

LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECCIÓN DEL RECLUSO CON LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA^(*)

Mariano LÓPEZ BENÍTEZ
Catedrático de Derecho Administrativo

I. El recurso a la categoría de las relaciones especiales de sujeción como modo de explicar y dar unidad al estudio de la relación penitenciaria

La problemática que generaba la relación jurídico-penitenciaria no era desconocida en el ámbito de nuestro Derecho Administrativo más clásico, aunque, eso sí, faltaba un esfuerzo sistematizador que diese unidad al estudio de dicha problemática. A partir de la segunda mitad del siglo XX la doctrina y la jurisprudencia administrativa dieron un giro relevante en el tratamiento de esta cuestión y comenzaron a recurrir, con notable profusión, a la institución dogmática de las relaciones especiales de sujeción como modo de englobar y abordar el estudio y la reflexión de ese microcosmos jurídico-administrativo que son las prisiones. Empezó, entonces, a indagarse sobre el fin al que alientan aquellas potestades que se le confían a la Administración Penitenciaria, y empezó, entonces, también, la preocupación doctrinal por entronizar la normativa penitenciaria en el corpus del principio de legalidad y por adelgazar las gruesas paredes que separan las prisiones del mundo exterior, haciéndolas más permeables a la entrada de ciertos principios, derechos y libertades. Esta tendencia, que hasta la aprobación de la Constitución de 1978 fue, por razones obvias, tímida –e, incluso, arriesgada, en el sentido físico de la palabra¹, explota definitivamente a partir de este momento. La

(*) Conferencia pronunciada en Melilla el día 22 de julio de 2013, dentro del Curso “*Alternativas a la prisión*”

¹ En este apartado, hay que inscribir una serie de trabajos que destacan ciertos déficits que la relación jurídico-penitenciaria presentaba en nuestro Ordenamiento Jurídico, incluso antes de la aprobación del Texto Constitucional. Así, F. SOSA WAGNER: «Administración Penitenciaria», en RAP, 80 (1976), p. 89, resalta, por ejemplo, el débil cimiento que el régimen de las prisiones presenta, desde el punto de vista del principio de legalidad, pues, haciendo abstracción de unos escasos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal, el grueso de este régimen venía condensado en el Reglamento del Servicio de Prisiones de 2 de febrero de 1956, claro ejemplo de Reglamento independiente, según había sido destacado anteriormente también por M.F. CLAVERO ARÉVALO: «¿Existen Reglamentos autónomos en el Derecho español?», en RAP, 62 (1970), p. 11, n. 3. Relevante igualmente es la aportación del Magistrado de lo contencioso-administrativo, A. CANO MATA: «Derecho Administrativo Penitenciario: protección al recluso», en RAP, 76 (1975), p. 41, quien acentúa todo interés en la persona del recluso, afirmando tajantemente que la entrada del reo en la prisión no le hace perder su condición de persona humana, y, por tanto, pese a su encarcelamiento, sigue siendo –lo mismo que cuando vivía en sociedad– sujeto, tanto de derechos, como de obligaciones, afirmación que es, ciertamente, precursora de lo que en 1981 declarara el art. 4 del Reglamento Penitenciario. Desde esta perspectiva concreta de atención a la persona y a los derechos del recluso, valioso es asimismo el comentario de F. LÓPEZ RAMÓN: «Acerca de las especiales relaciones de sujeción a que está sometido el recluso», en REDA, 14 (1977), p. 504, destacando lo paradójico que resultaba reconocer, por un lado, el derecho de petición a los reclusos, y sancionarlos, por otro, una vez lo ejercitaban. Atendiendo a un encuadramiento más general, referido y válido para todas las clases de relaciones especiales de sujeción (y no sólo para la penitenciaria), merece singular mención el estudio de Derecho comparado que realizó A. GALLEGU ANABITARTE: «Las relaciones especiales de sujeción y el

relación jurídico-penitenciaria constituye, ciertamente, una relación especial de sujeción y ésta es, a nuestro juicio, la manera más apropiada de acercarse a ella; ahora bien, la relación especial de sujeción tampoco puede ser entendida ya en sus claves originarias, porque necesariamente se ha ido incrustando también en el Estado de Derecho y en sus particulares exigencias.

II. Breve recordatorio sobre la doctrina de las relaciones especiales de sujeción

1. Su nacimiento y evolución

Aunque no sea éste el lugar para hacer una detallada exposición del nacimiento y la evolución de la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción, sí cabe recordar aquí que su nacimiento se produce en el contexto histórico e ideológico de la Alemania del principio monárquico. La atribución de la soberanía al Estado; la diversificación interna de éste, según la caracterización de G. J. ELLINEK, en dos órganos primarios —el Monarca y el Parlamento—, cada uno con esferas propias de actuación, y el peculiar concepto de norma jurídica que en esta época se maneja, son factores que determinan la génesis de un tipo de relaciones, las que ahora tratamos, que se verifican en el interior de la maquinaria u organización estatal y que quedan entregadas plenamente a la disponibilidad del Monarca, como cúspide (*Spitze*) del Poder Ejecutivo. En este entendimiento originario, el mundo de las cárceles, de los cuarteles, de los hospitales, de la función pública y, en suma, de todos aquellos establecimientos públicos que viven en el seno de la organización del Estado, son, por tanto, ámbitos sustraídos a la acción del Derecho². La visión que, consiguientemente, se impone con respecto a estas relaciones especiales de poder es una perspectiva patrimonialista y cosificadora, en la que los funcionarios, los soldados, los reclusos, los estudiantes, etc., son considerados poco más que simples pertenencias del establecimiento en el que se incardinan.

A medida que va transcurriendo el siglo XIX, y, fundamentalmente a partir del cambio de estructura constitucional que en Alemania propicia la Constitución de Weimar, primero, y la Ley Fundamental de Bonn, después, los presupuestos ideológicos que sirvieron de base al nacimiento de las relaciones especiales de sujeción son desplazados y se modifican profundamente: se afirma la soberanía popular y, por ende, el sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución y al imperio de la Ley; se reconstruye la noción de norma jurídica, superando la frágil distinción entre Ley en sentido formal y Ley en sentido material; y se abre paso, sin ambages, la consideración de que la organización administrativa es un ámbito también jurídico, por lo que todo lo que acontece en su interior no puede resultar indiferente para el Derecho. Pero, si cambian los soportes históricos e ideológicos, que alumbraron el parto de las relaciones especiales de sujeción, los nuevos principios y postulados que se instauran, no entrañan la desaparición de ésta categoría dogmática, que se juzga útil, a poco que se depure de

principio de legalidad de la Administración », en RAP, 34 (1961) y que supuso el primer estudio sistemático sobre esta institución realizado en España.

² Sobre la formación y evolución de esta categoría dogmática, aparte de la contribución de A. GALLEGO ANABITARTE citada en nota anterior, resultan imprescindibles los estudios de R. GARCÍA MACHO: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Madrid, 1992; I. LASAGABASTER HERRARTE: *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, 1994; y la de M. LÓPEZ BENÍTEZ: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, 1994

ciertas reminiscencias autoritarias, para seguir explicando y comprendiendo la complejidad y particularidad de las relaciones –ahora ya, jurídicas– que se entablan en el interior de ciertos establecimientos públicos vitales para el desarrollo de las funciones esta-tales. Como ha expresado M. RONELLENFITSCH: la funcionalidad de las relaciones especiales de poder radica en el valor jurídico de su permanente peculiaridad³.

2. Recepción en España

En España, la recepción de la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción es, como hemos dicho, tardía. Sin embargo, a partir de esta acogida, su utilización comienza a ser intensa, llegando, incluso, en su aplicación, a injustificados excesos. La aprobación de la Constitución de 1978, servirá, por fin, para poner orden en esta materia, obligando a desterrar tópicos y a operar sobre la base de los elementos interpretativos que la Norma Constitucional proporciona. Desde esta perspectiva, la Constitución incorpora importantes determinaciones, que, a nuestro juicio, subrayan el reconocimiento que ésta hace de la permanente peculiaridad que late en el seno de ciertas relaciones jurídicas. Con respecto al tema de la relación jurídico-penitenciaria, llama la atención especialmente el art. 25.2 que, a la vez que constitucionaliza –con todo lo que ello entraña– dicha relación, vincula la posterior labor del legislador y, con mayor motivo también la de la Administración, marcando el fin típico al que la relación jurídico-penitenciaria debe encaminarse:

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social [...] En todo caso, tendrá derecho [...] al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Desde la contemplación de este fundamental precepto debe abordarse el estudio de la relación jurídico-penitenciaria como relación especial de sujeción, según la caracterización que, de modo reiterado, viene confiriéndole la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴.

3. El concepto de relación especial de sujeción. La consideración de la relación penitenciaria como paradigma de esta clase de relaciones

En otro lugar, hemos diseñado un concepto de relación especial de sujeción, que, respetando los principios e instituciones de la Constitución, recogiese la permanente peculiaridad y los requerimientos de operatividad y funcionalidad que caracterizan, según hemos visto, este tipo de relaciones jurídicas. Así, alimentados por la firme convicción de que resulta preciso ofrecer este concepto para evitar la expansión

³ M. RONELLENFITSCH: «Das besondere Gewaltverhältnis als verwaltungsrechtliches Institut», en la obra colectiva dirigida por D. MERTEN: *Das besondere Gewaltverhältnis*, p. 37

⁴ Entre otras, las sentencias 2/1987, de 21 de enero (BOE de 10 de febrero). Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer; 89/1987, de 3 de junio (BOE de 25 de junio). Ponente: Rubio Llorente; 120/1990, de 27 de junio (BOE de 30 de julio). Ponente: García Mon; y las más recientes 58/1998, de 16 de marzo (BOE de 22 de abril). Ponente: Viver Pi-Sunyer; y 141/1999, de 22 de julio (BOE de 26 de agosto). Ponente: Jiménez de Parga

injustificada y el recurso fácil a esta institución⁵, hemos definido las relaciones especiales de sujeción, valiéndonos y dando cuerpo a los diferentes datos e indicios que proporciona la legislación y la jurisprudencia, como aquellas relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación⁶. De esta definición, se extraen las principales notas que singularizan las relaciones especiales de sujeción y que sirven, en nuestro caso, para estimar la relación jurídico-penitenciaria como un tipo de ellas, según vamos a exponer seguidamente.

III. La relación jurídico penitenciaria como relación jurídica

Bajo ningún concepto puede sostenerse en nuestro días el mito de la *ajuridicidad* de las relaciones especiales de sujeción. El hecho de que, como hemos señalado, el art. 25.2 de nuestra CE se refiera expresamente a la relación penitenciaria representa la muestra más palpable de su consideración como relación jurídica, pues nadie a estas alturas duda del incuestionable carácter de norma jurídica perfecta que reviste la Constitución. En desarrollo de ésta, tanto la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP), como su Reglamento de ejecución (RP), aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero, abordan una exhaustiva regulación jurídica de la vida en prisión⁷.

⁵ Muy expresivamente, A. JIMÉNEZ-BLANCO: «Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», La Ley nº 1968, de 13 de mayo de 1988, p. 3, entiende que las relaciones especiales de sujeción se emplean por la jurisprudencia como una suerte de *abrête sésamo* que da paso a las más burdas interpretaciones contra *cives*

⁶ *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit., pp. 161 y 162.

