisprudencia emitida por el TC en relación al *control judicial*, como garantía específica para la salvaguarda de los derechos fundamentales del

recluso en el terreno penitenciario, tenemos como primera conclusión que la calificación de la relación penitenciaria como de especial sujeción no ha influido de una forma tan negativa como en los casos anteriores –principio de legalidad y derechos fundamentales –, pues «a priori» no se elude su vigencia. Así nuestro TC ha manifestado desde sus inicios que (...)»*la Administración penitenciaria no está exenta de un control judicial*» (...)–STC 73/1983–. Sin embargo hemos de distinguir dos aspectos dentro de dicho control judicial:

Uno relativo al *control judicial sobre la aplicación practica de la normativa penitenciaria*, donde el TC ha ejercido una verdadera salvaguarda de los derechos fundamentales, a través de un respeto escrupuloso al derecho de tutela judicial efectiva –SSTC 2/1987, 161/1993, 129/1995, 195/95, 128/1996, 60/1997, 67/2000, 157/2000, entre otras –.

Y otro relativo al *control judicial sobre la adecuación constitucional de la normativa penitenciaria*, donde todavía queda mucho por hacer. Como se verá en el apartado siguiente, la propia LOGP utiliza criterios de dudosa constitucionalidad para limitar derechos fundamentales, sobre los que el T.C. no se ha pronunciado al respecto.

Las fuentes de restricción de los derechos fundamentales del recluso:

- *Fuentes de restricción constitucionales.*

El estatuto jurídico del penado, viene principalmente determinado por el art. 25.2 de la Constitución española, el cuál dispone en correlación con la Ley Orgánica General Penitenciaria. «*que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a una pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que expresamente se vean limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*».

Sin duda alguna, como comenté al inicio de este trabajo, tal precepto constitucional constituye un hito en la legislación penitenciaria, al reconocer de entrada, que el preso es un sujeto de derecho y como tal es susceptible de entablar relaciones jurídicas, gozando «a priori» de todos los derechos fundamentales con las garantías que les son propias. ¿Pero qué sucede con la relación jurídica que se establece entre el preso y la Administración penitenciaria? El art. 25. 2 CE parece en principio darnos la respuesta, estableciendo un estatuto jurídico especial para el recluso, al establecer ciertos límites en el disfrute de los derechos fundamentales, pero a continuación nos surge otra pregunta, ¿tales limitaciones han de afectar también a las garantías de los mismos? Estimo que no, porque de un lado se pueden establecer limitaciones arbitrarias, y de otro, los derechos que no estén limitados pueden sufrir importantes mermas en lo que a su eficacia real se refiere⁶⁷.

⁶⁷ Remito al final del apartado anterior («*El valor de los derechos fundamentales en la relación jurídica penitenciaria*») donde realizo un repaso de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, y en donde podemos comprobar que nuestro Alto Tribunal alegando la teoría de las relaciones de especial sujeción no sólo

Hechas estas apreciaciones, acto seguido veremos cual es el alcance subjetivo de tal precepto, lo que suscita ya, algunas dudas interpretativas⁶⁸. De una primera lectura del precepto, se entiende que no se refiere con carácter general a todas las personas susceptibles de estar recluidas en un Establecimiento penitenciario –detenidos, presos preventivos y condenados–, sino que exclusivamente hace referencia al «condenado» a pena de «prisión»⁶⁹ que estuviere cumpliendo la misma, con lo cual no se menciona en el indicado inciso, ni a los detenidos, ni a los presos preventivos, ni a quienes se encuentren sometidos a una medida de seguridad que conlleve privación de libertad. Habría que preguntarse por tanto, si el art. 25.2 CE, sólo tiene por objeto determinar los derechos fundamentales de los penados, así como sus fuentes de restricción, dejando al margen a detenidos, presos preventivos y personas sometidas a una medida de seguridad, cuyo estatuto jurídico no vendría a priori definido constitucionalmente. No obstante no parece que dicha duda pudiera presentar trascendencia alguna en el orden práctico⁷⁰, dado que la LOGP, a diferencia de la normativa internacional penitenciaria, al definir el estatuto jurídico de los reclusos, no establece distinciones entre unos y otros. En este sentido, cabe también señalar que, pese al tenor literal del inciso segundo del art. 25.2 CE, nuestro Tribunal Constitucional lo ha venido aplicando indistintamente tanto en los supuestos de demandas de amparo promovidas por penados, como en las interpuestas por presos preventivos –STC 183/1994–.

De otra parte, el referido inciso segundo del art. 25.2 CE enumera las tres fuentes por las que pueden verse expresamente restringidos los derechos fundamentales de los presos: el *contenido del fallo condenatorio*, el *sentido de la pena* y la *Ley penitenciaria*.

Por lo que se refiere a la primera, el *contenido del fallo condenatorio*, supone que no podrán ejercerse aquellos derechos fundamentales expresamente limitados por la condena, cuyo contenido principal en el ámbito que analizamos es la privación de libertad⁷¹. Sin embargo esta privación de libertad no debe ser entendida en términos absolutos, sino que el derecho a la libertad tiene graduaciones⁷². Así por ejemplo el recluso resulta condenado a

ha limitado derechos fundamentales al recluso, sino también las garantías para hacerlos efectivos, sin justificación jurídica razonable dentro de un Estado de Derecho.

⁶⁸ Vid. COBO DEL ROSAL / BOIX REIG, *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Madrid, 1983.

⁶⁹ Tras la entrada en vigor de Código Penal de 1995, desaparece la clasificación de las penas privativas de libertad –arresto menor, arresto mayor, prisión menor, prisión mayor, reclusión...–, siendo calificadas todas como pena de prisión, con lo cuál desaparece también el problema de si tal precepto constitucional resulta solo de aplicación a las penas privativas de libertad denominadas de «prisión» o a todo tipo de pena que implique privación de libertad.

