

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO*

*Ricardo M. Mata y Martín***

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

Palabras clave: sistema penitenciario, garantía ejecutiva, principio de legalidad, reserva de ley, mandato de certeza, analogía, irretroactividad.

THE LEGALITY PRINCIPLE IN THE PENITENTIARY SYSTEM

Abstract: The legality principle, as the backbone of the entire penal system, also takes effect in the penitentiary system. The generic principle of legality in criminal

* El presente trabajo fue publicado en la *Revista General de Derecho Penal*, n.º 14, 2010. <http://www.iustel.com>.

** Catedrático acreditado de Derecho Penal. Profesor Titular de la Universidad de Valladolid. Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid (España). Correo electrónico: [rimata@der.uva.es]. Fecha de recepción: 21 de julio de 2011. Fecha de modificación: 3 de agosto de 2011. Fecha de aceptación: 23 de diciembre de 2011.

matters includes the so-called executive guarantee. This penitentiary or executive guarantee may be added to the criminal, penal and jurisdictional safeguards that apply at the execution phase of custodial sentences imposed on perpetrators of criminal acts. What follows is an attempt to determine in a more precise way the consequences of applying the legality principle to the system of enforcing custodial sentences and it goes on to analyze some of them. With this in mind, its aim is to point out the assumptions of the principle, its regulatory content in the Spanish legal system, the fundamental consequences of the legality principle for the enforcement of custodial sentences, as well as some particular considerations with respect to its application in the penitentiary system that is in force today.

Key words: Penitentiary system, executive guarantee, legality principle, reserve of the law, legal certainty, analogy, non-retroactive effect

I. SENTIDO GENÉRICO DE LA GARANTÍA EJECUTIVA

En el genérico principio de legalidad en materia penal se incluye la llamada garantía penitenciaria o ejecutiva —la cual se suma a las garantías criminal, penal y jurisdiccional—, que se corresponde con la ejecución de las condenas impuestas a los autores de hechos delictivos, en especial para el presente trabajo en lo que concierne a la fase de realización de las penas privativas de libertad por la Administración Penitenciaria. La vigencia del principio de legalidad en el contexto de la ejecución de penas de prisión excluye, en primer lugar, la admisión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas jurídicamente de libertad.

Pero además, la extensión del mencionado principio al sistema penitenciario reclama el respeto a la Ley en la ejecución de las penas que tiene encomendadas. Y no puede ser de otra manera pues, en realidad, la previa condena y aplicación posterior de la pena únicamente encuentra legitimidad y fundamento en el ordenamiento jurídico¹. La vigencia del principio de legalidad en el momento de la ejecución de la pena de prisión significa que la vida en prisión, en los aspectos fundamentales, está presidida por el respeto a las normas. Naturalmente la vida en prisión no se agota con lo previsto en la Ley, pero el respeto al sistema legal durante la ejecución de la privación de libertad implica que la misma no puede ser reconocible o comprensible sin su referencia a las disposiciones legales².

1 F. Bueno Arus, *El sistema penitenciario español*. Ministerio de Justicia, 1966, p. 49. “Solo en el Derecho y por el Derecho cobran sentido y justificación las limitaciones que se imponen a la libertad del condenado”.

2 Por eso cuando A. Beltrán Núñez. “El cumplimiento de la pena de prisión”, en M. C. Molina Blázquez (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, 2005, p. 140, señala tajantemente que “Cualquier intento de explicar la vida en prisión a partir de las normas de la legislación penitenciaria es vano”, inmediatamente debe matizarlo. “La ley y el reglamento penitenciarios establecen una serie de normas jurídicas que regulan la vida del preso. Pero si se pone el acento solo en ellas se pierde la perspectiva de la realidad sobre la que se proyectan”. No es menos cierto que los reclusos y el propio sistema penitenciario en su conjunto crean sus normas no jurídicas, incluso contra *legem*, hasta el punto de decirse

Admitidas la exclusión de arbitrariedad y la necesidad de respeto a las normas, la dificultad estriba en determinar de forma más precisa las consecuencias de la aplicación del principio de legalidad al sistema de ejecución de las penas privativas de libertad. En este sentido, el trabajo quiere señalar los presupuestos del principio, su recogida en el sistema jurídico español, las consecuencias fundamentales que para el cumplimiento de las penas privativas de libertad trae el principio de legalidad, así como algunas particulares consideraciones respecto a su aplicación en el sistema penitenciario vigente. La importancia del respeto al principio de legalidad resulta máxima, pues afecta a la legitimidad misma del sistema. Ferrajoli³ pone de manifiesto la íntima vinculación entre la racionalidad atribuida al sistema penal y su legitimación.

Su fundamentación racional, aun en el variar de los criterios de racionalidad, ha sido invariablemente considerada equivalente a su justificación ético-política; mientras su irracionalidad ha sido siempre, por el contrario, equiparada al despotismo y al abuso de poder. Al mismo tiempo, su rígida disciplina jurídica, mediante técnicas específicas de limitación y de legitimación legal, se ha revelado como la principal garantía de la racionalidad y de la justificación del poder de castigar, de prohibir y de juzgar.

Como se puede apreciar del texto anterior, la racionalidad del sistema penal tiene que ver en buena medida con sus límites y garantías. De ahí el papel fundamental de estas garantías en la legitimación del mismo sistema, con un espacio destacado para el principio de legalidad. En ese sentido podría afirmarse, como lo hace Naucke⁴, que el principio de legalidad es la Constitución, de contenido limitado, del derecho criminal. Con todo ello, y de acuerdo con lo que vamos a señalar a continuación, el

que “la práctica es la que hace la norma y no la norma la que hace la práctica”. I. Mansuy, “Principe de légalité et d’exécution des peines en France et Allemagne, Droit = droits ?”, *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [en línea], vol. I, 2005, mis en ligne le 13 novembre 2009.

- 3 I. Mansuy, *ibid.*, pp. 21-2. También Naucke, W. “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en AA. VV. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Trad. de Pablo Sánchez-Ostiz, Comares, 2000, p. 545, relaciona racionalidad y principio de legalidad del sistema penal: “Sin principio de legalidad no hay en los tribunales ambiente alguno posible de racionalidad”. J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las Leyes Penales*, Trotta, 2003, p. 135, parece restarle protagonismo al principio de legalidad al no admitir que proporcione todo el componente de validez del Derecho Penal, como sucedería con la determinación del ámbito de tutela, de los criterios de responsabilidad o en la configuración de las sanciones. De esta manera resulta excluido del conjunto de principios con los que el autor estructura su modelo de racionalidad penal. Pese a ello no deja de indicar que “constituye un componente de legitimación de las demandas formuladas al ciudadano para que acomode su comportamiento a la norma que está fuertemente arraigado en nuestra sociedad”, debido a la representatividad que encarna y las exigencias formales del procedimiento legislativo. *Ibid.*, p. 147.
- 4 W. Naucke, “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal...”, *cit.*, p. 546. El principio era considerado por L. Jiménez de Azúa, “Nullum crimen, nulla poena sine lege”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 63, 1951, p. 197, como la “Ciudadela inexpugnable, erigida para el bienestar de los hombres libres, piedra angular del Derecho Penal liberal, en otras palabras, del Derecho del hombre civilizado”.

principio de legalidad puede entenderse como limitador de facultades punitivas pero al mismo tiempo como fundamento del sistema penal.