⁷ Desde su promulgación, la LOGP ha sido objeto de varias reformas: la Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre modificó el art. 38 con vistas a potenciar el desarrollo de la relación materno-filial y la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento de por la madre de la pena privativa de libertad. Por su parte, las Leyes Orgánicas 5/2003, de 27 de mayo, y 6 y 7/2003, de 30 de junio, afectaron, respectivamente, a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, creando el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria [art. 76.2 h)]; al acceso de los reclusos a la enseñanza superior (art. 56); y a la regulación del tercer grado [art. 72, apdo. 5 y 6].

Por lo que respecta a su Reglamento de ejecución, el Reglamento de 1996, actualmente vigente, sustituyó al primer Reglamento de desarrollo de la LOGP, aprobado por RD 1201/1981, de 8 de mayo, del que todavía quedan, no obstante, en la redacción que les confirió el RD 787/1984, de 28 de marzo, algunos preceptos vigentes, los relativos a la tipificación de las infracciones y de las sanciones disciplinarias (art. 108-111) y a los actos considerados de indisciplina grave (art. 124). Resta por indicar que el Reglamento de 1996 ya experimentó una modificación de envergadura, la emprendida por el RD 782/2001, de 6 de julio, que reguló, dando nueva redacción a los art. 134-152, la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios. Con posterioridad a ella, se han producido otras dos: la llevada a cabo por el RD 515/2005, de 6 de mayo, que dio nueva redacción al art. 272.1.e) [precepto que ya había sido inicialmente modificado por el RD 1203/1999, de 9 de julio]; y la acometida por el RD 419/2011, de 25 de marzo, que modificó los arts. 6, 65, 90, 92, 268 y 270 del Reglamento. De todos modos, hay que indicar que en Cataluña el desarrollo de la LOGP lo ha abordado directamente la Comunidad Autónoma a través del Decreto 329/2006, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los servicios de ejecución penal en Cataluña.

Mas, como advierte Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE, *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*, Iustel, Madrid, 2013, p. 32, “no son las reformas en su contenido, a excepción de las realizadas por la LO 7/2003, de 30 de junio, sino las producidas en el Código Penal en los artículos referidos a figuras fundamentales en el ámbito penitenciario como son los beneficios penitenciarios, el acceso al régimen

Configurar la relación penitenciaria como relación jurídica significa, en primer término, romper con la perspectiva cosificadora o patrimonialista que, durante sus primeros desarrollos, presidió el debate sobre la categoría de las relaciones especiales de sujeción. La relación penitenciaria se entabla, como todas las relaciones jurídicas, según la temprana caracterización que hiciera SAVIGNY, entre dos personas. El Derecho no ve ya al interno como una simple pertenencia del establecimiento utilizable al albur del *dominus* de éste; antes bien, el recluso es un sujeto de derecho, con todo lo que ello entraña desde la perspectiva de su personalidad y de su esfera de capacidades. Con acierto, el art. 3.3 del RP) enfatiza esta idea, situando la consideración del interno como sujeto de derecho, en el epicentro de los principios que inspiran la actividad penitenciaria:

Principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho.

Esta premisa encuentra además posterior desarrollo en las diversas situaciones activas que la normativa penitenciaria dibuja en favor del recluso y que conforman el contrapeso de sus posiciones pasivas. De esta forma, se pone de relieve la impropiedad terminológica que late en el seno de las relaciones especiales de sujeción, pues toda relación jurídica –y, como decimos, la penitenciaria lo es–, supone un entramado de posiciones activas y pasivas para las dos partes de la relación, un sinalagma mutuo de derechos y obligaciones recíprocas.

Aparte de estas consecuencias, del concepto de relación jurídica dimana también como nota importante la consideración del fin típico que el Ordenamiento diseña para cada relación jurídica y que posee derivaciones muy significativas en orden a la configuración del régimen jurídico de las relaciones penitenciarias, lo que aconseja postergar su tratamiento al desenlace de este trabajo. En cambio, sí tenemos que explicar en este momento el calificativo de la relación penitenciaria como relación jurídico-administrativa.

IV. La relación penitenciaria como relación jurídico-administrativa

1. Configuración tradicional

La conceptualización de una relación jurídica como relación jurídico-administrativa

abierto o a la libertad condicional o el denominado cumplimiento íntegro de las penas, las que pueden llevar a cuestionarnos si, sin haberse llegado a modificar en su esencia el articulado de la LOGP, se ha puesto en liza el sistema de cumplimiento basado en la individualización científica, que diseñó el legislador en 1979 para la ejecución de la pena de prisión. Y es que a través de sucesivas reformas operadas en el Código, y no precisamente en la norma que conforma la ejecución, que es la LOGP, se ha ocasionado una devaluación del sistema de cumplimiento produciéndose un endurecimiento sustancial que, en cuanto al incremento de población penitenciaria, ha llegado a producir una masificación que ha rozado el colapso, sin que se haya acreditado justificadamente con anterioridad su necesidad, ni, con posterioridad, su efectividad”. Más adelante, en su pág. 76, sintetiza este parecer de manera aún más rotunda: “...a partir de 1995 comienza una etapa de mayor rigor punitivista que perdura hasta nuestros días y que paradójicamente configura un sistema de cumplimiento que, en lo referido a la duración de la pena de prisión, es de mayor dureza que el de épocas anteriores, curiosamente bajo un régimen dictatorial”

entraña reconocer, por un lado, la presencia de la Administración Pública como parte en dicha relación, y que ésta sea, por otro lado, regulada por el Derecho Administrativo. Este carácter, que tradicionalmente, ha resultado diáfano en nuestra legislación penitenciaria, precisa ser considerado en la actualidad, a resultas del nuevo sistema organizativo que introduce la LOGP y que tiene en la nueva figura de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria uno de sus resortes más importantes. Hasta que en 1979 se aprueba la LOGP, la organización penitenciaria española respondía, ciertamente, a unos moldes estricta y exclusivamente administrativos: la Ordenanza General de Prisiones de 1834 había cambiado la adscripción militar de las cárceles para hacerlas depender del recién creado Ministerio de Fomento. Esta dependencia administrativa se mantiene incólume, con las lógicas variantes organizativas y con el cambio de adscripción orgánica que, en favor del Ministerio de Gracia y Justicia opera la Ley de Presupuestos de 1887⁸, hasta la reforma penitenciaria de 1979.

2. La reforma penitenciaria de 1979 y la introducción de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria

La reforma superpone a la Administración Penitenciaria una figura de nuevo cuño –la del Juez de Vigilancia Penitenciaria–. En líneas generales, puede afirmarse que su introducción fue celebrada con cierto alborozo, entendiéndose que era un activo más que sumar al balance, en general, positivo de la LOGP. No obstante, también hay que reconocer que la parca regulación establecida con respecto al Juez de Vigilancia ha suscitado importantes dudas en torno al encaje de ambas instituciones –Administración y Juez– y en torno también al modelo de gestión penitenciaria resultante, si judicial o administrativo.

A. La relación entre la Administración Penitenciaria y el recluso: su carácter administrativo

La legislación penitenciaria presta, como es sabido, una gran atención a la estructura organizativa de la Administración Penitenciaria, confiando el gobierno y la administración de los establecimientos penitenciarios a órganos unipersonales y colegiados. De entre ellos, destaca sobremanera la figura del Director del Centro, quien, según el art. 280.1 del RP, es el obligado, en primer término, a cumplir y hacer cumplir las Leyes, Reglamentos y disposiciones en general y especialmente las que hacen referencia al servicio. Pero, más que detenernos en las distintas funciones que ostentan estos diversos órganos, lo que nos interesa subrayar en este momento es el incuestionable carácter administrativo que siguen teniendo las funciones que estos órganos desempeñan. Si repasamos todo el elenco de estas funciones, vamos descubriendo los aditamentos que sirven, no sólo para detectar la presencia de la Administración Pública en la relación penitenciaria, sino también aquéllos que muestran que dicha Administración se hace presente con toda la cohorte de privilegios y prerrogativas que denotan su peculiar posición de supremacía y que, a la postre, resultan útiles para calificar una relación jurídica como relación jurídico-administrativa. Constatamos, en efecto, que la vida de cada centro penitenciario se rige por un Reglamento de Régimen Interior, que elabora el Consejo de Dirección y aprueba el Centro Directivo [art. 271.1 b) del RP]; que éste último puede además emanar

⁸ Sobre esta evolución, véase F. SOSA WAGNER: «Administración Penitenciaria...», cit., pp. 90-94

circulares, instrucciones y órdenes de servicio (art. 280.14 del RP); que el incumplimiento, por parte de los reclusos, de toda ésta reglamentación puede desencadenar la aplicación de la potestad disciplinaria que se ejerce por la Comisión Disciplinaria, sin perjuicio de las atribuciones que tiene conferidas el Director (art. 232.1 del RP); que los órganos administrativos aparecen revestidos, a lo largo del articulado de la LOGP y del RP, de importantes potestades como las de dictar órdenes, otorgar premios, recompensas y beneficios, verificar inspecciones y actos de compulsión sobre las personas, efectuar requisas, adoptar medidas cautelares y aquellas otras que resulten indispensables para mantener el orden y el buen funcionamiento de los servicios (art. 283 del RP), etc.; que los actos de los órganos de la Administración Penitenciaria gozan, en general y salvo aquellos casos en que su eficacia queda pendiente de la actuación posterior del Juez de Vigilancia, de las presunciones de legitimidad y validez que, en general, poseen los actos administrativos y que singularizan el particular estatus de la Administración Pública. Estos datos aportan, en nuestra opinión, indicios más que sobrados para estimar que la relación jurídico-penitenciaria constituye un paradigma claro de relación jurídico-administrativa: la relación penitenciaria es, en primer término, una relación trabada entre la Administración Penitenciaria y el recluso y regida por normas y principios del Derecho Administrativo⁹.