⁷⁰ Vid. DUQUE VILLANUEVA, J.C. «Derechos fundamentales de los reclusos en le procedimiento disciplinario penitenciario», en *Revista Repertorio de Aranzadi del TC*, nº 8, 1998, pp. 15 y ss.

⁷¹ En el fallo condenatorio de un órgano judicial, además de una pena privativa de libertad se pueden imponer otro tipo de penas que afecten a otros derechos tales como, las inhabilitaciones para empleo o cargo público, para ejercer la patria potestad, la suspensión de empleo o cargo público, la multa etc., ya que el sistema de penas que configura nuestro Código Penal contempla diversos tipos de penas –arts.33 y ss.–

⁷² En este sentido también se manifiestan MAPELLI CAFFARENA, B. «El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional» *Revista de Derechos y Libertades*, nº 1, 1993, pp. 434

ingresar en un Centro Penitenciario donde existe «a priori» una especial libertad ambulatoria que se podrá desarrollar por dentro del establecimiento; patio, pasillos, salas comunes de recreo o tratamiento y celda, dicha libertad ambulatoria será más o menos amplia en función de la aplicación del sistema penitenciario que desarrolla la LOGP⁷³, por lo tanto esta primera fuente de limitación de derechos fundamentales, legítima, porque viene impuesta por la propia Constitución, debe ser concebida a su vez en función del resto de fuentes que se enumeran a continuación, y en especial la Ley.

Respecto al *sentido de la pena*, dicha expresión ha sido objeto de una distinta interpretación en el ámbito doctrinal. Hay quien considera que debe entenderse referida a la privación de ciertos derechos que efectivamente son de imposible ejercicio por razón de la propia condena, si bien no se encuentran expresamente limitados por el fallo condenatorio. Se trataría por tanto de derechos no ejercitables en una situación de privación de libertad por ser ésta presupuesto para su ejercicio⁷⁴. Sin embargo aunque tal afirmación resulta obvia pues existen derechos que al estar privados de libertad no pueden ser ejercitados, p- ej. libertad de movimiento plena, asociación, o reunión –, sin embargo se corre el peligro de utilizarla como un cajón de sastre, para poder limitar en exceso otros derechos del recluso, –comunicaciones íntimas, intimidad corporal, libertad ambulatoria, autonomía de la voluntad etc.–, basándose sólo en la finalidad de seguridad que la Administración tiene encomendada, lo cual por desgracia asemeja bastante esta fuente de limitación, así entendida, a la teoría de las relaciones de especial sujeción en su concepción más clásica. De hecho nuestro Tribunal Constitucional lo ha realizado así en muchas de sus sentencias⁷⁵.

y 435 y MARTINEZ ESCAMILLA. M. «Derechos fundamentales entre rejas», *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pontificia de Comillas* (ICADE), Madrid, nº 42, Diciembre 1997, pp. 296 y 297.

⁷³ Así según la clasificación en la que se encuentre el penado, –1º, 2º ó 3º de tratamiento–, se le aplicará un determinado régimen de vida, –cerrado, ordinario o abierto –, según el cual estará más o menos horas dentro de la celda, donde la libertad de movimiento es reducidísima. Por su parte la aplicación del régimen disciplinario también puede restringir esa libertad de movimiento, con la imposición de sanciones que confinan al preso en su celda, durante 23 horas diarias y por un tiempo máximo de 14 días, o en los supuestos de reiteración de infracción y de acumulación de infracciones hasta los 21 y 42 días consecutivos respectivamente. Sin embargo en este aspecto, al igual que para el supuesto del régimen cerrado, la LOGP establece una remisión al Reglamento para la tipificación de las faltas disciplinarias, –art. 42 LOGP–, y la regulación del régimen de vida para los clasificados en 1º de tratamiento –art. 10 LOGP–, poniendo en entre dicho el respecto del principio de legalidad.

⁷⁴ Vid. COBO DEL ROSAL / BOIX REIG, «Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social» en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Derecho Penal y Constitución, Ed. Edersa, Madrid, 1982, pag. 225. GARCÍA MORILLO, J., «Los derechos fundamentales de los internos en los Centros Penitenciario», *Revista del Poder Judicial*, nº 47 (1998), p. 28.

⁷⁵ Así tenemos que en relación a el derecho a la integridad física y moral con interdicción de las penas o tratos inhumanos y degradantes –SSTC 89/1987, 57/1994, 35/1996, 119/1996 –, el derecho a la libertad –STC 2/1987, STC 129/195, 119/1996, 2/1997, 81/1997, 143/1997, 79/1998, ente otras –, el derecho a la autonomía de la voluntad como expresión del derecho a la libertad –STC 120/1990, 137/1990, 11/1991 y 67/1991– o el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones –SSTC 73/1987, 89/1987, 183/1994, 197/1994, 119/1996, 58/1998 y 141/1999 –, reciben en ocasiones, por parte del TC, una interpretación muy restrictiva, en cuanto a su disfrute, con base en una retribucionista interpretación del «sentido de la pena», fruto de considerar todavía la relación jurídica penitenciaria como una «relación de especial sujeción».

Otros autores, estimaron inicialmente que lo más lógico sería entender que «el sentido de la pena» alude a la finalidad de la misma, es decir a la reeducación y reinserción y al tratamiento como actividad específicamente dirigida a conseguir dicha finalidad, pero para lo cual siempre se habrá de tener en cuenta lo dispuesto en la legislación penitenciaria ⁷⁶.