II. FUNDAMENTO Y ORIGEN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad penal y sus consecuencias forman parte indisoluble de la cultura jurídico-penal europea⁵, a pesar de todas las crisis y dificultades que se ciernen sobre el mismo⁶. En general, se acepta que el principio de legalidad del sistema penal responde a una doble dimensión producto ambas de la evolución histórica europea. Por

-
- 5 En este sentido W. Naucke. “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal...”, cit., p. 545. También R. Bergalli. “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”. *Jueces para la Democracia*, n.º 32, 1998, p. 58, señala que “el principio de legalidad arraiga entonces en la propia historia del Estado moderno y constituye, junto a otros principios, un fundamento ineludible de la organización política indivisible de la modernidad jurídica”. Autor que diferencia entre el principio de mera legalidad, como principio perteneciente al derecho público que establece las condiciones para la existencia de toda norma jurídica y, por otra parte, el principio de estricta legalidad, con el cual se condiciona la validez de las leyes a la taxatividad de sus contenidos. Este último constituye una garantía exclusiva del Derecho Penal que impone ciertas exigencias a la propia ley y a los jueces en su aplicación. Las garantías del principio de legalidad del Derecho Penal propio del Estado constitucional son las que establecen las diferencias con la omnipotencia del legislador penal en los Estados meramente legales; *ibíd.*, p. 59. Ahora bien, este autor indica que junto a las razones que fundamentan el principio existirán otras razones de estado que permitirán su violación, cuando se ponen bajo cuestión los proyectos de dominación ensayados por el poder: “es entonces cuando la razón de Estado prima sobre las razones jurídicas, o sea sobre el derecho”; *idem*.
- 6 Respecto a estas situaciones de crisis y falta de efectividad teórica y práctica del principio de legalidad —para el aspecto concreto del mandato de determinación—, Süß. “El trato actual del mandato de determinación”, en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, 2000, p. 242, señala que únicamente se comprende de forma más plena en el contexto de una desvalorización del principio que tiene distintas vertientes. Además, este autor efectúa un inventario crítico de las causas más sobresalientes de la falta de vigencia fáctica del mandato de determinación. En todo caso, señala que la falta de vigencia lo es en la práctica en cuanto al reconocimiento y cumplimiento de sus exigencias pero no en su reconocimiento normativo; *ibíd.*, pp. 225 y 232 y ss. R. Bergalli. “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”, cit., p. 62, señala que la vigencia del principio se encuentra fuertemente socavada por las transformaciones sufridas por el Estado y por las interpretaciones surgidas desde distintas tradiciones jurídicas, pese a lo que “sigue constituyendo un referente central para el control al abuso del poder ejercido tanto desde los sistemas políticos cuanto desde los sectores hegemónicos de la sociedad”. L. Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, 2005, p. 23, apunta motivos epistemológicos y de falta de claridad en los fundamentos axiológicos en la crisis del modelo garantista de la Ilustración. Pese a señalar la crisis de la ley en el sistema jurídico, J. L. Díez Ripollés. *La racionalidad de las Leyes Penales*, cit., p. 72, afirma “la indiscutida vigencia del principio de legalidad penal”. Indica como factores que influyen en la pérdida de centralidad de la ley en el sistema jurídico aspectos relativos a la reestructuración del Estado de derecho moderno, otros vinculados a la transformación de las fuentes del derecho y, finalmente, el control de constitucionalidad de las leyes que otorga a la jurisdicción un papel preponderante frente a la legislación; *ibíd.*, pp. 67 y ss. A pesar de esta dinámica, señala el autor, “el derecho penal se ha mantenido durante los dos últimos siglos firmemente anclado en los postulados básicos del Estado de derecho liberal originario”; *ibíd.*, p. 71. Puede consultarse también lo que J. Álvarez García. *Sobre el principio de legalidad*, Ciudad, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 119 y ss, 193 y ss. denomina la pérdida de autoridad del Código Penal y de la misma idea de la Ley.

una parte, se considera consecuencia de planteamiento jurídico-político de la organización social, en su sentido más amplio, y además posee una perspectiva jurídico-penal indudable⁷. Efectivamente, el principio de legalidad constituye un punto de encuentro de distintas perspectivas, “aparece enclavado en el punto de acoplamiento estructural o interpenetración”⁸ del sistema político y el sistema jurídico.

A. Dimensión jurídico-política

La dimensión política conecta, por una parte, con la formulación de las teorías convencionalistas, según las cuales para hacer posible la vida en sociedad el individuo hace cesión de parcelas de su soberanía cuyos límites quedan fijados en la ley como expresión de la voluntad general de la sociedad.

Sin el apoyo normativo del Derecho Natural, el hombre no tiene otro apoyo que él mismo. Y cuando se reúne con otros hombres formando un grupo, una sociedad o un Estado, todos quedan, al mismo tiempo, obligados entre sí, pues la soberanía y libertad de unos quedan limitados por la soberanía y libertad de otros. Es decir, deben reunirse pacíficamente y acordar los límites de su libertad, los límites hasta los que están dispuestos a renunciar a su soberanía. Estos límites deben ser trazados con precisión y ser estrictamente controlados, pues con el transcurso del tiempo se tiene que decidir sobre los límites de la libertad individual y puede darse un poder ilegítimo, autoritario. Estos límites los traza el derecho y se reflejan en las leyes que, según el esquema ideal, se han dado todos y que, consecuentemente, todo el que las aplica queda estrictamente vinculado a ellas. Solo esta vinculación garantiza que la convivencia humana no conduzca a infracciones jurídicas, pues hasta los límites de la libertad, trazados idealmente, y solo hasta ellos, ha renunciado todo el mundo a su libertad en interés de la sociedad civil, que es su propio interés⁹.

Las exigencias fundamentales del principio de legalidad entroncan con un postulado básico del liberalismo político, el de la vinculación del poder ejecutivo y del poder judicial a las leyes generales. Se trata de asegurar, mediante la vinculación de los poderes a la ley abstracta, la libertad del ciudadano ante posibles injerencias en la misma¹⁰.

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

8 J. M. Silva Sánchez. “Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?”, en Arroyo Zapatero y Nieto Martín (dirs.), Muñoz De Morales Romero (coord.), *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 70.