B. Las funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria

Sobre este esquema, someramente expuesto, superpone la nueva legislación penitenciaria la figura del Juez de Vigilancia. Hay quien piensa que su introducción ha terminado con el carácter jurídico-administrativo que tradicionalmente ha presentado la relación penitenciaria, produciéndose una completa judicialización de la misma. Por nuestra parte, pensamos que no es así y que ambas afirmaciones son, en realidad, compatibles. El Juez de Vigilancia no ha venido a alterar dicho inequívoco carácter jurídico-administrativo de la relación penitenciaria. El grueso de los actos que se producen en el interior de las cárceles son, como hemos visto, actos que reúnen todas las notas precisas para ser calificados como actos administrativos. La cuestión radica, por tanto, en analizar si las funciones que se atribuyen al Juez de Vigilancia han cambiado esta premisa.

a) Sus funciones en primera instancia: análisis y clasificación

Existe un primer grupo de funciones, que el Juez realiza en primera instancia. Así, resuelve, a propuesta de la Junta de Tratamiento, sobre la libertad condicional de los penados (art. 194 y 198 del RP); aprueba los beneficios penitenciarios que entrañan acortamiento de la pena [art. 76.2 c) de la LOGP], previsión que algunos autores estiman que puede realizar el Juez *motu proprio*, esto es, sin mediar, propuesta de las autoridades administrativas¹⁰; aprueba previamente las sanciones de aislamiento en

⁹ En realidad, todo lo que afecta al establecimiento penitenciario (no ya sólo la relación penitenciaria) interesa y pertenece al ámbito del Derecho Administrativo: los recursos económicos se asignan y gestionan con sujeción a la normativa presupuestaria, contractual, contable o patrimonial vigente para las Administraciones Públicas (art. 292 del RP); la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo rige el funcionamiento de sus órganos y el régimen de sus actos (art. 267 del RP); y su personal por la legislación de funcionarios civiles del Estado (art. 80.2 de la LOGP)

¹⁰ J.M^a TAMARIT SUMALLA / F. SAPENA GRAU / R. GARCÍA ALBERO: *Curso de Derecho Penitenciario*, Barcelona, 1996, p. 241

celda superior a catorce días [art. 76.2 d) de la LOGP y 236.3 del RP]; autoriza los permisos de salida de duración superior a dos días, salvo los de los clasificados en tercer grado [art. 76.2 i) de la LOGP]; conoce el pase a régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del Establecimiento [art. 76.2 j) de la LOGP]; y acuerda lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos [art. 76.2 g de la LOGP]

- **Funciones que afectan al nacimiento o extinción de la relación penitenciaria y que, por tanto, quedan excluidas del ámbito de la relación especial de sujeción del recluso.**

Si atendemos con detenimiento este cúmulo de funciones que la legislación penitenciaria atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria y que son las que pueden resultar más comprometidas de cara a seguir manteniendo la caracterización jurídico-administrativa de la relación penitenciaria, observamos, en primer lugar, que algunas de ellas no se refieren a la relación penitenciaria en sentido estricto, sino al momento extintivo de la misma, momento que, al igual que el fundacional de la relación, no pertenece a la relación penitenciaria y queda extramuros de la relación especial de sujeción del recluso. Como afirma con acierto F. BUENO ARUS, con respecto a la concesión de los beneficios penitenciarios que suponen acortamiento de condena, éstos vienen referidos a la materia de ejecución de penas, y no al régimen penitenciario, porque su concesión afecta al *quantum* de cumplimiento efectivo de condena¹¹. Algo similar sucede con el otorgamiento de la libertad condicional, ya que ésta también entraña extinguir, al menos bajo ciertas condiciones, la relación penitenciaria, por lo que igualmente se sitúa fuera del ámbito normal de competencias de la Administración Penitenciaria, que es, como se ha indicado, regir la vida en la cárcel.

- **Funciones que afectan a la actividad de la Administración Penitenciaria.**

Dentro de este grupo de funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, existen otras actuaciones de éste que tenemos que inscribir dentro de la particular dinámica de ejecución de ciertos actos administrativos. Aunque, como antes hemos indicado, conforma un privilegio de la Administración, vinculado a su singular estatus, la autotutela declarativa y ejecutiva de sus actos, hay ciertos casos en que estos privilegios ceden, bien suspendiendo su ejecución hasta que los Tribunales se pronuncien, bien requiriendo la intervención de los Jueces para proceder a la ejecución de los mismos. La LAP nos ofrece, con carácter general, ejemplos de ambas circunstancias. En particular, es relevante el caso de la ejecución forzosa de los actos administrativos que requieren entrada en el domicilio y que precisan, como es sabido, previa autorización judicial (art. 99), autorización, por cierto, que si en la actualidad es conferida por el Juez de lo Contencioso-Administrativo, hasta hace poco lo era por el Juez de Instrucción. Desde esta perspectiva, debemos señalar que la intervención, en estos casos, de la autoridad judicial no mixtifica el carácter administrativo de la relación, más bien de lo que se trata es de que aquélla controle el ejercicio de un privilegio administrativo que incide sobre

¹¹ «Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº extra, 1989, pp. 51 y ss.

un derecho fundamental¹². Esto es lo que, en nuestra opinión, acontece con las intervenciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de autorización de permisos de salida, de aprobación de sanciones de aislamiento en celda, y de aprobación del pase del interno al régimen cerrado¹³. Se trata, en puridad, de actos administrativos¹⁴, adoptados en el marco de la relación penitenciaria, pero que para su ejecución (no para su validez) precisan ser completados con la intervención judicial.

- **Decisiones del Juez de Vigilancia a peticiones y quejas de los reclusos.**

El punto más conflictivo de este conjunto de funciones en primera instancia que el Juez de Vigilancia Penitenciaria está llamado a desempeñar, se centra en las peticiones y quejas que los internos le pueden formular en todo lo que afecte a sus derechos fundamentales o a sus beneficios y derechos penitenciarios [art. 76.2 g) de la LOGP]. Los art. 53 y 54 del RP, que configuran las peticiones y quejas como un derecho de los reclusos, permiten que éstas se dirijan a la Administración Penitenciaria, o directamente al Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 54.1) o, incluso, al Defensor del Pueblo. Quiere esto significar que realmente estamos ante la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria actúe en primera instancia (sin intermediación de acto administrativo previo) y de que actúe además pronunciándose sobre aspectos directamente relacionados con el régimen penitenciario. Ahora bien, admitido esto, de la lectura de ambos preceptos y de la alusión que en los mismos se realiza a la eventual queja ante el Defensor del Pueblo (art. 53.4 RP), se infiere, a nuestro juicio, que lo que el Juez de Vigilancia hará en estos casos es lo mismo que podrá hacer el Defensor del Pueblo, esto es, requerir a las Autoridades Administrativas para que modifiquen sus

¹² Así lo afirma L. COSCULLUELA: *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 2006, 17ª ed., p. 403, explicando el porqué de la intervención de los Jueces para autorizar la ejecución de actos que supongan la entrada en un domicilio.

¹³ Hay que recordar que, aunque el art. 76.2 j) de la LOGP habla de que dicho pase habrá de ser puesto en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria, la STC 54/1992, de 8 de abril (BOE de 13 de mayo). Ponente: De la Vega Benayas, estimó un recurso de amparo presentado por un recluso de la Prisión de Pontevedra a quien la Audiencia Territorial de La Coruña había inadmitido a trámite un recurso de apelación presentado contra el auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de dicha ciudad que ratificaba el Acuerdo de la Junta de Régimen del Centro de Preventivos de Pontevedra por el que se acordaba su pase al régimen cerrado. El TC entiende que procede la apelación, porque la decisión que adopta en estos casos el Juez de Vigilancia Penitencia es una decisión en primera instancia, ya que otorga validez a un acto administrativo que, hasta ese momento, no pasaba de ser una mera propuesta necesitada de respaldo judicial (F. Jco. 3º, in fine). A nuestro juicio, este razonamiento del Tribunal Constitucional no se halla exento de crítica, fundamentalmente la de que confunde el plano de la validez con el plano de la eficacia de los actos jurídicos.

¹⁴ Como bien afirman, TAMARIT, SAPENA / GARCÍA ALBERO: *Curso de Derecho Penitenciario...*, cit., p. 243, las autorizaciones preceptivas no significan que la decisión sobre el permiso pueda tomarla directamente el Juez de Vigilancia Penitenciaria; es, en rigor la Junta de Tratamiento [...] quien acuerda su concesión, debiendo ser autorizada por el Centro Directivo en los casos en los que no es exigible autorización judicial (art. 161 RP 1996). La autorización -o denegación-judicial recae por tanto sobre un acto administrativo previo de concesión. Desde este prisma, STS de 25 de junio de 1998 (art. 799). Ponente: Sánchez del Corral y del Río, en la que se trata de un conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Cataluña, que reclama la competencia para la clasificación y regresión de los penados, y la Administración Penitenciaria de la Generalidad, el Tribunal de Conflictos entiende que la competencia pertenece a ésta última, pues [...] en materia de clasificación, y en este ámbito, la de acordar las resoluciones procedentes de clasificación inicial y de progresión y regresión de grado de los penados, la competencia es inequívocamente de la Administración Penitenciaria y sólo podrá conocer de ella el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en los casos y términos que prescribe el art. 76 de la LOGP [...] En consecuencia, podría el Juez ejercer su competencia una vez que se recurriera la resolución administrativa, en los términos que prescribe el art. 76.2 f) de la LOGP (FD 3º).

hábitos o adopten, en su caso, las medidas pertinentes para asegurar los derechos de los reclusos quejosos. A esta interpretación no obsta el hecho de que el art. 76.2 g) de la LOGP empleó el término acordar, a la hora de describir el contenido de la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, pues dicho vocablo no implica la necesidad de adoptar un acuerdo directamente aplicable en el régimen cotidiano del establecimiento penitenciario. Esta, creemos, que es la interpretación que hay que efectuar de este precepto, más aún si la resolución de la queja incide sobre la organización de los servicios penitenciarios, extremo en el que el art. 77 de la LOGP limita la competencia de los Jueces de Vigilancia a la formulación de propuestas. Sin embargo, la praxis de los Jueces de Vigilancia y de la jurisprudencia (por cierto, no sin significativos titubeos) ha transitado en ocasiones por otros derroteros diferentes, aplicando una heurística expansiva de esta competencia¹⁵.

Aun así, acoger esta interpretación extensiva de dicha competencia del Juez de Vigilancia, que no compartimos, no significa que se altere la naturaleza intrínsecamente jurídico-administrativa de la relación penitenciaria, pues, por mucho que queramos potenciar y alargar los poderes del Juez en este punto, lo cierto es que su ejecución, en última instancia, habrá de seguir correspondiendo a la Administración Penitenciaria, que habrá de obedecer la orden que, por ejemplo, le dirija el Juez, más aún si la puesta en marcha del mandato judicial obliga a la adopción de medidas que precisan modificaciones o consignaciones presupuestarias, a alteraciones organizativas o a la incoación de procedimientos administrativos específicos (por ejemplo, contractuales). En consecuencia, lo dicho, en sustancia, no altera en exceso el cuadro que antes hemos dibujado, ya que, por otra parte, lo normal será que la Administración Penitenciaria acepte y remedie las propuestas y sugerencias que le formule el Juez de Vigilancia, al igual que hará, por cierto, con las que le formule también el Defensor del Pueblo.