A criterio de MAPELLI CAFFARENA⁷⁷ «*el sentido de la pena introduce un cierto punto de confusión en la normativa constitucional, pudiendo concebirse este ambiguo término como significado, en cuyo caso equivaldría a la privación de libertad, o como fin, y en cuyo caso se estaría refiriendo a la reinserción social y reeducación*», inclinándose definitivamente por éste último aspecto⁷⁸ ya que a su juicio, el primero, ya está «*suficientemente recogido en los otros dos criterios restrictivos, es decir, la Ley y el fallo condenatorio*».. Aunque comparto plenamente la idea que defiende Borja Mapelli, de que ante un conflicto de intereses surgido entre la Administración y el preso, se resuelva en el sentido de dar prioridad a la finalidad de «reeducación y reinserción». En lo que atañe a la limitación de derechos fundamentales, estimo que tal fuente de limitación –«sentido de la pena»– debe venir además perfilado por la Ley, de otro modo estaríamos ante una infracción del principio de legalidad, –reserva de ley en materia de derechos fundamentales –. No obstante como analizaré a continuación el hecho de que la limitación venga determinada por la Ley, no quiere decir que toda limitación impuesta por ésta sea constitucional, sino que simplemente es una garantía formal, para después analizar en cada caso si se respeta el «contenido esencial del derecho»⁷⁹.

⁷⁶ En este sentido se mostró BUENO ARÚS, F., «Derechos de los internos. Art. 3 *Comentarios a la Legislación Penal LOGP*, Tomo VI, Volumen I, Madrid, 1986), pero aunque éste autor inicialmente concibió que lo más lógico era entender que el «sentido de la pena» se estaba refiriendo a la finalidad resocializadora que encabezaba el art. 25.2CE, más adelante manifestará que «*ello no permitiría deslindar esta causa de limitación de derechos de la que se cita a continuación –ley penitenciaria–, toda vez que es ésta última la que especifica minuciosamente las consecuencias que, desde la perspectiva de la resocialización –tratamiento–, se siguen para los derechos y libertades de los condenados a penas –o medidas de seguridad– de privación de libertad...*», por lo que terminará adhiriéndose al criterio anterior mantenido por los autores COBO DEL ROSAL / BOIX REIG, de entender que «el sentido de la pena» hace referencia a la privación de aquellos derechos que resultan de imposible ejercicio en situación de privación de libertad, «Eficacia de los Derechos Fundamentales reconocidos a los reclusos en el art. 25.2 CE», *X Jornadas de Estudio. Introducción a los Derechos Fundamentales, Vol. II*, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 1091 y ss.

⁷⁷ Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «*El sistema penitenciario...*» *ob. cit.* p. 437.

⁷⁸ Observamos que también en este autor se produce un cambio de criterio al respecto, pues MAPELLI CAFFARENA, B., cuando publicó «*Los principios fundamentales del sistema penitenciario*», Barcelona, 1983, p. 158, opinaba que (...)»*Al hablar del sentido de la pena se está refiriendo a su naturaleza, pero matizando, como ya comenté, que aunque la pena de prisión, en primer lugar, restringe la libertad del recluso, dicha restricción no debe entenderse en términos absolutos porque también dentro de la prisión se le reconocen al recluso importantes parcelas de libertad*»(...).

⁷⁹ GARCÍA MORILLO, J., denomina el «contenido esencial» del derecho como una garantía abstracta de los derechos fundamentales, en «*La protección judicial de los derechos fundamentales*», Valencia, 1994, pp. 34 y ss.

En último lugar la remisión a *la ley penitenciaria* como fuente limitadora de derechos, estimo al igual que DUQUE VILLANUEVA⁸⁰ que no hay que interpretarla en un sentido amplio como se ha llegado a sostener por algún sector de la doctrina⁸¹, incluyendo todas las disposiciones dictadas en materia penitenciaria, incluidos los reglamentos, sino en un sentido estricto, referido únicamente a la ley en sentido formal. Así puede deducirse, de un lado, de los trabajos de elaboración del art. 25.2 CE en los que en el Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados se modificó el texto de la ponencia sustituyendo la expresión «normas penitenciarias» por «ley penitenciaria», y de otro lado, de que la remisión a la ley penitenciaria se hace a los efectos de limitar expresamente los derechos fundamentales de los reclusos, estando reservada a la ley por propio mandato constitucional⁸², la regulación del ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución –arts. 53.1 y 81.1 CE– La consecuencia de tal afirmación nos lleva a entender inconstitucional toda limitación de derechos que no provenga de la Ley, por lo tanto si por vía de Reglamento independiente o por vía de Circulares se establecen restricciones a los derechos fundamentales, tales disposiciones habría que tacharlas de inconstitucionales por ser contrarias al art. 25.2 CE⁸³ 84.

- *Fuentes de restricción legales.*

El principal problema que aquí se plantea, como ya apunté, es que nuestra Ley Orgánica General Penitenciaria contiene unos criterios muy amplios e indeterminados, además de las numerosas remisiones a favor del Reglamento, que facultan para limitar derechos fundamentales, lo cual concede un amplio margen de discrecionalidad a la Administración penitenciaria, a la hora de diseñar el régimen de ejecución de la pena privativa de libertad, siendo inherente el peligro de tender hacia una mayor retención y custodia con una excesiva restricción de derechos fundamentales, lo cual hace prácticamente inviable la efectividad

⁸⁰ Vid. DUQUE VILLANUEVA, J. C., «Los derechos fundamentales de los reclusos en el procedimiento disciplinario penitenciario» Revista Repertorio Aranzadi del TC, nº 8, 1998, (pp.15-40), p. 20. En el mismo sentido COBO DEL ROSAL / BOIX REIG, «Artículo 25. Garantía penal» en *Comentarios a las Leyes políticas, tomo III, Constitución española de 1978*, Edersa, 1983, pp. 61 y ss.