9 W. Hassemer. *Fundamentos de Derecho Penal*. Trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, 1984, p. 312.

10 Cfr. C. Roxin. *Derecho Penal. Parte general, t. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Trad. y notas Luzon Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, 1999, pp. 144-5.

La dimensión política integra no solo las limitaciones a la imposición de sanciones, según el previo acuerdo social, sino que al tiempo manifiesta el origen legítimo del castigo. Desde esta perspectiva se produce un acuerdo de todos como miembros de la sociedad sobre los límites de la libertad y la pérdida de esta para formar la comunidad¹¹. En esa situación, la ley es expresión de la voluntad general que manifiesta tales límites. “El principio de legalidad es en sus orígenes no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal [...] como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general”¹².

También desde el punto de vista jurídico-político existiría una manifestación del principio de división de poderes en el de legalidad, pues en definitiva dicha división no es sino consecuencia del principio liberal de imperio de la ley¹³, el cual introduciría un refuerzo de la libertad frente al poder, estableciendo ámbitos propios para cada uno de ellos; frente al poder ejecutivo solo los Juzgados y Tribunales pueden juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ejecución que se deberá poner en práctica de acuerdo con lo previsto en la ley¹⁴.

Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación de derecho y se le reduce a la función de aplicar el derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de esa forma se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo¹⁵.

De esta manera, el fundamento político del principio de legalidad es correlato de la idea de libertad y del Estado de derecho, del que se derivaría la exigencia de ley formal y de seguridad jurídica. En concreto se vincula, como se ha puesto de manifiesto, a la idea del acuerdo social y de la división de poderes como presupuestos de la organización jurídico-política de la sociedad en el marco del liberalismo político: “Los antecedentes ideológicos que precedieron a la construcción del principio de legalidad se remontan a las teorías del contrato social de Rousseau y a la división de poderes de Montesquieu”¹⁶. La evolución del pensamiento penal de la Ilustración llevará a la afirmación del principio de legalidad como conjunto de garantías del ciudadano frente

11 B. Schünemann. *Nulla poena sine lege?* De Gruyter, 1978, p. 1.

12 Cfr. L. Arroyo Zapatero. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 8, 1983, pp. 12-13. Fundamento denominado democrático representativo por este autor.

13 Cfr. C. Roxin. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 145.

14 L. Arroyo Zapatero. “Principio de legalidad...”, cit., p. 13.

15 C. Roxin. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 145.

16 R. Vicente Martínez. *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 17.

al *ius puniendi* estatal, concepciones que progresivamente serán introducidas en las Declaraciones de derechos, Códigos penales y Constituciones.

B. Dimensión jurídico-penal

Pero también se ha indicado la existencia de una dimensión jurídico-penal específica de la que procede el principio de legalidad¹⁷. En este sentido, el principio comentado sería expresión de la particular función de la norma y sanción penales. De acuerdo con los fines de las normas jurídico-penales, para poder cumplir con sus funciones intimidatorias y motivadoras de la conducta de los ciudadanos, resulta necesario que la conducta prohibida y la pena establecida como castigo sean conocidas de forma previa para así poder servir de contramotivo frente a los impulsos delictivos, “la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida”¹⁸. En definitiva, la necesidad de que las prohibiciones penales se formulen previamente mediante una ley penal que las establezca y así puedan ser conocidas por los ciudadanos conecta con la función preventiva general de la ley penal¹⁹. Precisamente en conexión con su teoría de la coacción psicológica, que atiende a los efectos que produce en los ciudadanos la amenaza con sanciones de la ley penal, será Feuerbach quien realice la conocida formulación latina del principio: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”²⁰.

Pero también se señala al principio de culpabilidad como otro de los factores jurídico-penales que sustentan el de legalidad. Como la culpabilidad se considera presupuesto y fundamento de la pena, será necesario para que concurra tal presupuesto que el sujeto conozca o hubiera podido conocer que su conducta estaba sancionada²¹. Con todo ello se hace evidente la necesidad de ley anterior al hecho (irretroactividad de la ley penal) y de la precisión en la descripción de la conducta prohibida (mandato de determinación o certeza), como implicaciones derivadas del principio de legalidad.

17 Cfr. L. Arroyo Zapatero. “Principio de legalidad...”, cit., p. 14.

18 C. Roxin. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 146. También J. Cid Moliné. “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 140, 1996, p. 147: “la legalidad material es funcional a la prevención porque a mayor claridad en la determinación de los comportamientos sancionados, más nítido llega el mensaje motivador al ciudadano”.

19 B. Schünemann. *Nulla poena sine lege?*, cit., p. 23.

20 Realizada en el año 1801 en la primera edición de su *Lehrbuch*. Cfr. B. Schünemann. *Nulla poena sine lege?*, cit., pp. 2-3 y 9.

21 C. Roxin. *Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 146.

C. Enunciación actual

En la actualidad, la evolución social y la mayor complejidad normativa llevan a una enunciación algo diferenciada o adaptada al contexto presente de los postulados de legalidad del sistema penal²². En este sentido, se habla de una primera dimensión democrática que transfiere legitimidad a la ley penal. En ella puede verse tanto lo que afecta al órgano representativo y deliberativo al que se atribuye la capacidad de aprobación de las leyes, como lo relativo al respeto de principios y derechos fundamentales. Otro de los aspectos de la legalidad en su momento actual tiene que ver con la pretensión de lograr un sistema penal con aplicaciones previsibles y estables. Se entiende que esta pretensión se logra mediante una interacción de los poderes legislativo y judicial basada en parámetros constitucionales y científicos que hagan de la interpretación y aplicación de la ley una actividad calculable y estable, en definitiva, el mayor acercamiento a la certeza del sistema penal. Finalmente, se encuentra la dimensión institucional que reclama el control de legalidad por parte de los Tribunales, en particular por un Tribunal Constitucional.

III. LAS FÓRMULAS NORMATIVAS DEL PRINCIPIO

A. El artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (logp)

Lo que se considera generalmente la plasmación del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria del artículo 2 de la logp²³, puede entenderse como la más representativa de sus manifestaciones legales al establecerse en la ley específicamente destinada a regular la ejecución de las penas privativas de libertad. El precepto indicado señala que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”. La fórmula tiene su antecedente en la reforma del Reglamento del Servicio de Prisiones por RD 2273/1977 de 29 de julio y en trabajos doctrinales anteriores²⁴.

22 La breve exposición que sigue se hace sobre la base de lo señalado por J. M. Silva Sánchez. “Principio de legalidad y legislación penal europea...”, cit., *passim*.