Por lo demás, debe aplaudirse la previsión legal de este derecho de queja y petición de los reclusos, así como de las garantías de que se rodean. Y es que, en efecto, las mismas se hacen tanto más necesarias en cuanto que la cárcel, como establecimiento cerrado y aislado del mundo exterior, precisa de estas vías tuitivas para que la situación de los presos se vea protegida y éstos gocen de la certeza de que hay instancias externas ante las que pueden plantear, sin temor, sus reivindicaciones para el caso de que sus

¹⁵ De esta interpretación dan noticia cumplida TAMARIT, SAPENA / GARCIA ALBERO: *Curso de Derecho Penitenciario...*, cit., pp. 237 y 238. Sin embargo, frente a esta interpretación hay que reconocer que en los últimos tiempos se ha producido un cambio importante del que es buena muestra el Auto de la AP de Toledo 5/2005, de 1 de marzo, Ponente: Buceta Mailer, JUR 2005/73725, cuando afirma: [...] si en el art. 53 del actual RP, se prevé la posibilidad de que el inter-no se dirija a la Administración, a un funcionario, al Jefe de Servicios o al Director del Centro formulando reclamaciones y peticiones, orales o escritas, puede acudir a la vía del art. 76.2 g) LOGP –art. 54 RP–, esas peticiones o quejas del precepto de la Ley Orgánica no pueden ir más allá de su propio contenido, que no es otro que contener la denuncia de una situación que afecta al régimen o al tratamiento, ya afecte a sus derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios; y su finalidad no es otra que la de compeler al Juez de Vigilancia, al que mediante la misma se le pone en conocimiento una situación de hecho o de derecho, a fin de que realice una determinada actividad, que se traduce en averiguar la veracidad de la queja o petición, obligando a la Administración a que adopte una determinada actitud, emitiendo la correspondiente resolución, que en cuanto tal será recurrible ante el Juez de Vigilancia, por vía de apelación, y contra la que no cabe recurso alguno (Disposición adicional 5ª de la LOPJ), o para que el Juez de Vigilancia, en su caso, haga uso de la facultad que se le otorga en el art. 77 LOGP, en el caso de que no tuviere competencia directa para conocer del asunto o para corregir lo denunciado (FD 1º).

demandas no hallen respuesta de las autoridades penitenciarias¹⁶.

b) Funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en segunda instancia: el control de los actos administrativos de la Administración Penitenciaria por el Juez de Vigilancia

El segundo gran grupo de funciones del Juez de Vigilancia penitenciaria, las que podríamos denominar de segunda instancia, se ciñen al conocimiento y resolución de los recursos suscitados contra las resoluciones de la Administración Penitenciaria. Nada habría que comentar con respecto a este elenco de funciones si no fuese porque, admitido el carácter inequívocamente administrativo, de los actos y disposiciones que adopta la Administración Penitenciaria, su conocimiento, en vía de recurso, no se residencia, como es normal para los actos y disposiciones de la Administración y como ha venido siendo tradicional también para la Administración Penitenciaria hasta la LOGP, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino ante los Jueces de Vigilancia penitenciaria.

- **El nexa acto administrativo-jurisdicción contencioso-administrativa y sus matizaciones.**

Esta circunstancia produce una cierta convulsión en la dinámica de las relaciones entre la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa. Nos resultaba conocido, hasta ahora, el fenómeno de atribuir a esta jurisdicción el conocimiento de actos materialmente administrativos procedentes de órganos y poderes que, por definición, no son ni forman parte de la Administración Pública. Sin embargo, el problema que se nos plantea, al hilo de las funciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, es cualitativamente distinto, porque entraña romper la tradicional correlación existente entre la Administración Pública y el Juez contencioso-administrativo como juez natural de la Administración¹⁷.

Esta aparente antinomia, que se vincula a la propia naturaleza jurídica de los Jueces de Vigilancia, constituye un importante índice de la crisis de identidad que atraviesa esta figura¹⁸. Ahora bien, esta crisis de identidad afecta a la institución de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, pero no a la naturaleza del grueso de funciones que desempeñan, que son, como hemos visto, prototípicamente administrativas. Carácter

¹⁶ Sin embargo, aun así, uno de los mayores problemas que en la práctica se suscitan con tales quejas deriva de que su elevado número puede determinar –como anota el AAP de Madrid nº 560/2004, de 4 de marzo, JUR 2004/238733- que su tramitación y resolución se retrasen más de lo deseable.

¹⁷ La STS de 5 de marzo de 1990. Ponente: Mendizábal Allende, Aranz. 8959, explica esta ruptura del tradicional nexa entre la Administración Pública y la jurisdicción contencioso-administrativa, diciendo que la Jurisdicción contencioso-administrativa ha pasado de ser el Juez común de la Administración a ser el Juez natural del Estado.

¹⁸ F. GONZALEZ NAVARRO: «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, II, expresa la opinión más radical en este aspecto, pues entiende que el juez de vigilancia penitenciaria no pasa de ser un funcionario de la carrera judicial que ostenta la titularidad de una unidad orgánica de la Administración Penitenciaria (p. 1109), en suma, órganos administrativos, órganos que producen actos administrativos (con forma o vestidura de auto), y cuyo titular es un funcionario de la carrera judicial. Lo que define a un órgano es la función, no el titular, y la función de los Jueces de Vigilancia es de pura y estricta administración (p. 1115)

administrativo de las funciones que no se ve alterado por el dato, meramente positivo, de que su control se residencie ante una jurisdicción distinta de la Jurisdicción contencioso-administrativa, pues, por un lado, el ordenamiento nos ofrece, aunque no son frecuentes, ejemplos de casos parecidos¹⁹, y, por otro, tampoco pensamos que el art. 106.1 de la CE deba ser entendido mono-líticamente en el sentido de que los únicos Tribunales que pueden controlar la acción de la Administración sean los jueces contencioso-administrativos²⁰. En la creación de la figura de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria pesó, en palabras de A. CANO MATA, la razón de que mantener las instituciones penitenciarias bajo la órbita revisora de los tribunales contenciosos, no era el camino más adecuado para lograr una protección real de los derechos de los reclusos; pues [...] existía una dificultad práctica insuperable para que un tribunal contencioso, a través de los recursos de esta naturaleza, pudiera conocer la vida carcelaria, comprender los problemas humanos que el recurso pudiera entrañar, y tratar adecuadamente el tema, subyacente en los actos administrativos penitenciarios, objeto de su revisión jurisdiccional²¹.

- **El art. 117 de la CE: la potestad de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a los Jueces.**

Junto a esta razón de índole práctica, cabe aducir otros argumentos de mayor calado teórico y que explican, a la vez, la atribución al Juez de Vigilancia de esas otras funciones que no son administrativas, ni afectan al régimen penitenciario. Aludimos, en concreto, al art. 117.3 de la CE que atribuye, como es sabido, a los Jueces y Tribunales la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado²². Aunque en un sentido estricto la ejecución de lo sentenciado acaba con la requisitoria mediante la que el Tribunal sentenciador determina el ingreso en prisión del condenado, lo cierto es que las penas privativas de libertad presentan la particularidad de que aquella ejecución de la sentencia, en puridad, se extiende a todo el período y vicisitudes de la ejecución de pena; por ello, resultaría un expediente demasiado formal entender que el mandato del art. 117.3 de la CE queda cumplido una vez que el condenado ingresa en prisión. Esta es la razón que, entre otras, ha determinado la introducción en el Ordenamiento español de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. El art. 76.2 a) de la LOGP constituye un

¹⁹ Por ejemplo, la Disposición adicional 5ª de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, modifica el art. 3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el sentido de atribuir a la jurisdicción social el conocimiento de las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social [sobre ello, véase el comentario de J.M. TRAYTER JIMENEZ, en *REDA*, 100 (1999), p. 119, y las observaciones de A. OLMEDO GAYA: *La delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social*, Granada, 2005, p. 128, quien explica esta atribución a la jurisdicción social por el deseo de descargar de asuntos a la jurisdicción contencioso-administrativa]. Otro tanto sucedía, por cierto hasta la promulgación de la mencionada Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, con la autorización de entrada en el domicilio privado para la ejecución de un acto administrativo, que competía a los Jueces de Instrucción, que ni por ello perdían su condición de jueces, ni por ello mixtificaban su naturaleza de jueces del orden penal.

²⁰ Pues, a la postre, como bien advierte C. COELLO MARTÍN, “La Administración penitenciaria...”, cit., p. 110, lo verdaderamente relevante es que exista un control judicial de las decisiones de la Administración.

²¹ «La actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el Juez de Vigilancia», en *RAP*, 95 (1981), p. 175

²² Sobre el significado general de este precepto, así como sobre la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del mismo, puede verse nuestro trabajo «Nuevos aspectos de la ejecución en la reforma del proceso contencioso-administrativo en España», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 243 (1998), pp. 9 y ss.

buen reflejo de cuanto decimos, pues confía a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria que adopten todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los jueces y Tribunales sentenciadores²³. Como se ve, hay un alargamiento del momento de la ejecución de la sentencia²⁴, aunque por razones pragmáticas y de especialización la verificación de dicha ejecución se residence en dos órganos jurisdiccionales distintos²⁵.

Esto explica, en nuestra opinión, esa mixtificación de funciones –administrativas y no– que realizan los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, pero que no altera, según venimos exponiendo, el carácter jurídico-administrativo que denota la relación penitenciaria. Que la ejecución de las penas se haya confiado, por mandato constitucional, a las autoridades judiciales no significa que los actos de ejecución, que se dan en el marco de la relación penitenciaria y que quedan sometidos a la vigilancia y control de aquéllas autoridades, hayan perdido, por ello, su naturaleza intrínsecamente administrativa. Este problema, por lo demás, no es exclusivo de este ámbito que ahora analizamos, pues también en el estricto de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas condenatorias para la Administración, la potestad de ejecutarlas compete a los Jueces y Tribunales de este orden, lo que no es óbice para que los términos en que se traduce en la práctica esta competencia continúe atribuida a la

²³ F. GONZALEZ NAVARRO: «Poder domesticador...», cit., p. 1114, entiende que lo que opera este precepto es una transferencia de competencia de unos órganos jurisdiccionales a otros y que tiene lugar por ministerio de la ley, siendo estas competencias de pura ejecución.

²⁴ Como afirma la STC 2/1987, de 21 de enero

²⁵ Para el diseño de este deslinde competencial y para el entendimiento de la función de ejecución de la pena, debe tomarse en cuenta el art. 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que señala que corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia adoptar sin dilación las medidas necesarias para que condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades Administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno. La competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la sentencia ‘excluye la de cualquier Autoridad gubernativa hasta que el condenado tenga ingreso en el establecimiento penal o se traslade al lugar en donde deba cumplir la condena’. Este precepto hay que concordarlo además con el art. 94 de la LOPJ, que indica que dentro del orden jurisdiccional penal, habrá uno o varios Juzgados de Vigilancia Penitenciaria [en cada provincia], que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley. Como se ve, y aunque el sistema queda de todas formas bastante confuso, parece que lo que resulta del juego de todos estos preceptos es: **1)** que el momento de la ejecución de la sentencia condenatoria penal privativa de libertad no se acaba con el ingreso en la prisión, sino que se extiende a todo el tiempo de su cumplimiento; **2)** que, no obstante, estas competencias se reparten entre el Tribunal penal sentenciador y el Juez de Vigilancia Penitenciaria; **3)** que las atribuciones del Juez o Tribunal sentenciador acaban con la liquidación de condena y la requisitoria o mandamiento de ingreso en prisión, tal y como señala el art. 990 de la LECr; **4)** que, en cambio, a partir del ingreso en prisión las competencias, según la LOPJ y la LOGP, las asume el Juez de Vigilancia a quien compete todo aquello que el art. 990 de la LECr denomina, un tanto inespecíficamente, facultades de inspección sobre la manera de ejecutarse las penas y que la LOGP concreta más pormenorizadamente. Sobre esta base, se articula también el régimen de recursos contra las decisiones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Así, siguiendo al Auto de la AP de Toledo 5/2005, de 1 de marzo, Ponente: Buceta, JUR 2005/73725, puede, en síntesis, decirse que las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria son susceptibles de recurso de apelación o queja, siendo competente el Tribunal sentenciador, cuando se trate de materias de ejecución de penas, o la Audiencia Provincial del lugar donde esté ubicado el centro penitenciario cuando se trate de resoluciones que se refieran al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en lo anterior.