⁸¹ En este sentido BUENO ARÚS, F., «Derechos de los internos...» ob. cit., p. 79), posteriormente este autor en su obra «Eficacia de los derechos fundamentales reconocidos a los reclusos...» ob. cit., pp. 1091 y ss. realiza una recesión de los trabajos parlamentarios llevados al respecto en la elaboración del art. 25.2 CE.

⁸² En el mismo sentido se muestran LAMARCA PÉREZ, C., «Regimen penitenciario y derechos fundamentales» en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, tomo XVI, 1993, (pp. 209-247), pag. 225, y MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 55.

⁸³ En el mismo sentido se muestra MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Derechos fundamentales entre rejas», *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*, Madrid, nº 42, 1997, p. 289.

⁸⁴ En el ámbito penitenciario contamos, de un lado con preceptos que sin rango de ley, establecen limitaciones a los derechos fundamentales del recluso, tal es el caso del art. 75.1 RP 1996, o la Circular I/1996, de la DGIP, que regula los FIES. Y de otro, numerosas remisiones en blanco que la LOGP realiza a favor del Reglamento, como p. ej.; la regulación del régimen de vida de los clasificados en 1º, art. 10 LOGP/C. DGIP 2-8-1991/ art. 93 y 94 RP 1996, la tipificación de las faltas disciplinarias, art. 42 LOGP/arts. 108, 109 y 110 RP 1981, –vigentes por la Disposición derogatoria única del RP 1996 –, la forma y modo de practicar ciertas medidas de seguridad, art. 23 LOGP / arts. 68 RP 1996, o las medidas coercitivas, art. 45 LOGP/ art. 72 RP 1996 –, entre otros.

del derecho, quedándose tan sólo en meras palabras. Con ello se pone de manifiesto una vez más, que el desarrollo legislativo puede encargarse de vaciar de contenido las grandes declaraciones de derechos. Unido todo ello, a que un sujeto al que no se le trata con dignidad ni con respeto a sus derechos más elementales, resulta sumamente difícil que supere los condicionamientos que le llevaron a delinquir y decida vivir en libertad respetándose a sí mismo, a los demás y a la ley, –pues moralmente ésta no le ha respetado a él–, y alcanzar así el fin primordial de la Institución penitenciaria –art. 1 y 71 LOGP–, avalado como tantas veces he repetido al más alto rango constitucional –art. 25.2 CE–, la reeducación y reinserción social.

Realizando un rápido repaso sobre los criterios que emplea nuestra LOGP, para restringir los derechos fundamentales de los reclusos, encontramos diversos grupos.

El primero es el que tiene por contenido razones de *seguridad, orden y buen funcionamiento del Establecimiento*⁸⁵.

⁸⁵ La LOGP, prevé en: 1. El art. 18 LOGP que «*Los traslados de los detenidos, presos y penados se efectuarán de forma que se respeten la dignidad y los derechos de los internos y la seguridad de la conducción.*» En la práctica nos encontramos que se da prioridad al criterio de seguridad, por encima del respeto a la dignidad. Las conducciones actuales se realizan por carretera, empleando unos autobuses «especiales» llamados «Kanguros» y custodiados por miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado. La habitabilidad y acondicionamiento de dichos vehículos resulta lamentable, cuentan con una escasísima visibilidad hacia el exterior lo que conlleva escasa luminosidad, ventilación y climatización lo que supone un claro riesgo para la salud. El interior de dichos autobuses se haya dividido en pequeñas celdas con un estrecho pasillo en el medio, lo que provoca que si ya de por sí los habitáculos resultan incómodos, para el caso de personas con una altura un poco elevada a penas cogen y deben permanecer todo el trayecto encogidos –a veces dichos trayectos llegan alcanzar las ocho o nueve horas–. A todo ello hemos de añadir que todos los reclusos van esposados lo que aumenta el riesgo para su vida en caso de accidente. Con todo lo expuesto pongo de manifiesto, que en los traslados de prisión a prisión lo que prima es la seguridad para que no se produzca ninguna fuga, por encima del respeto a la dignidad y a los derechos más elementales, lo que produce sin duda alguna no sólo una vulneración de lo dispuesto en la LOGP, sino en el art. 45 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, dictadas por la ONU en 1973, donde expresamente se prohíbe (...)»*el traslado de los detenidos, presos y penados en malas condiciones de ventilación o de luz, o por cualquier medio que suponga sufrimiento físico*»(...). 2. El art. 23 LOGP preceptúa que en materia de registros y cacheos en las personas de los internos, pertenencias, recuentos y requisas de Instalaciones, *se efectuarán en los casos y con las garantías previstas reglamentariamente y dentro del respeto a la dignidad de la persona*». Observamos en primer lugar, una delegación en el reglamento para determinar las garantías que han de preservar el derecho a la intimidad y el honor, así como la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que a raíz de la aplicación de tales medidas de seguridad se pueden producir. El art. 68 RP dispone que (...)»*por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral...*». 3. En lo que concierne al derecho al trabajo, el art. 26 LOGP dispone, que «*la organización y planificación del trabajo se hará de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del Establecimiento (...)*». 4.- Por su parte en el art. 36.3 LOGP establece que ...»*Los internos podrán solicitar a su costa los servicios médicos de profesionales ajenos a la Institución Penitenciaria, excepto cuando razones de seguridad aconsejen limitar este derecho (...)*». 5.- Un supuesto más de limitación de derechos, lo encontramos en materia disciplinaria, el art. 41 LOGP declara como fines del régimen disciplinario (...)»*garantizar la seguridad del Establecimiento y conseguir*

Hemos de señalar que dichos criterios o motivos de restricción, tradicionalmente han sido utilizados por la Administración como fines u objetivos prioritarios de ésta, en aras a los cuales se fundamentaba su posición de supremacía con respecto a ciertos colectivos –funcionarios, militares, estudiantes etc.–, y en concreto con respecto a los presos, y con base a lo cual se han hecho quebrar los principios y garantías propios de un Estado de Derecho.