23 Comúnmente se acepta que el artículo 2 de la logp expresa específicamente la vigencia del principio de legalidad en la ejecución de las penas privativas de libertad. Así F. Bueno Arus, “Estudio preliminar”, en C. García Valdés, *La reforma penitenciaria española —textos y materiales para su estudio—*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, pp. 11 y 31. C. García Valdés. *Comentarios a la legislación penitenciaria española*, Civitas, 1982, p. 34. Mapelli y Terradillos. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, 1990, p. 139. L. Gracia Martín (coord.). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. Tirant lo Blanch, 1996, p. 286. R. Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal*, cit., p. 106.

24 La mencionada reforma del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956, mediante RD 2273/1977 de 29 de julio, estableció en el artículo 1.1 de la citada norma “Las instituciones penitenciarias que se regulan en este reglamento tienen como fin primordial realizar una labor reformadora y de reinserción social, además de la retención y custodia de los detenidos, presos y sentenciados, en orden a la ejecución de las penas y medidas correspondientes. Su actividad se desarrollará con las garantías y dentro de

El fundamento del principio de legalidad apunta a la necesidad de una norma legal como sustento del funcionamiento del sistema penitenciario, y nuestro sistema constitucional —como se verá— a la necesidad de una ley orgánica (y no otra clase de norma) para regular la materia penitenciaria. Sin embargo, la fórmula empleada por el artículo 2 de la *logp* hace referencia no solo a la ley sino también a los reglamentos y las sentencias judiciales.

La elección por el legislador de esta concreta redacción permite realizar algunas precisiones sobre el contenido real del precepto. Por una parte, al hacer mención el artículo 2 a factores determinantes de la actividad penitenciaria distintos de la ley, puede considerarse que se configura un principio de legalidad de forma más amplia. Como las sentencias y, especialmente, los reglamentos quedan abarcados en la cláusula del segundo artículo de la Ley penitenciaria española, las garantías dimanantes del principio de legalidad deberían considerarse cumplidas con las previsiones reglamentarias y de la sentencia condenatoria. De esta manera se vería en la literalidad del artículo 2 una fórmula no cerrada, no exclusivamente vinculada a la ley estricta que permitiría otras fuentes ajenas a la Ley como fundamentadoras de la actividad penitenciaria. Algunas reflexiones sobre el principio de legalidad penitenciario parecen querer avalar esta tesis. Especialmente en los momentos inmediatamente posteriores a la aprobación de la Constitución de 1978, y a la propia Ley Orgánica General Penitenciaria se admite que la constricción normativa a la que debe someterse la actividad penitenciaria no se ciñe exclusivamente a la Ley, sino también al Reglamento²⁵. Este punto de partida llevará —con ayuda de las previsiones del artículo 2 *logp* y de la teoría de las relaciones especiales de sujeción— a estimar una reserva de ley en el ámbito penitenciario en sentido extenso que se corresponderá con el llamado bloque de legalidad. Claro que no debe confundirse que la compleja y total actividad penitenciaria pueda regularse también a través de reglamentos con que la reserva de ley comprenda a tales normas.

Cervelló²⁶ acepta de forma explícita el ámbito ampliado del principio de legalidad al incluir no solo la ley sino también el reglamento en lo que algunos denominan “bloque

los límites establecidos por las leyes, reglamentos y resoluciones judiciales”. Con anterioridad, en un estudio de F. Bueno Arus, “El sistema penitenciario español”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 169-171, abril-diciembre, 1965, p. 205, este autor había señalado que “El recluso tiene derecho a que la actividad de la Administración penitenciaria sobre él se desarrolle dentro de los límites establecidos por la Ley, los Reglamentos y la sentencia judicial”. Téngase en cuenta que, como señala el propio F. Bueno Arus, “Estudio preliminar”, cit., pp. 9-10, “el contenido de esta [por la Ley Orgánica General Penitenciaria] no era tan novedoso como pareció darse a entender en algunos casos, pues en gran parte la nueva normativa se limitó a legalizar, con algunos retoques, las normas incorporadas al Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, sobre observación y tratamiento, y por el Real Decreto 2273/1977 de 29 de julio, sobre derechos de los internos y régimen penitenciario”.

25 Véase al respecto Bueno Arus, F. “Garantía y límites de la actividad penitenciaria”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 1, Edersa, 1986, pp. 48 y ss.

26 V. Cervelló. *Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 28.

de legalidad penitenciaria”. El desarrollo por vía reglamentaria, una vez aceptado como parte de esa legalidad del sistema penitenciario, debe cumplir con tres requisitos: que se respete la reserva de ley para los aspectos vinculados al desarrollo de derechos fundamentales, que se trate únicamente de un reglamento propiamente ejecutivo o de desarrollo y que se cumpla con el principio de jerarquía normativa.

De forma diversa puede concebirse la redacción dada por el legislador de 1979 al artículo 2 logp y sus implicaciones para el principio de legalidad en la ley penitenciaria. Puede pensarse en que el legislador lo que hace es delinear el marco general en el que se va a desenvolver lo que él mismo denomina la “actividad penitenciaria”. De esta forma, lo que hace el artículo 2 logp es enumerar sistemáticamente los distintos elementos de los que depende la ejecución penal: la sentencia de la cual procede la condena y se decide la pena en calidad y cantidad por ejecutar, la ley que proporciona de forma originaria el sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad y los reglamentos que puedan resultar necesarios para la organización penitenciaria y aplicación material de la pena de prisión. En este segundo sentido, el legislador no pretendería propia o exclusivamente la plasmación del principio de legalidad, sino la mención del marco general de la adscripción del penado a un centro penitenciario, con los distintos componentes necesarios para su efectiva incorporación y desarrollo del internamiento. Algún autor especialmente relevante en este ámbito, y con participación activa en las tareas de elaboración de la normativa penitenciaria viene a reflejar este punto de vista en el que junto al principio de legalidad lo que realmente formalizaría el artículo 2 es fijar el marco de la delimitación del ámbito del cumplimiento de las penas²⁷. Naturalmente que si se señalan los límites dentro de los cuales se debe poner en práctica la ejecución de las penas privativas de libertad, se hace necesaria mención a la ley y al principio de legalidad, pero no ya como únicos fundamentos de la concreta ejecución penal. En definitiva, el artículo 2 de la Ley General Penitenciaria no ha pretendido propiamente la declaración estricta del principio de legalidad, pero sí la necesidad del sometimiento a normas en ese contexto de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como la expresión de todos los sustentos jurídicos necesarios para la entrada y permanencia del concreto interno en un Centro Penitenciario y, en ese sentido, la existencia de garantías jurídicas para el condenado.