Administración, que es la que, en definitiva, dictará los actos administrativos que procedan, generará los créditos y modificaciones presupuestarias que se requieran, etc.

V. La inserción física en el establecimiento como presupuesto para la existencia de una relación especial de sujeción

La caracterización de la relación especial de sujeción del recluso requiere, en segundo lugar, la inserción de éste en el establecimiento penitenciario. Esta nota resulta verdaderamente esclarecedora de cara a comprender el significado y la funcionalidad que cubren las relaciones especiales de sujeción, pues son la entrada material en el recinto penitenciario y la integración efectiva y duradera en éste los rasgos esenciales para que se produzcan los genuinos efectos de este tipo de relaciones jurídico-administrativas.

1. La integración efectiva y duradera del recluso en el establecimiento penitenciario: la cárcel crea un ambiente propio

La entrada o incorporación material, de la que hablaba OTTO MAYER para notar la existencia de una relación especial de sujeción, entendida en el sentido de incorporación física (y no sólo jurídica), introduce al administrado (en el caso que nos ocupa, al recluso) en la organización administrativa y esta proximidad física determina un medio ambiente propio, que, en cierta manera, difiere del que rige más allá de los muros carcelarios²⁶. Ciertamente, a medida que se ha ido produciendo la juridificación de la organización y de los establecimientos penitenciarios y la constitucionalización, según hemos visto, de la relación especial de sujeción del preso, las diferencias entre ambas atmósferas se han mitigado, aunque no han desaparecido del todo, pues en su permanencia radica una parte muy importante del porqué sigue siendo útil la categoría de la relación especial de sujeción.

La integración efectiva (esto es, la que responde a una causa en sentido jurídico) y duradera constituyen los aditamentos necesarios para que sobre la persona del recluso se hagan sentir los especiales efectos de la integración, para que el interno se haga a ese clima o medio ambiente que destila la organización penitenciaria. Lo que caracteriza, por tanto, en nuestros días a la integración que se verifica en el seno de los recintos penitenciarios es que, sin llegar a producirse esa ruptura total con el entorno social y familiar que predicaba ULE respecto de los establecimientos cerrados²⁷, el recluso siente y percibe que, dentro del establecimiento penitenciario, se vive conforme a otras pautas de conducta y que se respiran ciertos poderes –como el jerárquico o el disciplinario– que mediatizan su creatividad e independencia. Esta inmediatez continua y prolongada, que se establece entre la Administración penitenciaria y los

²⁶ En la línea que se enuncia en el texto, resulta de gran interés el estudio que de la vida en los centros penitenciarios hace C. RUIDIAZ GARCÍA, “Una mirada a la vida en las prisiones. Los reclusos y su mundo”, *CPC* (1994), pp. 1443-1457

²⁷ C.H. ULE: «Das besondere Gewaltverhältnis. Probleme des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes», *VVDStRL*, 15 (1957), p. 160, distingue entre establecimientos abiertos (*offenen Anstaltsverhältnissen*), entendidos como aquellos en los que se deja en relación a los sometidos con sus contemporáneos y su ambiente, y establecimientos cerrados (*geschlossenen Anstaltsverhältnissen*), esto es, aquellos establecimientos en que el sometido se mantiene alejado de sus, hasta entonces, contemporáneos y de su ambiente, también contra su voluntad.

internos precisa de la existencia de un título suplementario que permita el despliegue de determinados poderes; al socaire de estos poderes, el recluso experimentará cómo sus derechos fundamentales pueden interpretarse de otro modo diferente al del resto de los ciudadanos y sentirá cómo se derivarán ciertas medidas correctivas y limitativas que coartan directamente su libertad genérica. Durante el tiempo de cumplimiento de su pena, el preso vivirá conforme a otras reglas de conducta extrañas, que afectarán a aspectos tan vitales como su apariencia física, su vida íntima, el régimen de aseo y aliño personal, etc. En definitiva, todos, absolutamente todos los aspectos de su acontecer vital serán objeto de una reglamentación muy detallada.

2. La comunidad carcelaria y la noción de establecimiento: su consideración como ordenamiento administrativo interno

Estos perfiles aparecen, según decimos, perfectamente reconocidos y descritos por la vigente legislación penitenciaria. Significativo en este sentido es el art. 5 del RP que, con diáfana claridad, aísla los elementos constitutivos de esta especial relación de sujeción de recluso. Señala, en efecto, este precepto, a propósito de la regulación de los deberes de los reclusos, que éstos deberes son la consecuencia de que el interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha²⁸.

Interesa resaltar, al hilo de esta definición legal, la percepción de cómo el recluso, con su ingreso en prisión, penetra en una comunidad, lo que significa subrayar la idea de que el establecimiento penitenciario conforma una unidad en sí misma, que se auto-nutre, hasta un cierto punto, de sus propios valores y principios. Esta percepción se confirma cuando se atiende a la definición que el propio Reglamento Penitenciario realiza de establecimiento penitenciario, pues concibe éste como una entidad arquitectónica, administrativa y funcional con organización propia (art. 10.1)²⁹. Con esta caracterización, el Reglamento, en la más pura línea mayeriana, concibe la cárcel como un *Anstalt* y asume, por tanto, todo lo que esta equiparación implica desde un punto de vista estrictamente jurídico³⁰. Naturalmente, por las razones que llevamos desarrolladas

²⁸ Es mérito del vigente Reglamento Penitenciario enfatizar este entronque entre los deberes del recluso y la situación de sujeción especial en que se halla, indicando además de forma tan precisa los rasgos que, doctrinalmente, caracterizan este tipo de relaciones jurídico-administrativas, ya que ni el art. 4 de la LOGP, ni el art. 7 del anterior Reglamento Penitenciario (RD 1201/1981, de 8 de mayo) explicaban la causa de estos deberes. Desde este prisma, puede afirmarse que el vigente RP inscribe, sin ambages, la relación penitenciaria dentro de los confines de la teoría de las relaciones especiales de sujeción, lo que, a su vez, supone un argumento positivo muy importante de cara al refuerzo y pervivencia dogmática de esta categoría.

²⁹ La importancia del elemento arquitectónico ha estado siempre presente en la legislación de prisiones y en la doctrina de los tratadistas (sobre ello, véase la monografía de H. ROLDÁN BARBERO: *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988). Y, es que este elemento asume un decidido protagonismo a la hora de contribuir a crear ese ambiente de orden jurídico cerrado que destilan los establecimientos penitenciarios. Como afirma, F. GONZÁLEZ NAVARRO: «Poder domesticador...», cit., p. 1092, la expresión establecimiento público es útil para designar a ciertas organizaciones públicas que desenvuelven una determinada actividad pública en un edificio determinado especialmente adaptado y pensado para esos fines. Es decir, que entiendo que éste forma parte del concepto mismo, pues supone algo más que el habitáculo en que usualmente se cobijan las instalaciones y el personal que trabaja en ellas.

³⁰ Como es conocido OTTO MAYER: *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3ª. ed. (reimpresión), Berlin, 1969, II, p. 268, define el establecimiento o *Anstalt* como el conjunto de medios, materiales o personales, que en manos de una Administración Pública están destinados a servir de manera permanente un interés público determinado.

en este estudio, no es factible en la actualidad mantener todas las consecuencias que esta calificación poseía en la configuración clásica de las relaciones especiales de sujeción, y, en particular, no es posible sustentar hoy las derivaciones patrimonialistas y cosificadoras que entrañaba. Sin embargo, admitido esto, la verdad es que la cárcel sigue siendo una suerte de microcosmos jurídico, un ordenamiento administrativo interno que se inserta en el seno del ordenamiento jurídico general del Estado, lo que arrastra consecuencias importantes en el sentido de que las prisiones, como establecimientos administrativos que son, deben hacerse permeables también a los principios y garantías que rigen en aquel ordenamiento más amplio en el que se integran, sin perjuicio, naturalmente, de las modulaciones que jurídicamente procedan y que resulten acordes con los fines que la Constitución les asigna.

3. La fijación del orden jurídico carcelario

Este orden interno que rige la comunidad carcelaria, y que es el que da lugar a ese clima o medio ambiente propio que se respira en estos establecimientos, no resulta fijado exclusivamente por la Ley y el Reglamento Penitenciario, sino que su ultimación o concreción se efectúa a través de manifestaciones jurídicas genuinas. Llamamos, primero, la atención sobre la importancia que en el ámbito de cada establecimiento penitenciario asumen los Reglamentos o Normas de Régimen Interior. A través de estos instrumentos, claro ejemplo de normas jurídicas internas, se definen con carácter general los aspectos esenciales de la vida en prisión, normas que determinan además diversas modalidades de vida según cuál sea el tipo de régimen (ordinario, abierto o cerrado) establecido. Estas Normas disfrutan, por tanto, de un relevante protagonismo en la vida carcelaria, lo que explica el interés de que sean conocidas por los internos, pues determinarán, por ejemplo, la disciplina sobre los servicios de barbería, duchas, peluquería, Economato, distribución de comidas, limpieza de celdas y dependencias comunes, disposición de libros, revistas, periódicos y aparatos de radio y televisión y sobre las ropas y enseres de que podrán disponer los internos en sus celdas (art. 93.1. 5º del RP).

Mas, aparte de estos Reglamentos o Normas de Régimen Interior, actúan también en la vida de la prisión manifestaciones más singulares y concretas, a las que la legislación penitenciaria denomina, un tanto inespecíficamente, medidas bajo las que se comprenden técnicas muy diversas como órdenes, autorizaciones, sanciones disciplinarias, medidas cautelares sin carácter sancionatorio³¹, requisas (art. 68 RP), inspecciones e intervenciones (art. 69 y 70 RP) etc. Una manifestación, particularmente relevante en la vida de la prisión, viene expresada por medio del empleo de la coacción directa. Dicha coacción, que, con carácter general, se define como aquella fuerza que se lanza, median-do una situación de urgencia y sin la previa adopción de un acto administrativo procedimentalizado³², reviste en la vida social un cierto matiz excepcional (de ahí que se requiera el presupuesto de hecho habilitante de la urgencia).

³¹ La STC 141/1999, de 22 de julio (BOE de 26 de agosto). Ponente: Jiménez de Parga, considera que la intervención de las comunicaciones de un preso preventivo, perteneciente a la organización terrorista ETA, que había efectuado la Dirección del Centro Penitenciario de Albacete, no es una sanción disciplinaria, sino una decisión cautelar, razón por la cual al no constituir pena o sanción administrativa, la medida impugnada no puede vulnerar el art. 25.1 de la CE (fdto. Jco. 3º)

³² Sobre ello, véase I. AGIRREAZKUENAGA: *La coacción administrativa directa*, Madrid, 1990, *in totum*; así como su trabajo más sintético «Coacción» en la *Enciclopedia jurídica Básica*, I, pp. 1055-1060.