En el ámbito penitenciario vigente, encontramos que con base en dichos criterios legales, se pueden limitar por parte de la Administración penitenciaria prácticamente todos los derechos fundamentales del recluso, pero como hemos señalado también, constitucionalmente se establecen una serie de garantías, a través de las cuales se intenta que los derechos fundamentales reconocidos al más alto nivel no se conviertan en meras palabras sin trascendencia práctica. En el caso concreto, la garantía que ofrece el recurso de amparo –art. 53.2 CE–, ha llevado que en materia penitenciaria, el TC a través de la resolución de dicho recurso, vaya sentando cierta doctrina donde se delimita, aunque de forma vacilante, la aplicación de dichas restricciones con la exigencia de ciertos parámetros, tales como; *la*

una convivencia ordenada (...)». Desgraciadamente, como veremos a la hora de hablar de la potestad sancionadora de la Administración penitenciaria, la seguridad se erige como fin prioritario de la Institución Penitenciaria por encima del de reeducación y reinserción –art. 1/ 71 LOGP–, y su medio más cómodo para alcanzarlo será a través del régimen disciplinario del cual se derivan graves consecuencias para la persona presa, tanto por la gravedad de las sanciones, como para la propia ejecución de la pena, en donde la acumulación de sanciones representa en la práctica, un motivo para denegar permisos, progresiones de grado, libertad condicional, corte de comunicaciones etc... Por su parte el art. 43.4 LOGP determina que la regla general en lo relativo al cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda, será en la celda que habitualmente tanga el recluso asignada, sin embargo por *motivos de su propia seguridad o por el buen orden del Establecimiento*, pasará a otra celda individual de semejantes medidas y condiciones. En lo que concierne a la ejecución de las sanciones disciplinarias, la regla general es que (...)»*la interposición del recurso contra la resolución sancionadora suspenderá la efectividad de la sanción, salvo cuando por tratarse de un acto de indisciplina grave la corrección no pueda demorarse (...)*» –art. 44.3 LOGP–. Con tal precepto, tácitamente se pone de manifiesto la idea de que la «seguridad» se haya por encima de las garantías propias de un procedimiento sancionador, con la paradoja de que el tipo de sanciones que pueden ser ejecutadas inmediatamente aunque se interponga recurso, se corresponde con las más graves –aislamiento en celda–, ya que se considera «acto de indisciplina grave», según el art. 252.1 RP 1996, aquellas conductas tipificadas en los seis primeros apartados del art. 108 RP 1981, donde se tipifican las faltas muy graves. 6. En el ámbito de las comunicaciones con el exterior, el art. 51 LOGP establece como criterios para limitar el derecho del secreto de las comunicaciones, así como su intimidad –art. 18 1. 3 CE–, «*la seguridad, interés del tratamiento y el buen orden del Establecimiento*», pudiendo ser el Director de la cárcel quien autorice la intervención o suspensión de las comunicaciones, para el caso de que el preso esté comunicando con un familiar o un amigo. En el supuesto de las comunicaciones con el Abogado, bien en su calidad de «defensor» o «expresamente llamado» se establece un régimen de hiperprotección, art. 51.2 LOGP, –SSTC 183/1994, 197/1994, 58/1998 –dónde únicamente el órgano judicial puede decretar la intervención. Para un estudio en detalle MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso», ed. Tecnos, Madrid, 2000.

*finalidad de la Institución Penitenciaria*⁸⁶, *el principio de proporcionalidad*⁸⁷, *la exigencia de motivación*⁸⁸, *ó el respeto al propio derecho fundamental en cuestión*⁸⁹, aunque en

⁸⁶ Es éste un criterio de doble filo, pues en algunos casos ha sido utilizado de manera garantista –SSTC 183/1994 y 197/1994–, pero en otros atribuyéndole un sentido esencialmente retribucionista, ha servido para limitar en exceso derechos fundamentales. Así en las SSTC 74/1984, 2/1987, 190/1987, 161/1993, 229/1993, 297/1993, 129/1995 y la 60/1997, entre otras, ha declarado que por estar ante «una relación de especial sujeción «y «por el fin que se le ha encomendado, velar por el buen orden y la seguridad del establecimiento», la Administración Penitenciaria cuenta con «específicos poderes para adoptar medidas encaminadas no sólo a prevenir y eliminar alteraciones del régimen disciplinario, sino también a sancionar administrativamente las infracciones de dicho régimen que puedan cometer los internos...».