En todo caso, la Administración Penitenciaria llevará a cabo su misión de acuerdo con las previsiones constitucionales y de la ley penitenciaria que son las normas que fundamentan de manera originaria la misma, siendo posible la existencia de desarrollo reglamentario dentro de los límites que permita la exigencia de reserva de ley en esta materia. El poder ejecutivo, como si fuera consciente de las dificultades de la fórmula del artículo 2 logp, recoge el principio de legalidad de una manera mucho más adecuada cuando dispone entre los principios que informan la actividad penitenciaria que esta “se

27 Bueno Arus. “Garantía y límites de la actividad penitenciaria”, cit., pp. 54 y ss.

desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley” (art. 3.1 RP aprobado por rd 190/1996 de 9 de febrero).

B. El principio de legalidad en el texto constitucional de 1978

Efectivamente, la referencia al principio de legalidad de la ejecución penal se presenta en múltiples normas más allá de lo señalado por el artículo 2 logp. Para empezar, el propio texto constitucional de 1978 hace mención a la subsistencia de los derechos fundamentales para el recluso salvo los que se vean necesariamente afectados por la función penitenciaria. “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria” (art. 25.2). Se trata de un contenido que no parece querer expresar el principio de legalidad de la actividad penitenciaria sino tan solo el reconocimiento para los penados de los derechos que no sea preciso limitar bien como contenido de la propia sanción impuesta o bien como consecuencia necesaria de la organización del sistema penitenciario. En realidad, el artículo 25.2 hace referencia también a otros aspectos como los fines de las penas y las medidas de seguridad, así como a algunos derechos de los que necesariamente gozará el preso y que, por tanto, no pueden ser objeto de supresión.

El texto constitucional se refiere de forma más directa al principio de legalidad penal en el artículo 25.1 al establecer que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. La doctrina considera que se trata en su literalidad de una referencia precaria al principio pues tan solo incluye la irretroactividad de las normas sancionadoras que deberán encontrarse previamente en la “legislación” vigente, referencia a la legislación que también provoca dificultades interpretativas²⁸. Sin embargo, el escueto tenor literal ha sido desbordado por la interpretación del Tribunal Constitucional incorporando un abanico más amplio de contenidos, como los principios de proporcionalidad y *non bis in idem*²⁹.

El texto del artículo 25.2 a lo que sí hace referencia es a los distintos factores desde los que se producen limitaciones a los derechos fundamentales de los condenados. En primer lugar, se hace mención al contenido del fallo condenatorio que constituye el título jurídico necesario para que alguien ingrese como penado en un establecimiento penitenciario. En el mismo debe constar de forma expresa el contenido fundamental de las privaciones a las que se va a ver sometido, esencialmente la libertad en el sentido

28 Cfr. L. Arroyo Zapatero. “Principio de legalidad...”, cit., pp. 10 y 25.

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

más amplio del artículo 17 de la Constitución y sus manifestaciones más concretas como la libertad de residencia o de circulación. El sentido de la pena como limitación de derechos tiene que ver con aquellas restricciones que va a sufrir el penado y que acarrea necesariamente la concepción del sistema de cumplimiento de las penas, lo cual puede ser entendido de diferentes maneras, bien como los límites impuestos por los fines que debe perseguir la ejecución de las penas, bien como las restricciones derivadas de las privaciones principales o, finalmente, como las limitaciones producidas en los derechos que de no estar encarcelado el sujeto podría realizar libremente pues no se ha privado formalmente de ellos³⁰. No resulta sencillo trazar las limitaciones propias del sentido de la pena diferenciándolas de las que sean consecuencia de la ley penitenciaria. Una interpretación sistemática, que permita una diferenciación, y teniendo en cuenta la propia expresión utilizada en la Constitución parece abonar que se trata de aquellas vinculadas con los fines asignados a las penas. Las últimas restricciones se conectan a las previstas en la ley penitenciaria. La Ley puede imponer restricciones, siempre que sean necesarias, en atención a necesidades de organización, regimentales y de seguridad, bien por las características del centro penitenciario o bien por la situación particular del penado³¹.

C. Otras recepciones legislativas

Además de las ya comentadas, otras formulaciones del principio de legalidad en la ejecución son las del Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal o la del Reglamento Penitenciario. El artículo 3 del Código Penal dispone:

1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. 2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y Tribunales competentes.

30 Cfr. A. Téllez Aguilera. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, 1998, p. 45.

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

En este precepto del Código Penal se encuentra la más acertada y completa de las fórmulas empleadas en los textos legales para señalar la vigencia del principio de legalidad en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad, recogiendo las fórmulas tradicionales de los códigos penales españoles sobre ejecución y cumplimiento de las penas.

Respecto al sometimiento de la privación de libertad a normas prefijadas el primero de nuestros Códigos, el de 1822, atiende sobre todo —como era propio de la época— a la llamada garantía penal con una marcada preocupación por evitar el arbitrio judicial en la imposición de las penas³². Así, el artículo 3 disponía que: “A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración”. Como se ve, al problema de la contención del arbitrio judicial en la determinación y aplicación de las penas se añade la exclusión de la retroactividad de las penas. También en el sentido de la sujeción del juez a las penas establecidas en la ley el artículo 28 del mismo cuerpo legal establece que: “A ningún delito, ni por ninguna circunstancia, excepto en los casos reservados en los fueros eclesiásticos y militar, se aplicarán otras penas que las siguientes:...” , añadiendo el listado de las penas admitidas en el Código (Capítulo III, “De las penas y sus efectos, y del modo de ejecutarlas”). El texto punitivo de 1848 establece claramente el principio de legalidad en su garantía criminal, la cual obliga a formular previamente la conducta sancionada. Su artículo 2 señala que: “No serán castigados otros actos u omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o faltas”. Para Pacheco³³, se consagra el principio de que lo que no está prohibido debe entenderse permitido, protegiéndose así la libertad del ciudadano, “La penalidad no puede aplicarse sin la previa conminación, y sin el desprecio o el quebrantamiento de esa previa conminación”. Pero aprecia también una regla lógica entre el antecedente legal necesario para la consecuencia aplicable: “Establécese en él la necesidad de la misma ley, como precepto, para arreglar á sus disposiciones, anteriormente conocidas, su imposición como pena”. Este mismo autor no deja de señalar la relación entre ley y libertad, siendo la primera la garantía de la segunda: “acaba de consagrar la garantía del derecho que tiene todo ciudadano a la justa libertad de sus acciones. Súbditos de la ley, nada tienen éstos que temer de caprichos posteriores, de intentos extraños á la misma. Ella les asegura que es lícito cuanto no está vedado; y que las prohibiciones no pueden nunca aplicarse á lo que ya pasó”³⁴.

32 Arbitrio judicial que en muchas ocasiones procedía de la necesidad ante defectos legislativos o la dureza extrema de las normas. En la actualidad, aunque evidentemente con una dimensión distinta, también se aprecia semejante problema, lo que explicaría que “en algunas actuaciones judiciales los operadores jurídicos hayan tomado sobre sus hombros la tarea de remediar el pésimo estado de nuestra legislación. F. J. Álvarez García. “Principio de legalidad y resoluciones judiciales”, *Jueces para la Democracia*, n.º 8, 1989, p. 13.