Sin embargo, su empleo en el interior de las prisiones asume perfiles menos excepcionales, en la medida en que cualquier hecho o circunstancia indiciario de una posible perturbación de la vida normal del centro (art. 71.2 RP) habilita para el empleo de los medios coercitivos característicos en este ámbito. No quiere decirse, ciertamente, que el presupuesto legitimador de la urgencia no sea requerido en estos casos; no obstante, la razón de su concurrencia se flexibiliza extraordinariamente, pues, constituyendo la convivencia pacífica y conforme a reglamento un deber básico de la vida en prisión sobre el que se asienta el cumplimiento y el éxito de los fines de la actividad penitenciaria, la alteración de esta ordenada convivencia requiere menos exigencias que en la vida en sociedad³³.

En suma, a través del ingreso en la prisión, el recluso se atempera a un orden preestablecido que fija el régimen de vida de la comunidad carcelaria y que crea un ambiente con peculiaridades muy notables. Así lo reconoce el art. 73.1 del RP, cuando define el régimen penitenciario como el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos.

VI. La constitucionalización de la relación penitenciaria

Ahora bien, la constitucionalización de las especiales relaciones de sujeción de los reclusos ha supuesto, como dijimos, el señalamiento de unos fines típicos para la actividad penitenciaria, que actúan como límites no sólo para la Administración Penitenciaria, sino también para el mismo legislador. El art. 25.2 de la CE implica, efectivamente, una primera consecuencia muy llamativa y sobre la que ya anteriormente hemos llamado la atención: nos referimos a que sitúa la relación penitenciaria bajo la reserva de Ley orgánica, lo que, en primer término, significa precluir para la Administración la posibilidad de dictar reglamentos independientes en este ámbito.

1. Sus consecuencias sobre la reserva de Ley

A. Una mayor densidad normativa

Afirmada esta prohibición, constatamos, sin embargo, que el alcance de la reserva de Ley, que en este campo se opera, presenta peculiaridades notables, puesto que, por un lado, demanda en múltiples facetas un papel activo o beligerante del legislador y aun de la propia Administración a la hora de fijar la densidad normativa de la regulación de los derechos y libertades de los presos, en contra de lo que suele ser la tónica con respecto a la regulación de gran parte de aquéllos para los ciudadanos³⁴. La

³³ Es más, el inminente peligro con riesgo para las personas y los bienes, lo que habilita es para la utilización de medios coercitivos más radicales, como es la toma policial del establecimiento carcelario (art. 72.5 RP).

³⁴ Así lo resalta la importante STC 2/1987, de 21 de enero: “El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente.

explicación es fácil. Mientras que para la generalidad de los ciudadanos, la mayoría de los derechos y libertades, reconocidos por la Constitución, han quedado incorporados a su respectivo status negativo o de libertad, exigiendo, por tanto, un papel poco activo por parte del legislador, para los internos en un establecimiento penitenciario, la realidad de muchos de estos derechos depende, en cambio, de que el legislador realice una positiva configuración de los mismos que, a la vez que los garantice y tutele, facilite su ejercicio. Esto explica la densidad normativa y el detallista puntillismo que exhibe la legislación penitenciaria cuando regula, por ejemplo, las relaciones del recluso con el mundo exterior o cuando regula su participación en las actividades regimentales del establecimiento.

Esta expansividad, que experimenta el espacio regulado en las relaciones penitenciarias, no es arbitraria, sino que se halla, al mismo tiempo, imbuida por las particulares exigencias del art. 25.2 de la CE, que parte, como sabemos, de la premisa de que los derechos fundamentales valen también dentro de las mismas (el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo); validez que hay que entender sin perjuicio de que tal precepto permita limitar (no excluir, ni exceptuar) ciertos derechos sobre la base del contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena o la Ley Penitenciaria³⁵. La jurisprudencia constitucional ha indicado en este sentido que

“...el segundo inciso del art. 25.2 CE (...), incorpora una cláusula de garantía que permite preservar, en el ámbito de la relación de sujeción especial que vincula al privado de libertad con la Administración penitenciaria a cuyo sometimiento se halla, el ejercicio de los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas en el capítulo segundo del título I CE; bien que aquí con las modulaciones y matices recogidas en dicho precepto constitucional (...) es decir, de aquellos derechos fundamentales que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria (...)

Desde esta segunda perspectiva, la vulneración del art. 25.2 CE tendrá relevancia en un recurso de amparo constitucional, únicamente si dicha lesión lleva aparejada a su vez la de un derecho fundamental del interno –preso preventivo o en situación de cumplimiento de pena-, indebidamente restringido o sacrificado por la autoridad penitenciaria”³⁶

B. Mayor protagonismo de las remisiones reglamentarias. Examen particularizado de la potestad disciplinaria

Pero, antes de seguir, decíamos que la reserva de Ley bajo la que coloca su estela la relación penitenciaria, ofrece también otra particularidad. Ella no sólo exige, según hemos visto, una mayor densidad normativa a la hora de hacer realidad la vigencia de ciertos derechos y libertades dentro de las paredes de la prisión, sino que, al mismo tiempo, y, a diferencia de lo que suele ocurrir extramuros del establecimiento, la reserva de Ley, aun vedando la técnica de los reglamentos independientes, proporciona

³⁵ Como dice la STC 141/1999, de 22 de julio (BOE de 26 de agosto). Ponente: Jiménez de Parga, la vigilancia del interno se encuentra limitada por la finalidad propia de la relación especial de sujeción y por el valor preferente de los derechos fundamentales [...]. Por eso, dicha relación de sujeción especial y las limitaciones de la misma deben ser entendidas en un sentido restringido compatible con el meritado valor preferente (fdto. Jco. 4º).

³⁶ STC 128/2013, de 3 de junio, FJ 3º, que sintetiza la doctrina plasmada por el Tribunal en otras decisiones: SSTC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3 a); 11/2006, de 16 de enero, FJ 2º; 175/2000, de 26 de junio, FJ 2º; 27/2001, de 29 de enero, FJ 3º; y 140/2002, de 3 de junio, FJ 5º.

un mayor protagonismo a las normas reglamentarias de la Administración³⁷. Así lo hemos analizado, cuando exponíamos el ambiente que crean las normas y medidas que conforman el régimen penitenciario, pero así se destaca también en un terreno tan importante, dentro de la prisión, como es el derecho disciplinario. En esta relevante faceta de la relación del recluso, creemos que la reserva de Ley, avalada en este punto también por el párrafo primero del mismo art. 25 de la CE, permite conferir al Reglamento un papel más activo en orden a la tipificación de las infracciones y sanciones disciplinarias, legitimando remisiones más amplias –siempre que no se trate de remisiones incondicionadas–, y, especialmente, legitimando la mayor profusión en el empleo de la técnica de las normas sancionadoras en blanco, supuesto éste último que no pugna, a nuestro juicio, con las exigencias constitucionales, supuesto que en la hipótesis de las normas sancionadoras en blanco no media ni siquiera habilitación de la Ley ya que la tipificación ha sido realizada por la propia Ley que se vale de las conductas definidas ya –o por definir– en un Reglamento ajeno totalmente al ámbito sancionador³⁸. Esto sucedería, por ejemplo, con aquellas tipificaciones legales que sancionasen el mal uso de las distintas dependencias de la prisión. La razón de esta mayor laxitud es, por lo demás lógica, y se fundamenta en el mayor grado de detalle que, aunque sólo sea por exigencias puramente organizativas, demanda el diario discurrir de la vida en un establecimiento penitenciario, en el que pueden presentarse azares y circunstancias imposibles de prever de un modo definitivo y acabado³⁹.

Desde esta perspectiva que venimos comentando, el panorama que ofrece actualmente nuestra legislación penitenciaria es, en nuestra opinión, un tanto desolador, en el sentido de que el art. 42.1 de la LOGP no aborda de una forma mínimamente satisfactoria las exigencias tipificadoras derivadas del principio de legalidad punitivo. Por el contrario, son los art. 107 y 108 del Reglamento Penitenciario de 1981, mantenidos vigentes por Disposición derogatoria y por el art. 233 del Reglamento de 1996, los que asumen plenamente tal tarea, en una remisión incondicionada que algunos autores juzgan incluso como prototipo de una franca deslegalización de la materia disciplinaria penitenciaria⁴⁰.

³⁷ Sin embargo, un problema específico desde esta perspectiva lo plantean las numerosas Instrucciones emanadas de la Dirección General, que en muchos casos disciplinan aspectos muy importantes de la vida en prisión. La STS de 17 de marzo de 2009, anuló el apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, sobre normas de seguridad, control y prevención relativas a internos muy conflictivos y/o inadaptados”. Dicha Instrucción, en palabras de C. RODRÍGUEZ YAGÜE, *El sistema penitenciario...*, cit., p. 144, configuraba “un nuevo régimen de vida sin cobertura legal y reglamentaria y contradiciendo con ello el sistema de individualización científica (...) al establecer condiciones de vida y mecanismos de control que pueden ser lesivos para la vida y dignidad humana, priorizando los fines de custodia sobre los de resocialización”. El TS argumentó en este sentido que la Instrucción traspasaba claramente los límites de los reglamentos administrativos y se adentraba en un ámbito que había de quedar reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos. Tal vez, por ello, la nueva regulación se acometió, como explica bien su Exposición de Motivos, por el RD 419/2011. Sin embargo, pienso que cabe albergar serias dudas acerca de que un Reglamento pueda cobijar tales contenidos sin la más mínima cobertura legal, ya que, aunque tal reglamento se presenta como una modificación del RGP y, por tanto, como un Reglamento formalmente ejecutivo de la LOGP, lo cierto es que, en el aspecto que nos ocupa, materialmente se comporta como un Reglamento independiente. No en balde el art. 6 del Anteproyecto de Reforma de la Ley Penitenciaria de 2009 se ocupaba de tales contenidos.

³⁸ Vid., ampliamente, nuestro trabajo *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit., pp. 324-326.

³⁹ Sobre el tema, véase J. M^a BAÑO LEÓN: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid, 1991, p. 127.