⁸⁷ En el caso de la STC 170/1996, el Alto Tribunal resuelve a favor de otorgar el amparo al recurrente, al entender que la intervención de sus comunicaciones conforme al art. 51.1 LOGP, invocando de manera general los motivos de «seguridad», «interés de tratamiento» o «buen funcionamiento de la institución» contemplados en la LOGP, no basta para proceder a la restricción del derecho en cuestión ...»*La motivación del acuerdo resulta un elemento imprescindible para la garantía de los derechos de los reclusos. La intervención de las comunicaciones, medida excepcional, no debe adoptarse con carácter general, e indiscriminado, ni por más tiempo del que sea necesario, para los fines que la justifican...()* *Ahora bien cuando se trata de una medida restrictiva de derechos , compete al TC, en su tarea de protección del derecho fundamental afectado, controlar...la motivación ofrecida no sólo en el sentido de resolución fundada y razonada, sino también como único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la Institución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna...» Fº Jº 6º / STC 170/96* Mas adelante la STC 175/1997 ante otro supuesto de intervención de comunicaciones, nuestro Alto Tribunal, se encargará de perfilar con más detalle que es lo que debemos entender por proporcionalidad de la medida (...)»*La valoración de la proporcionalidad se descompone en tres juicios; el de idoneidad, sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto; el de necesidad ó subsidiaridad sobre la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental; y el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la ponderación de los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores»(...)* *Fº Jº nº 4º / STC 175/1997.*

⁸⁸ En lo que atañe a la exigencia de la motivación, lo cierto es que todos los parámetros expuestos hasta el momento; finalidad de la Institución y principio de proporcionalidad, no pueden ser valorados correctamente sin esta última exigencia, es por ello que en todas las SSTC donde se hace uso de ellos también se alude al requisito de la motivación. Así tenemos que en la STC 170/1996 el TC manifestaba que (...)»*la motivación constituye el único medio para constatar que la ya tan drástica limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un Centro penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva»(...)* *Fº Jº nº 5º.* En el mismo sentido las SSTC 143/1995, 60/1997, y 67/2000 entre otras.

⁸⁹ En la STC 57/1994 se cuestionó si las ordenes impartidas, por un funcionario de la prisión de Nanclares de la Oca, requiriendo a un recluso a que se desnudara ante dicho funcionario e hiciera flexiones para la práctica de un registro corporal tras haber tenido una comunicación especial, cuya negativa a cumplirlas determinó la imposición de una sanción por resistencia pasiva a las ordenes del funcionario, vulneraban o no los arts. 15 y 18.1 CE. Nuestro Alto Tribunal sólo entendió vulnerado el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, alegando que (...)»*para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos, como antes se ha dicho, pues es preciso cohenestarla con el derecho a la intimidad de los reclusos. De manera que al adoptar tal medida, es preciso ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada de una parte la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad persona y, de otra si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público...».* Con esta última alusión al principio de proporcionalidad de los medios empleados, con relación a la finalidad que se pretende alcanzar, y el respeto al derecho en cuestión, pone de manifiesto la idea de mínima restricción del derecho, es decir que resultaría inconstitucional la utilización de medios excesivamente gravosos si la misma finalidad se hubiera podido alcanzar mediante el empleo de medios menos restrictivos para el derecho afectado.

ningún caso ha llegado a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, extremo que echamos de menos.

El segundo criterio restrictivo es el *interés del tratamiento*⁹⁰.

Utilizar dicho criterio como forma de limitar derechos fundamentales, sin especificar las razones concretas y objetivas, resultaría como en el caso anterior una ablación de derechos fundamentales no contemplada constitucionalmente, y si tenemos en cuenta que éste es voluntario, única y exclusivamente podría emplearse cuando el interno haya dado su consentimiento para someterse a un programa de tratamiento⁹¹, pero ello no quiere decir que con base en tal consentimiento se puede llegar a una renuncia tal, que la Administración pueda actuar con total libertad, sin que el recluso pueda reclamar, como dice Martín Morales «*el consentimiento no implica la renuncia del derecho(...), pero sí puede llegar a incidir sobre la delimitación de su contenido*»⁹². Aunque sea el «consentimiento» prestado al tratamiento, la base legitimadora para restringir derechos fundamentales, no puede ser entendido en términos absolutos, con base en el cual el preso pierde la titularidad del derecho, sino que el recluso en cualquier caso siempre será titular del derecho y como tal puede reclamar la protección que constitucionalmente⁹³ y legalmente⁹⁴ se establece para este tipo de derechos, y en consecuencia el órgano judicial pueda ejercer su control como garantía y valore si ha existido una extralimitación, siguiendo los parámetros analizados en los criterios anteriores –finalidad de la Institución, principio de proporcionalidad, motivación etc...–.

⁹⁰ El art. 58 LOGP, faculta a la Administración penitenciaria para restringir la adquisición y lectura de libros, periódicos y revistas de circulación en el exterior, con base en el *tratamiento*. Con el presente precepto tenemos un arma peligrosa en manos de la Administración, pues por medio de ella se puede limitar considerablemente el acceso a la cultura y a los medios de comunicación por parte del recluso, aislándolo si cabe aún más de la sociedad a la que un día tendrá que retornar. Tal precepto recuerda a épocas pasadas, donde la «censura» ejercía un férreo control sobre la formación intelectual y la libertad de pensamiento. En el caso concreto del cumplimiento de las sanciones de aislamiento en celda, no se les permite tener TV, y antes de la entrada en vigor de la CE 1978 y de la LOGP 1979, tampoco se les permitía durante el cumplimiento de este tipo de sanciones, tener libros, revistas, fumar etc., –eran las denominadas medidas accesorias –.

⁹¹ LÓPEZ BENÍTEZ, M. se muestra contrario a la limitación de derechos fundamentales, sobre la base de la voluntariedad del tratamiento, ya que con ello renace la vieja idea del *volenti non fit iniura* que sustentó como vimos las relaciones de especial sujeción en su concepción más clásica, en «*Los presupuestos...*» ob. cit. p. 429.

⁹² Vid. MARTÍ MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 84, citado por Margarita Martínez Escamilla, («*La suspensión e intervención...*» ob. cit., pp. 64 y 65), quien se muestra en el mismo sentido que el expuesto.

⁹³ Como hemos visto los derechos fundamentales gozan de unas garantías específicas para su protección, entre las cuales se encuentra la protección judicial, mediante un procedimiento preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios y el recurso de amparo ante el TC, –art. 53.2 CE–.