33 J. F. Pacheco. *El Código penal concordado y comentado*, t. I, Madrid, Imprenta de D. Santiago Aunaque, 1848, p. 92.

34 *Ibíd.*, p. 94.

En el mismo Código Penal de 1848, ya en el terreno de la ejecución de las penas previstas, el artículo 86 disponía que: “No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de pena ejecutoriada”, y el 87: “Tampoco puede ser ejecutada penal alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias ó accidentes que los expresados en su texto”, contenidos dentro del Capítulo V, “De la ejecución de las penas y de su cumplimiento” (Título III, De las penas). En el primero de ellos se estima presente un principio procesal que obliga a entender no definida la culpabilidad del procesado sin finalización del proceso mismo³⁵. En el texto del artículo 87 se identifica la pena por sus características, de manera que si la forma de ponerla en práctica es distinta a la prevista en la ley, en realidad, se trata también de otra pena diversa. Parece que las variaciones prohibidas en la ejecución son las inmotivadas y las que introducen un mayor o menor rigor. Como el precepto en un segundo párrafo admite la colaboración de los reglamentos específicos en la forma de ejecución de las penas, se afirma que ante la imposibilidad de que la ley señale todo lo concerniente a la ejecución de las penas lo propio de las mismas consiste en establecer principios sobre los cuales se organizará el sistema penitenciario con el complemento de los reglamentos del poder ejecutivo³⁶. En este momento histórico se aprueba la primera Ley Penitenciaria de 1849, aunque con un contenido fundamentalmente orgánico y clasificatorio. Las mismas o parecidas fórmulas legales se repetirán a lo largo de la codificación y será con el Código vigente de 1995 cuando con ligeras variantes pase al artículo 3 dentro del Título Preliminar denominado “De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal”.

Volviendo al derecho vigente, comienza el artículo 3 del actual CP, en su número primero, señalando cómo la imposición y ejecución de una pena debe proceder de sentencia firme y, en el número segundo, cómo la ejecución debe responder fielmente a lo preceptuado en la legislación penitenciaria. Para algunos autores el número primero del mencionado precepto únicamente incluiría la garantía jurisdiccional³⁷. De Vicente entiende que del número primero del precepto se desprenden, al menos, tres consecuencias:

1) para ejecutarse una pena debe haberse seguido un proceso legal, porque de ningún otro modo puede alcanzarse una sentencia; 2) para ejecutarse una pena, debe decidirlo un órgano judicial, único legitimado para dictar sentencias; 3) hasta que la sentencia no es firme, no puede ejecutarse la pena, esto es, la pena no empieza a cumplirse.

35 “Hay todavía tinieblas, y falta la luz. Cuando esta llegue, cuando la sentencia recaiga y quede firme, cuando exista la ejecutoria, entonces podrá y deberá aplicarse la pena. Mientras no, es un acto de barbarie, que la ley proscribire, y que condena la conciencia pública”, J. F. Pacheco. *El Código penal...*, cit., p. 459.

36 *Ibíd.*, pp. 460-1.

37 R. de Vicente Martínez. *El principio de legalidad penal*, cit., p. 105.

Sin embargo, parece inherente también a la garantía en la ejecución que no puede ejecutarse una pena con anterioridad al proceso ante un Tribunal competente y de que la sentencia adquiera firmeza, así como que no pueda ejecutarse una pena distinta de la establecida por un Tribunal de acuerdo con un proceso en derecho que decidida en sentencia firme. Y ambos aspectos deben entenderse comprendidos en lo señalado por el artículo 3.1. Pues como señalara Pacheco³⁸, en los comentarios al Código Penal de 1848 una pena ejecutada de forma diferente a lo previsto en la ley resulta otra pena no coincidente con la legal.

Finaliza el precepto con la referencia a la jurisdicción de vigilancia penitenciaria encargada del control de la ejecución de la pena de prisión, concibiéndose por tanto como un refuerzo de la legalidad de la ejecución. En el mismo sentido, aunque de forma más lacónica y refiriéndose a otras incidencias de la ejecución, al regular las penas privativas de libertad el Código penal establece: “Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código” (art. 36.1 párrafo segundo).

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

D. Perspectiva internacional

Desde la dimensión supranacional resulta más compleja la declaración del principio de legalidad pues implican instrumentos dirigidos a sistemas jurídicos diversos. En general se trata de declaraciones que proscriben la aplicación retroactiva de delitos y penas conforme al sistema jurídico nacional. En ese sentido, la Declaración Universal de Derechos del hombre de 1948, en su artículo 11.2, prohíbe la aplicación de delitos o penas distintos a los previstos en el momento de comisión del hecho según el derecho

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

nacional. El artículo 7.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, reproduce el texto de la Declaración Universal:

Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida³⁹.

Se adopta pues un principio de juricidad más amplio con la finalidad de hacer compatible la declaración con los distintos sistemas jurídicos pero que evidentemente le hace perder exigencia.

Las Reglas Penitenciarias Europeas también suponen un apoyo a la exigencia de ley para el ámbito penitenciario aunque, dado su carácter, de una forma menos precisa. Se puede vincular, aunque de forma tan solo indirecta, el principio de legalidad en el ámbito penitenciario a la Regla 56.3 del Consejo de Europa al señalar que:

el respeto de los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad de la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por el control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la Administración Penitenciaria⁴⁰.

En realidad, con la mencionada regla se busca fundamentalmente el control externo de la legalidad que, sin embargo, ya debe ser observada en primer lugar por la propia Administración Penitenciaria.

Las últimas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa 2006 consagran una de ellas al respeto de los derechos de los penados no restringidos por una ley: “Las personas privadas de libertad conservan todos los derechos, salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo con la ley por su condición de penados a una pena de prisión o sometidos a prisión provisional” (Regla 2)⁴¹. Se establece sin duda una cláusula de

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

40 Esta referencia en C. García Valdés. *Comentarios a la legislación...*, cit., p. 243. Tal regla forma parte de los principios fundamentales de las Reglas Penitenciarias Europeas —n.º 5 de los mencionados principios— elaboradas en el marco del Consejo de Europa. En realidad, como puede apreciarse, no exige necesariamente para el control de la legalidad de la ejecución de penas la intervención de la autoridad judicial, sino una autoridad legalmente habilitada distinta de la Administración Penitenciaria. *Regles pénitentiaires européennes. Recommandation n.º R (87) 3 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de L'Europe le 12 février 1987*. Strasbourg 1987, p. 7.

41 Recomendación REC (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Pe-

protección de los derechos de los internos que obliga a la existencia de una regulación legal para los contenidos restrictivos de derechos del internamiento.