⁴⁰ Así, lo afirman TAMARIT, SAPENA / GARCIA ALBERO: *Curso de Derecho Penitenciario...*, cit., pp. 171 y 172, quienes citan además la postura de otros cualificados penalistas en este mismo sentido. Muy

2. Los fines constitucionales de la relación penitenciaria

A. La vida en libertad como parámetro de referencia de la vida en prisión

El mayor protagonismo normativo que al legislador y a la Administración corresponden con respecto a la relación penitenciaria encuentra, de todas formas, límites en el propio art. 25.2 de la CE que, como vimos, procede a una adecuada constitucionalización de los fines de la relación penitenciaria. Desde esta perspectiva concreta, el mencionado precepto aporta determinaciones muy importantes, pues, al tiempo que acentúa la visión del recluso como un sujeto de derechos, sesga y mitiga la tradicional e impenetrable muralla que ha separado el interior de las prisiones del mundo exterior. Esta idea resulta aceptablemente desarrollada por la legislación penitenciaria que enfatiza el momento y el valor de la libertad y que, de acuerdo con los fines típicos que el art. 25.2 de la CE proporciona a la relación penitenciaria, entiende la vida en libertad como la brújula que debe orientar y guiar la actividad penitenciaria. Atendiendo a esta consideración, el art. 3.3 del RP conforma como principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad la consideración de que el interno no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma, por lo que en consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas⁴¹.

favorable resulta, en cambio, la opinión que el art. 42.1 de la LOGP merece a C. GARCIA VALDES: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2ª ed (reimpresión 1995), Madrid, p. 122, quien abona tal proceder en el criterio tradicional y en instrumentos de Derecho comparado y de Derecho Internacional, como las Reglas 29 y 30.1 de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, art. 28 del Reglamento canadiense, art. 13 de las Normas mínimas mexicanas, art. 81 del Reglamento belga, artículos 38 de la Ley Penitenciaria italiana y 72 de su Reglamento, y art. 102.1 de la Ley de Ejecución alemana, criterios ambos que no nos parecen de recibo, ya que, como en otro lugar hemos señalado (vid. *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit., p. 215), las particulares exigencias de las relaciones especiales de sujeción hay que analizarlas desde la perspectiva que, en cada caso, ofrece el Derecho Positivo interno. Hay que señalar, además, que la jurisprudencia constitucional ha experimentado en este terreno una importante rectificación. Aunque la STC 2/1987, de 21 de enero (BOE de 10 de febrero). Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, que enjuició la legitimidad de sendas sanciones disciplinarias impuestas a un interno en la Prisión de Basauri al amparo del art. 108 del Reglamento Penitenciario de 1981, mantuvo una doctrina bastante flexible en el sentido de que desde luego, una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas [de sujeción especial], no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado, pero esa base normativa también existiría cuando la Ley, en este caso la Ley General Penitenciaria (art. 42 y ss.) se remita en la especificación y gradación de las infracciones al Reglamento (fdto. Jco. 2º), la doctrina se rectifica en la posterior STC 61/1990, de 29 de marzo (BOE de 4 de mayo). Ponente: De la Vega Benayas, que, aunque erróneamente califica la relación del detective privado como una relación especial de sujeción, sienta en esta materia una interpretación de alcance general válida para todo este tipo de relaciones. Dice el Tribunal que no se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo, por lo que siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo [...] El cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación –nunca supresión– a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la relación. Un comentario pormenorizado de esta evolución jurisprudencial en nuestro trabajo *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit., pp. 317 y ss.

⁴¹ Sintetiza muy bien todas estas ideas, el Auto de la AP de Madrid nº 2392/2006, de 29 de mayo, Ponente: Fabiá Mir, JUR 2006/230345, cuando establece: **a)** que la finalidad de la actuación penitenciaria está orientada hacia la reinserción de los internos; **b)** que los internos han de ser considerados no como seres

A esta finalidad sirven, por lo demás, diversas previsiones de la legislación penitenciaria, como las que regulan, por ejemplo, la implicación de la comunidad social en la tarea de regeneración y recuperación del preso⁴², implicación que reviste distintas manifestaciones como las salidas programadas (art. 114.2 RP), o la realización de programas especializados de tratamiento fuera de la prisión (art. 117 RP)⁴³.

Se trata, en definitiva, de que el quiebro que la cárcel produce en la vida social y familiar del interno minimice sus consecuencias. Por ello, llama poderosamente la atención el silencio que la legislación penitenciaria guarda con respecto a la fijación de criterios y parámetros legales para el cumplimiento regionalizado de las penas, criterios que, en cambio, sí hallamos en otras relaciones especiales de sujeción muy significadas como fue el caso mientras existieron de las que afectaban a los soldados de reemplazo, en donde la fractura del sometido con su entorno no se expresaba en unos términos tan radicales. En la legislación penitenciaria no encontramos, en cambio, resquicio alguno sobre el que fundamentar un posible derecho del recluso al cumplimiento efectivo de su condena en un establecimiento próximo a su domicilio⁴⁴. A lo más que se llega es a que los profesionales que diseñan su programa de tratamiento puedan disponer, tras el oportuno examen, trasladarlo a otro centro distinto de aquél en el que se ha verificado su ingreso (art. 20.1 RP), previsión, por lo demás, que no puede entenderse en el sentido de que este traslado tenga que ser necesariamente a uno próximo a su entorno familiar, ya que las pretensiones de este precepto son más limitadas, reducidas a separarlo de una cárcel que se considera perjudicial para su recuperación y rehabilitación. Sin embargo, sorprende este silencio porque si se persigue que la vida en prisión no colisione en exceso con la vida en libertad, si se potencian –con acierto– los contactos con familiares, amigos y allegados (art. 41 y ss. RP), no se oculta que la lejanía del centro penitenciario puede significar un decidido obstáculo de hecho a la realidad, continuidad y frecuencia de estos contactos, convirtiéndolos en un simple *flatus vocis* legal⁴⁵.

eliminados de la sociedad, sino como personas que continúan formando parte de la misma; **c**) que el régimen penitenciario debe ir encaminado a preparar su vida en libertad en las mejores condiciones posibles para el ejercicio responsable de su libertad; y **d**) que el interno no debe romper de forma definitiva sus contactos con el mundo exterior y, en definitiva, que no se sienta temporalmente excluido de forma absoluta de la sociedad a la que debe reintegrarse

⁴² La alta significación que para la eficacia de la función reeducadora tiene la colaboración ciudadana la destaca ampliamente la STS de 4 de febrero de 1994, RJ 1994/831. No obstante, como advierte C. RODRÍGUEZ YAGÜE, *El sistema penitenciario...*, cit., p. 161, esta colaboración también conlleva riesgos como el de “depositar parte importante de la responsabilidad y de la viabilidad de los programas de tratamiento, no ya sobre los profesionales cualificados de la propia Institución penitenciaria, sino en manos de entidades e instituciones que, en unas ocasiones, por su falta de preparación y, en otras, y como la actualidad está demostrando, por contingencias económicas, no puedan ejecutarlas de la manera más correcta”.

⁴³ De todos modos, como indica el AAP Soria nº 200/2007, de 4 de septiembre, JUR 2008/6999, el plan de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad puede declararse improcedente por resultar incompatible –en fechas y horas– con las actividades tratamentales del interno desarrolladas en el centro penitenciario.

⁴⁴ Así lo hace incidentalmente la STS de 7 de mayo de 1996. Aranz. 4220, relativa a la construcción de un nuevo establecimiento penitenciario en Aragón que entrañaría el cierre de otros de los situados en dicha Comunidad Autónoma. El Tribunal desestima que el cierre de éstos últimos centros contraría la Ley penitenciaria porque suponga un desarraigo social y familiar de los reclusos trasladados.

⁴⁵ El tema de las visitas y comunicaciones de los presos es uno de las cuestiones más controvertidas en la práctica, lo que ha dado lugar a una jurisprudencia excesivamente casuística. Así, sobre la base de lo previsto en el art. 45 RP, el Auto de la AP de Madrid nº 1044/2003, de 20 de mayo, Ponente: Beltrán Núñez, JUR

En cualquier caso, no se desconoce que llevar a la práctica esta regionalización no siempre será favorable para todos los presos –lo que supone, por consiguiente, valorar de nuevo la importancia individualizadora del tratamiento–. Aparte de ello, la clasificación de los reclusos en distintos grados y de los establecimientos, según distintos regímenes, conforman elementos fácticos que dificultan, igualmente, en la práctica, aquella tendencia hacia la regionalización en el cumplimiento de las penas que, a nuestro juicio, es extraíble del contexto de los fines constitucionales.

B. La importancia de los fines y la tutela de la libertad genérica del recluso

El énfasis que el art. 25.2 de la CE pone en que las penas privativas de libertad se orienten hacia la reeducación y reinserción social de los condenados debe servir, como decimos, de brújula para el legislador y para la Administración Penitenciaria en aras a orientar no sólo su actividad normativa, sino también –y muy principalmente– su

2005/257497, distingue entre comunicaciones íntimas, que tienen un carácter predominantemente sexual, y convivencia, cuyo sentido es reforzar los lazos familiares [en el mismo sentido también el Auto de la AP de Madrid nº 2484/2005, de 14 de julio, JUR 2005/263929]. También, dentro del régimen de visitas, la jurisprudencia interpreta que la visita mensual que el art. 45.5 RP establece, tiene un carácter de mínimos, por lo que, por ejemplo, procede otorgar una visita para el padre y otra para la madre, habida cuenta de la mala relación existente entre ambos [Auto de la AP de Madrid nº 3782/2004, de 14 de diciembre, Ponente: Fabiá Mir, JUR 2005/267920]. En esta línea, constituye asimismo un factor a ponderar la existencia de hijos, concediendo las visitas más frecuentemente si existen hijos menores de edad [sobre ello, Auto de la AP de Madrid 1044/2003, citado más arriba].

Por último, dentro del régimen de visitas, una cuestión hondamente problemática es también la de delimitar, a efectos de visitas y comunicaciones, las nociones de pariente y de amigo. La reciente STC 128/2013, de 3 de junio, considera justificada la decisión del Centro Penitenciario de Algeciras de restringir el concepto de pariente a los familiares de segundo grado, ya que “ha de descartarse que la decisión del centro penitenciario fuese arbitraria, esto es, caprichosa o adoptada en contemplación a la específica persona del demandante en amparo, pues constituyó ejecución de criterios generales de aplicación de la normativa reguladora del régimen penitenciario. Tal como avala el informe del director del centro penitenciario aportado junto con el escrito de alegaciones del Abogado del Estado, el elevado número de internos del centro (1700 frente a los 400 del centro penitenciario de Jaén desde el que se había trasladado el demandante) y las limitaciones entonces existentes en el sistema informático impedían un control suficientemente seguro de las numerosas comunicaciones con los internos si no se acotaba el concepto de familia a los parientes hasta el segundo grado a efectos de autorizar las comunicaciones tan sólo acreditando el parentesco” (F. Jco. 5º).

Sobre el concepto de amigo o allegado es de gran interés el Auto de la AP de Madrid nº 774/2004, de 23 de marzo, Ponente: Fabiá Mir, JUR 2004/238227 y también el Auto de la AP de Guipúzcoa nº 27/2004, de 8 de marzo, Ponente: Rodríguez Acevedo, JUR 2004/201223, que pondera, con vistas a conceder la visita, el propio historial del amigo y la influencia que puede ejercer sobre el recluso.

En materia de comunicaciones telefónicas también rige tal casuismo. Por regla, el art. 47 RP permite que se autoricen comunicaciones telefónicas, a) cuando los familiares residan en localidades alejadas o no puedan desplazarse para visitar al interno; y b) cuando el interno haya de comunicar algún asunto importante a sus familiares, al Abogado defensor o a otras personas. Sobre estas premisas legales, atendiendo a las circunstancias del caso, a los familiares se ha equiparado la novia del recluso, siempre que se acredite la relación sentimental [AAP Madrid nº 2392/2006, de 29 de mayo, JUR 2006/230345]. Sin embargo, se ha considerado que, dentro del ámbito de aplicación del art. 47 RP, no cabe la pretensión de comunicar con una interna en otro centro penitenciario, porque no se acredita relación sentimental, ni necesidad de comunicar un asunto importante [AAP Lleida nº 289/2012, de 19 de junio, JUR 2012/259762]. En cambio, el AAP Madrid nº 3542/2009, de 11 de noviembre, JUR 2010/18834, se muestra particularmente sensible con la situación de los extranjeros reclusos en cárceles españolas a la hora de permitir sus comunicaciones telefónicas. Así, revoca la denegación que se había hecho a una interna nigeriana, dado que “no es posible el rigor en la acreditación de la titularidad de los números telefónicos, dadas las diferencias culturales, económicas y de todo tipo existentes en el citado país africano” (FD 2º).

cotidiana actividad de ejecución⁴⁶. Los objetivos y principios que el art. 83 del RP fija para el régimen abierto, pienso que están marcando, en puridad, los objetivos de la resocialización y rehabilitación del preso, fin típico de la relación penitenciaria. En este sentido, subraya este art. 83 que la actividad penitenciaria presenta como norte la autorresponsabilidad, mediante el estímulo de la participación de los internos en la organización de las actividades, la normalización social e integración, proporcionando al interno, siempre que sea posible, atención a través de los servicios generales de la comunidad para facilitar su participación plena y responsable en la vida familiar, social y laboral, la prevención para tratar de evitar la desestructuración familiar y social y la coordinación con cuantos organismos e instituciones públicas o privadas actúen en la atención y reinserción de los reclusos, promoviendo criterios comunes de actuación para conseguir su integración en la sociedad.