⁹⁴ La LOGP prevé que ante la vulneración de cualquier derecho fundamental, el preso puede interponer una queja al JVP o ante el JCVP en su caso –art. 76. G) LOGP–, seguida de los pertinentes recursos, hasta llegar al recurso de amparo ante el TC.

III . CONCLUSIONES

Para concluir el presente estudio acerca de la relación jurídica penitenciaria, deberíamos plantearnos la siguiente pregunta ¿procede seguir hablando de relaciones de especial sujeción, en el ámbito penitenciario?

Estimo que no, porque aunque de «facto», hemos visto que la realidad penitenciaria se asemeja por desgracia bastante, a las «relaciones de especial sujeción», en su concepción originaria, sin embargo jurídicamente no quiere decir que ello sea lo correcto.

Es cierto que las fuentes que se establecen constitucionalmente para restringir derechos fundamentales, conllevan dudas interpretativas, acerca de su alcance y significado, pero por encima de todo, se califica la relación entre el preso y la Administración, como una «relación jurídica»⁹⁵, lo cual implica «a priori»:

De un lado, en lo que al alcance y disfrute de derechos fundamentales se refiere, por parte del recluso, que las restricciones constitucionales y legales establecidas al efecto, deberán ser interpretadas en concordancia con los principios que conforman el Estado de Derecho, bajo el cual vivimos. Por lo tanto, si nuestro Estado de Derecho, concede a los derechos fundamentales un valor «organizativo y primordial» –STC 25/1981– dentro de la sociedad, esto implica, como ya ha señalado el propio TC, para otros ámbitos, la «prioridad y prevalencia de los derechos fundamentales» –STC 34/1983, STC 4/1985–, sobre la aplicación de las normas restrictivas de los mismos, debiendo éstas ser aplicadas de manera «excepcional» –STC 159/1986–, «razonada» y «justificada», es decir con una adecuada ponderación de todos los intereses en juego, teniendo en cuenta para ello la finalidad de la Institución –reeducación y reinserción–, y el derecho o derechos fundamentales que se puedan ver afectados.

Y en lo que a la vigencia de las garantías constitucionales se refiere, resulta claro, que para cualquier relación jurídica, que surge dentro de un Estado de Derecho, incluida la penitenciaria –art. 25.2 CE–, se deberán respetar dichas garantías sin ningún tipo de limitación o relativización en cuanto a su vigencia, si queremos ver; por un lado, garantizado el disfrute real y efectivo de aquellos derechos que no se hallen constitucionalmente restringidos para la relación jurídica en concreto, y de otro, que se apliquen en su justa medida las fuentes restrictivas sobre aquellos derechos para los que constitucionalmente se prevean limitaciones.

⁹⁵ La exposición de motivos de la LOGP, manifiesta (...)»*La relación que une al penado con la Administración Penitenciaria, representante de la sociedad, es una relación jurídica en que, a los derechos y deberes de una de las partes, se corresponden los correspondientes deberes y derechos de la otra. El penado conserva todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas jurídicas vigentes, con excepción naturalmente, de aquellos cuya privación (...) constituya el contenido de la pena (...), y por ello se ponen a su disposición los medios adecuados para su defensa (...)*».

Estimo que estas premisas son básicas dentro de cualquier relación jurídica que tenga lugar en un Estado de Derecho. Las diferencias, entre las diversas relaciones jurídicas surgirán con relación a las posibles limitaciones constitucionales que se le atribuyan, pero siempre respetando las garantías que la propia constitución establece al efecto.

Por lo tanto no podemos seguir empleando la categoría de la «*relación de especial sujeción*», como base para interpretar el alcance y contenido de los derechos y obligaciones que integran una determinada relación jurídica, en este caso la penitenciaria, porque con su utilización, por mucho que desde algunos sectores se haya intentado «acomodarla» a la nueva situación constitucional, lo único que se ha conseguido es enturbiar la vigencia y alcance de las garantías constitucionales para la salvaguarda real de los derechos fundamentales, y con ello la efectividad de los mismos.

Sin embargo nuestro Alto Tribunal, por desgracia, continua utilizando la ficción jurídica de las relaciones de especial sujeción en el ámbito penitenciario, con toda la problemática que ello acarrea para: la vigencia del principio de legalidad, la validez de los derechos fundamentales y el control judicial.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y democracia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- AYALA MUÑOZ y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante», *Cuadernos de Política Criminal*, N° 51, 1993, pp. 709 y ss.
- BENITO LÓPEZ, Raquel, «La quiebra de la finalidad resocializadora de la pena de prisión y la resurrección de la prisión por deudas» en *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 83 y ss.
- BENITO LÓPEZ, Raquel, «La potestad sancionadora de la Administración Penitenciaria y la doctrina del Tribunal Constitucional. Límites y garantías» en *Derecho y Justicia Penal en el siglo XIX. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Antonio González-Cuellar García*, Madrid, Colex, 2006, pp. 91 y ss.
- BOIX REIG / COBO DEL ROSAL, «Artículo 25. Garantía penal» en *Comentarios a las Leyes políticas* (dirigidos por Alzaga Villamil), T. III, Constitución española de 1978: arts 24 – 38, Ed. Edersa, 1983, pp. 61 y ss.
- «Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social», en *Comentarios a la legislación penal, T. I, Derecho Penal y Constitución*, Ed. Edersa, Madrid, 1982, pags. 217 y ss.