Respecto a estas últimas Reglas Penitenciarias Europeas Mapelli⁴² manifiesta la presencia en la disposición señalada del principio de legalidad, con consecuencias para el tipo de normas que deben contener los derechos de los penados y el control del sometimiento a la legalidad.

El principio de legalidad y el correspondiente control de legalidad que debe ejercer una autoridad independiente cierran este conjunto de principios fundamentales. Se establece una reserva absoluta de ley, de manera que ningún reglamento ni disposición de rango inferior puede restringir el ejercicio de los derechos de los condenados salvo que esté amparado por una norma de rango superior, que lo contemple (R 2 y 9).

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

Las exigencias derivadas del principio de legalidad se aplican en lo que concierne a la conducta delictiva, a la pena a ella vinculada, a la necesidad de proceso y a la forma de ejecución de la pena. Son lo que se conoce, respectivamente, como garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución. Como es evidente, las cuatro consecuencias señaladas para el principio de legalidad no se pueden cumplir si en la base de todas ellas no se encuentra una ley formal. La ley estricta, escrita, previa y cierta presupone necesariamente la existencia de una ley que reúna todas estas características. Es la reserva de ley propia del Derecho Penal, pues solo ella se concibe en nuestro sistema jurídico-cultural como fuente creadora de delitos y de penas, así como norma determinadora de la función de ejecución de las penas privativas de libertad. Efectivamente, la apreciación del principio, sus rasgos y coherencia debe contemplarse desde la perspectiva totalizadora del sistema penal. Ahí tienen cabida necesariamente las condiciones para el establecimiento del hecho infractor y su sanción, así como la declaración de responsabilidad por los Tribunales, pero igualmente se debe integrar coherentemente lo relativo a las normas e instituciones de ejecución: “solo puede hablarse de un determinado sistema de legalidad penal cuando se conoce el sistema de enjuiciamiento y el sistema de ejecución de las sanciones penales”⁴³.

nitenciarías Europeas. Adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros.

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

43 J. M. Silva Sánchez. “Principio de legalidad y legislación penal europea...”, cit., p. 70.

Las consecuencias del principio de legalidad se dirigen a los distintos poderes, lo que redundará en garantía de la libertad del ciudadano al evitarse el monopolio del poder desde una única instancia estableciéndose un sistema de contrapesos entre los poderes. Para lo que respecta a la aplicación del principio de legalidad en el ámbito penitenciario también se produce una implicación de los tres poderes de una forma peculiar debido a la intervención de la Administración Penitenciaria⁴⁴. Al poder legislativo le obliga a configurar, mediante la ley, unas penas y un sistema de cumplimiento de tales penas privativas de libertad cierto y conocido suficientemente. En el caso del poder judicial conlleva la aplicación de un sistema basado en la Ley, sobre la que deberá adoptar sus decisiones de acuerdo con los criterios constitucionales aplicables, los parámetros jurídicos penales y penitenciarios, y los métodos de interpretación consolidados, sin posible recurso a la analogía, retroactividad o normas no escritas. Para el ejecutivo, que mediante la Administración penitenciaria se encarga de la función de cumplimiento de la pena de prisión, le supone el respeto por el sistema legal de ejecución de tales penas. La compleja naturaleza de la función penitenciaria hace que todos los aspectos relacionados con el principio de legalidad le sean aplicables en su puesta en práctica por la Administración Penitenciaria-Poder Ejecutivo. En la medida en la que dispone de un limitado poder de creación de normas, estas, además de su carácter subordinado o a la ley, deben reunir las notas de normas escritas y determinadas en cuanto poder al que se adscribe la ejecución penitenciaria con una aplicación no retroactiva, cierta y estable.

A. Los contenidos del genérico principio de legalidad

Dirigidos a los distintos poderes que intervienen en el sistema penal el principio de legalidad general presenta una serie de exigencias para la adecuada realización de la justicia penal. Como señala Roxin⁴⁵, tradicionalmente se distinguen cuatro tipos de consecuencias derivadas del principio de legalidad que adoptan formas de prohibiciones, se entiende que dirigidas al legislador y a los jueces y Tribunales. En primer término, la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Desde este punto de vista no está permitida la aplicación de la ley penal a casos distintos de los específicamente previstos en la ley penal, ni siquiera a través del argumento de la semejanza de los casos propios de la analogía. La analogía constituye un medio

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

45 C. Roxin. *Derecho Penal*, cit., pp. 140 y ss. También R. Vicente Martínez. *El principio de legalidad penal*, cit., pp. 32 y ss.

habitual de interpretación de las normas jurídicas no sancionadoras pero que en el terreno penal está prohibida para proteger la seguridad y libertad de los ciudadanos. También se desprende del principio de legalidad la prohibición del empleo del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la responsabilidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Solo la ley y la ley escrita pueden crear las conductas punibles y la sanción a ellas asociadas. Esto provoca inevitablemente que la costumbre, que en otros ámbitos actúa como fuente del Derecho, quede fuera de los mecanismos creadores o agravadores de la responsabilidad penal al no ser fuente escrita y no poder proporcionar los mismos niveles de seguridad y certeza.

También la prohibición de retroactividad rige en el Derecho Penal como consecuencia del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*). La necesidad de conocimiento previo de los hechos susceptibles de ocasionar responsabilidad penal obliga a excluir la aplicación retroactiva de las leyes penales⁴⁶. Únicamente de esta manera se dota de seguridad al ciudadano y se aplican las penas a sujetos responsables. El delito y su pena deben encontrarse determinados antes de la comisión del hecho que genere responsabilidad penal. En principio se entiende que la exclusión de retroactividad no afecta a las normas procesales conforme a las cuales se debe dirimir la existencia de responsabilidad penal. Ahora bien, por las implicaciones directas en muchos casos de los presupuestos procesales de la penalidad se plantea si pueden existir casos en los que tales presupuestos también queden sometidos a la prohibición de retroactividad⁴⁷. Se estima en ocasiones que si los presupuestos procesales que deben conducir a la penalidad resultan equivalentes a los presupuestos jurídico-penales (Derecho Penal material), será posible considerar su pertenencia al ámbito en el que está vetada la retroactividad de las normas.

Finalmente estaría la prohibición de leyes y sanciones indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Desde este punto de vista se excluye el establecimiento de delitos y penas cuyas características no puedan ser suficientemente reconocibles en la ley. Esta prohibición obliga a la fijación de la conducta punible y de la pena asociada con la suficiente certeza, es el mandato de certeza o determinación propio de la ley penal. La necesaria combinación entre precisión y flexibilidad, para no abarcar los supuestos no queridos como delictivos y para incluir los casos no conocidos pero de semejante gravedad, obligan al empleo de una cuidadosa técnica al legislador y a que el intérprete no desvirtúe tal equilibrio⁴⁸. No deja de ser cierta, sin embargo, la dificultad de fijar el grado de precisión necesario de la ley penal, de forma que resulta complejo alcanzar la formulación de criterios generales sobre tal determinabilidad, pudiendo decirse que

46 Sobre la vinculación entre irretroactividad de la ley y principio de legalidad puede verse M. A. Iglesias Río. "Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 6, 2005, pp. 17 y ss.