Desde la contemplación de estos objetivos y principios, en que se cifra el fin típico que la Constitución ha diseñado para la relación penitenciaria, han de examinarse, en suma, los diferentes aspectos y facetas que conforman la mencionada relación. Dicha constitucionalización de los fines no acaba, por consiguiente, con la funcionalidad que la institución de las relaciones especiales de sujeción continúa prestando en este ámbito, aunque sí obliga a situar la relación penitenciaria bajo la orientación e influencia de aquéllos fines.

La trascendencia de estos fines no sólo sirve para tutelar y garantizar el juego en la relación penitenciaria de los derechos fundamentales *stricto sensu*, sino para algo más importante: para tutelar y garantizar aquellos aspectos y facetas de la vida del recluso que no pueden inscribirse dentro del contenido de alguno de los derechos que aparecen regulados expresamente en nuestra Norma Fundamental, sino que, por el contrario, se conectan al genérico principio de libertad, que se hace presente en nuestra Constitución a través de su art. 10.1. Esta libertad de orientar la propia acción⁴⁷ es, de hecho, la que se siente más fuertemente constreñida en el seno de las relaciones especiales de sujeción, porque actuaciones cotidianas y vitales muy importantes de cara al libre desarrollo de la personalidad del recluso, resultan normalmente mediatizadas y condicionadas. La legislación penitenciaria da una buena muestra de esta temática cuando señala que las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos consistirán, entre otras cosas, en la observación de los internos (art. 65 RP), la cual estará encaminada al conocimiento de su comportamiento habitual y de sus actividades y movimientos dentro y fuera del departamento asignado, así como de sus relaciones con los demás internos y del influjo beneficioso o nocivo que, en su caso, ejercieren sobre los mismos (art. 66 RP)⁴⁸.

La vida cotidiana del preso resulta, por tanto, observada en todos sus

⁴⁶ Muy expresivamente afirma la STC 58/1998, de 16 de marzo (BOE de 22 de abril). Ponente: Viver Pi-Suyet, el propio adjetivo penitenciario de la Ley es rico en sugerencias relativas al necesario contenido material de la finalidad de limitación, que tendrá que estar anudada a las propias de la institución penitenciaria (fdto. Jco. 3º)

⁴⁷ STC 341/1993, de 18 de noviembre (BOE de 10 de diciembre), fdto. jco. 4º.

⁴⁸ La premisa de todo ello la constituye el hecho cierto de que las celdas –como dice la SAP de Huelva nº 155/2009, de 1 de diciembre, ARP 2010/598- no son un domicilio, sino dependencias de un edificio público, por lo que para entrar en las mismas no se precisa de autorización judicial.

movimientos; sus actividades vitales condicionadas y reguladas⁴⁹. En dicha operación se invocan y hacen presentes valores como la seguridad del establecimiento o el éxito del tratamiento, que, en nuestra opinión, no pueden entenderse como un fin en sí mismo, sino como valores enmarcados y transidos por atmósfera superior de los fines que la Constitución ha templado para la relación penitenciaria⁵⁰.

⁴⁹ Lo que, consiguientemente, plantea el espacio que resta a la intimidad del recluso. Esta intimidad, como ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, se explica, como señala la STC 57/1994, de 28 de febrero (BOE de 24 de marzo), como una consecuencia de la restricción derivada de la privación de libertad, pues quedan expuestas al público actuaciones que normalmente se consideran privadas. En cualquier caso, es importante, en nuestra opinión reducir al mínimo este ámbito público de conocimiento de actuaciones privadas. Por ejemplo, así lo hace la STS de 10 de febrero de 1999 (art. 510). Ponente: Jiménez Villarejo, que examina en casación penal la divulgación por un periodista en un artículo de que dos presos que tenían el SIDA, prestaban servicios en las cocinas de la Prisión. El TS confirma, aunque apreciando como atenuante la causa de justificación, la existencia de un delito de revelación de secretos informáticos, pues en consecuencia, y con independencia de cuáles sean las verdaderas vías de contagio del SIDA, no podría negarse que era un hecho noticiable [...]. El acusado, pues, podía honestamente pensar que, publicado este hecho cuya veracidad ciertamente le constaba, informaba a la opinión pública de algo que la misma tenía derecho a conocer, lo que no puede ser desconectado del interés colectivo en que el remedio de los eventuales fallos de la Administración sea impulsado, cuando sea preciso, por la presión de la opinión pública [...] Lo noticiable, en cualquier caso, era la mera presencia de enfermos de SIDA en la cocina de la prisión, no la identidad de los mismos (FD 6º)

Modélicas en este sentido nos parecen las SSAP de Madrid de 26 de enero de 2000, AC 2000/847 y AC 2000/3304, que, al amparo de la Ley de Protección al Honor, consideran violado el derecho a la intimidad del recluso L.R., por la divulgación que diversos medios de comunicación social hicieron de que el recluso había pedido permiso de un vis a vis para congelar su semen. Para la AP, la relevancia pública de la persona aludida en la noticia y la ausencia de precedentes en tal sentido en el ámbito carcelario, no justifica el sacrificio del derecho fundamental dando a conocer al público los aspectos más íntimos del recluso demandante. En cambio, la AP no considera violado el derecho al honor porque no se ha producido descrédito ni difamación del demandante, ni tampoco es ofensivo para el mismo.

⁵⁰ El orden público carcelario es la noción que, más frecuentemente, se usa para limitar lo que llamaríamos libertades informativas de los reclusos. Así, sobre la base de él, se prohíbe introducir un radiocasete en el centro penitenciario [Auto de la AP de La Rioja nº 85/2005, de 20 de abril, Ponente: Mota Bello, JUR 2005/114280]; o se prohíben las concentraciones de quince minutos que los presos venían haciendo en la prisión con banderolas y cartelería [Auto de la AP de Guipúzcoa nº 51/2004, de 10 de marzo, Ponente: Unanue Arratibel, JUR 2004/201113]. En cambio, el Auto de la AP de Guipúzcoa nº 2053/2004, de 7 de abril, Ponente: Fontcuberta de la Torre, JUR 2004/210212, considera que no altera el buen funcionamiento de la prisión, el hecho de que los presos porten camisetas con la leyenda Presos vascos a Euskal Herria.

Otro tema recurrente en la jurisprudencia es el relativo al uso de ordenadores o de máquinas de escribir eléctricas, instrumentos ligados a la efectividad de su derecho a la educación. En general, se niega la posibilidad de utilizar ordenadores portátiles personales, exhortando a que las adquisiciones se hagan a través del demandadero del centro y de que los ordenadores así adquiridos contengan un programa básico de funcionamiento ofimático, sin opciones multimedia de ocio [AAP Castellón nº 484/2005, de 8 de noviembre, JUR 2006/290746]. Por la misma razón de la seguridad interior del establecimiento, se deniega la utilización de una video consola *playstation*, entendiéndose que, con ello, “no se ventila nada referente al estatuto personal del interno, sino una cuestión de orden y seguridad en el centro penitenciario” [AAP Castellón nº 72/2011, de 14 de febrero, JUR 2011/170808]. El AAP de Madrid nº 1280/2004, de 13 de mayo, JUR 2004/236829, después de resaltar ampliamente como “elemento fundamental” del régimen penitenciario, “el intento de conseguir que el interno no rompa de forma definitiva sus contactos con el mundo exterior y, en definitiva, que no se sienta temporalmente excluido de forma absoluta de la sociedad en la que debe reintegrarse” (FD 1º), entiende justificada la negativa a que se use una máquina eléctrica de escribir por parte de un interno perteneciente al GRAPO, por el complejo mecanismo y características de manejo que la hacen muy similar a los ordenadores. En todo caso, dentro de esa acción positiva a la que está llamada a desempeñar la Administración Penitenciaria, la AP resalta lo siguiente: “En cualquier caso, consideramos que siempre que se compruebe la necesidad de utilización de máquina de escribir eléctrica o, incluso, ordenador, para facilitar los estudios universitarios del interno, *el establecimiento debería esforzarse en encontrar un aparato que, por sus características técnicas, permitiera el control de la información en él almacenada y el uso del mismo en un lugar y tiempo que no perturbara las reglas de comportamiento*” (FD 2º). Todas estas ideas han

terminado por consolidarse y adquirir fijeza en la STS 167/2013, de 28 de febrero, dictada en sede del recurso de casación para unificación de doctrina nº 20495/2012 [recurso, por cierto, que en materia penitenciaria instauró la Disposición adicional quinta de la LOPJ, conforme a la redacción dada por la LO 5/2003, de 27 de mayo]. En dicha decisión, el TS, frente a los autos de contradicción de la AP de Madrid de 13 de enero de 2010 y de 30 de marzo de 2011, avala las decisiones tomadas tanto por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria como por la AP de Lugo [Autos de 3 de noviembre de 2011 y de 11 de abril de 2012, respectivamente] de denegar la autorización para que un interno pudiera utilizar una videoconsola con módem marca Playstation 2: "...como se señala por el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso, el artículo 51 del Reglamento Penitenciario señala los artículos y objetos no autorizados e incluye, entre otros, a todos aquellos que puedan suponer un peligro para la seguridad así como los expresamente prohibidos por las normas de régimen interior del establecimiento. Y el Protocolo de Actuación en Materia de Seguridad, aplicable en los Centros Penitenciarios, aprobado mediante la Instrucción 3/2010, por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, establece en su Introducción que nuevos elementos electrónicos de alta precisión y tecnología contribuyen a crear espacios de inseguridad y en el apartado 2.2 de su articulado, referido al control de objetos prohibidos, se dice que se considerarán prohibidos los relacionados en el Anexo II, y examinado tal Anexo puede comprobarse que dentro del apartado C) que lleva como epígrafe aparatos electrónicos se incluye como prohibidos, en su número 8º, las videoconsolas y los videos juegos, y en su número 5 los reproductores y/o grabadores de imagen. Fue precisamente la posible quiebra de la seguridad del Centro Penitenciario lo que determinó que el Auto recurrido, de fecha 11 de abril de 2012, y los que vino a confirmar, no autorizasen la introducción de una videoconsola modelo Playstation II, decisión que se presenta acorde con lo que se dispone en el artículo 51 del Reglamento Penitenciario y con la relación de objetos prohibidos a los que se refiere la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias antes mencionada" (FD 2º).