- BUENO ARÚS, Francisco, «Derechos de los internos. Art. 3». *Comentarios a la Legislación penal. LOGP*, Tomo VI, V.1., Madrid 1986.
- «Eficacia de los derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el art. 25.2 de la Constitución española», en *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. II, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 1091 y ss.
- CANO MATA, Antonio, «Derecho Administrativo penitenciario; protección del recluso» en *Revista de Derecho Administrativo público*, nº 76 (1975), pp. 31 y ss.
- CASABÓ RUIZ, José Ramón, *La capacidad sancionadora de la administración en el proyecto de Código Penal en la Reforma Penal y Penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, «La huelga de hambre penitenciaria: fundamentos y límites de la alimentación forzosa» en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, pp. 51 y ss.
- COTINO HUESO, Lorenzo, «Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España», *Revista del Poder Judicial*, Nº 55, 1999, pp. 255 y ss.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, «*Informes, estudios y documentos. Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos. 1988-1996*», Madrid, 1996.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario» en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 30 (1986), pp. 603 y ss.
- DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Circulares e Instrucciones*, Servicio de Estudio y Documentación, Ministerio de Interior, Madrid, 1996-2000.
- «Circulares», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1978.
- DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos, «Derechos fundamentales de los reclusos en el procedimiento disciplinario penitenciario» en *Revista Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 8 (1998), pp. 15 y ss.
- FERRI, Eduardo, *Sociología Criminal*, II, Madrid.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 34 (1961), pp. 11 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución española de 1978*, Ed. Civitas, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, T. R., «*Curso de Derecho Administrativo*» T.1, Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, «En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción» en *Revista española de derecho administrativo*, nº 1964, 1989, pp. 521 y ss.
- Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCÍA MORILLO Joaquín, «*El régimen constitucional español*», V.I, Ed. Labor, Barcelona, 1980.
- «Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción», en *Revista del Poder Judicial*, nº 47, 1998, pp. 23 y ss.
- GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Ed. Cívitas, 1980.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Régimen Penitenciario de España*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, Madrid, 1975.
- Estudios de derecho penitenciario*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982.
- Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1989.
- Comentarios a la Legislación penitenciaria*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

- GONZÁLEZ –CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, «Las sanciones administrativas en la L.O. 30/1992, de 26 de noviembre» en *Jueces para la Democracia*, nº 16-17 (1992).
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso» en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T. II. De los derechos y deberes fundamentales*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 1053 y ss.
- FASSO, Guido «*Historia de la Filosofía del Derecho*» (traducción en castellano de José F. Lorca Navarrete), T. III, Madrid, 1981.
- JIMENEZ – BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, M D «Notas en torno a las relaciones de especial sujeción; un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *Revista La Ley*, T. 2, 1988, pp. 989-993.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Régimen penitenciario y derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, T. XVI, 1993, pp. 208 y ss.
- LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA (Trabajos parlamentarios), Cortes Generales, Madrid, 1980.
- LERCHE, P., «Grundrechte der Soldaten» en *Die Grundrechte*, Berlín, 1960.
- LÓPEZ BENITEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos de las relaciones especiales de sujeción*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja «*Principios fundamentales del sistema penitenciario español*», Ed. Bosch, Barcelona, 1983.
- «Las relaciones de especial sujeción y el sistema penitenciario», en *Estudios Penales y Criminológicos*, T. XVI, 1993, pp. 283 y ss.
- «El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional», en *Revista Derechos y Libertades*, nº 1, Madrid, 1993, pp. 427 y ss.
- MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 2005.
- MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita, «Derechos fundamentales entre rejas» en *Revista del I.C.A.D.E.* nº 42, Madrid, 1997, pp. 283 y ss.
- «La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso», Ed. Tecnos, Madrid, 2000.
- MICHAVILLA NÚÑEZ, J. M., «Relación de especial sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 54 (1987).
- PÉREZ YAÑEZ, Rosa María, «Principio de legalidad y relaciones de especial sujeción en el ámbito penitenciario» en *Revista de Ciencias Penales*, V. 1, 1998, pp. 161 y ss.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990.
- RIVERA BEIRAS, Iñiqui *La cárcel en el sistema penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996.
- La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- RIVERA BEIRAS Y OTROS, *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- RIOS MARTÍN Julian Carlos, *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Ed. Colex, Madrid, 2005.
- «La cárcel; descripción de una realidad», en *Revista del I.C.A.D.E.*, nº 42, Madrid, 1997, pp. 303 y ss.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1977.

- RODRIGUEZ OLIVER, José María, «Constitución española y jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1979», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 58 (1980), pp. 103 y ss.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, «Autonomía individual y derecho a la propia vida», en *Revista del Centro Estudios Constitucionales*, Nº 14, 1993, pp. 135 y ss.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel, «Comentarios al art. 25.1 CE», en *Comentarios a la Constitución de Garrido Falla y otros*, Madrid, 1980.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, «Lecturas sobre la Constitución española» en *Temas de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional a Distancia*, Madrid, 1978, pp. 60 y ss.
- SCHIMITT Carl, *Teoría de la Constitución* (traducción en castellano de Francisco de Ayala), Barcelona, 1982.
- SOBREMONTA MARTINEZ, José Enrique, «La Constitución y la reeducación y reinserción del delincuente» en *Cuadernos de Política Criminal*, n ° 12 (1980), pp.93 y ss.
- SOSA WAGNER, Francisco, «Administración Penitenciaria» en *Revista de Derecho Administrativo Público*, nº 80 (1976), pp. 100 y ss.
- «Actualización del régimen penitenciario» en *Revista de Derecho Administrativo Público*, nº 83 (1977), pp. 593 y ss.
- TAMARIT SUMALLA y otros, *Curso de Derecho penitenciario*, Ed. Cedes, Barcelona, 2005.
- THOMA, R., *Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmässigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung*, Tubinga, 1932.