47 W. Hassemer. *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 323.

48 *Ibid.*, pp. 316-7.

el mismo principio o mandato de determinación de la ley penal resulta en sí mismo un concepto jurídico indeterminado⁴⁹. Pese a reconocerse las dificultades existentes para formular los hechos con exactitud, y las posibles tensiones entre la seguridad jurídica y la justicia del caso, “el logro de la máxima taxatividad posible y de la real vinculación del juez al tenor de la ley es un objetivo irrenunciable para el Derecho Penal de un Estado democrático de derecho”⁵⁰.

En la doctrina del Tribunal Constitucional⁵¹ se ha establecido que “el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los tipos [...] penales, de tal forma que de ellos se desprenda, con la mayor claridad posible, cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada” (STC 159/1986) y que tal principio “exige una descripción de las conductas delictivas que cumpla las exigencias de la seguridad jurídica, lo que se opone a unos tipos penales formulados en forma tan abierta que su aplicación no dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los Tribunales” (SSTC 105/1988 y 34/1996). En todo caso, las decisiones del intérprete del texto constitucional no impiden que en ciertos casos el legislador utilice conceptos jurídicos indeterminados en la construcción de tipos penales. Pero tal margen de indeterminación introducido en la descripción de los hechos punibles debe proceder de la necesidad en los casos en que se trate de tutelar bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional, la concreción de dichos bienes sea dinámica y evolutiva y pueda realizarse sobre los mismos la función interpretativa de forma que su contenido semántico pueda ser determinable de acuerdo con los métodos tradicionales de interpretación, ni se usen indiscriminadamente cláusulas abiertas, ni se aboque a la inseguridad jurídica⁵².

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

La concepción de fondo del marco normativo en el que se inserta el sistema penitenciario resulta determinante para la solución de las distintas controversias jurídicas en este contexto. En múltiples ocasiones de conflictividad jurídica los Tribunales han acudido al recurso de las llamadas teorías de las relaciones especiales de sujeción. Estas fundamentarían un debilitamiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad como son la reserva de ley, el mandato de certeza y otras para ciertos ámbitos como sería el penitenciario⁵³.

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

50 J. M. Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, 1992, p. 256.

51 Resoluciones del Tribunal Constitucional recogidas por S. Huerta Tocildo. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, cit., p. 41.

52 Referencias todas ellas señaladas por S. Huerta Tocildo. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, cit., pp. 39 y ss., quien efectúa un detenido análisis de la jurisprudencia constitucional en este campo.

53 De La Cuesta y Blanco. “El sistema prisional en España”, *Eguzkilore*, n.º 12, 1998, p. 250, recogen la opinión de la restricción de ciertos derechos en la doctrina del Tribunal Constitucional.

La teoría procede del derecho público alemán de finales del siglo xix y principio del xx en una fase histórica en la que se produce una pugna por el sometimiento de la actividad del Estado al derecho. Un intento por escapar al control jurídico fue el de las relaciones especiales de sujeción, singularmente dirigidas a desvincular la actividad administrativa del sometimiento externo al derecho al considerarla exclusivamente un ámbito interno del Estado especialmente en aquellos casos en los que se entiende que existe una vinculación más intensa del administrado con el poder público⁵⁴. Doctrina que globalmente considerada viene a cuestionar la subsistencia del Estado de derecho en todos los ámbitos de la actividad administrativa de los poderes públicos.

Las primeras decisiones de los Tribunales, singularmente el Tribunal Constitucional, acudirán a la mencionada naturaleza de la relación jurídico-penitenciaria para fundamentar sus decisiones. En una de las primeras de ellas, respecto a la potestad disciplinaria de la Administración penitenciaria, califica ya las relaciones entre interno y Administración penitenciaria de sujeción especial.

Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquella una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los arts. 104 y siguientes del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, y Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, de reforma parcial de aquél). Que sea la Junta de Régimen y Administración el órgano competente para imponer sanciones (art. 116 reformado); y que sea el Director del centro o un miembro de la Junta en quien aquél delegue los encargados de incoar el expediente y de decidir qué pruebas propuestas son convenientes (arts. 129.1 y 130.2 reformados), no tiene nada de anómalo ni de lesivo contra los derechos constitucionalizados en el artículo 24.1. (STC 74/1985 de 18 de junio).

Es claro que el Tribunal no necesitaba acudir a este argumento para fundamentar la potestad sancionadora de la Administración pero deja ya sentada la doctrina.

En la posterior stc 2/1987 de 21 de enero se plantean posibles conculcaciones de la finalidad de las penas y de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, de las garantías en el procedimiento sancionador y del principio de legalidad al decidirse la composición de la Junta de Régimen —órgano decisorio en materia sancionadora del Centro Penitenciario— en el Reglamento Penitenciario y no en la Ley. Respecto a este último aspecto:

54 Cfr. F. Renart García. *El régimen disciplinario en el Ordenamiento Penitenciario español: luces y sombras*, Universidad de Alicante, 2002, p. 31. A. Téllez Aguilera. *Seguridad y disciplina penitenciaria...*, cit., pp. 25-6. Doctrina que, pese a lo indicado, ha gozado de una amplia recepción entre la doctrina penal y penitenciaria, y en las decisiones de los Tribunales según se puede comprobar en las obras citadas.

Sin entrar aquí en el tema más general del alcance de la reserva de Ley en las sanciones administrativas, debe tenerse en cuenta que la referencia a la

legislación vigente en el artículo 25.1 de la Constitución, tiene un alcance diferente, al menos, en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de la determinación de contravenciones “faltas”, en el seno de una relación de sujeción especial, como es la de los internos en establecimientos penitenciarios. En estos casos la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta. El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su “autoridad” sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el estatus específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución.

El Tribunal, en la resolución mencionada, no deja de reconocer que siguen siendo aplicables pese a lo anterior los derechos fundamentales de los ciudadanos y las garantías propias del Estado de derecho, pero los distintos ámbitos en los que deben ser aplicados le permiten establecer una gradación sobre su aplicación. “Como se desprende de esta sentencia el TC no niega —no podía ser de otra forma— la vigencia del principio de legalidad, sino el grado de aplicación que tiene sobre la realidad penitenciaria”⁵⁵. Continúa la resolución indicando que:

Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el artículo 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución. Pero ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales. Desde luego una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no solo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado, pero esa base normativa legal también existiría cuando la Ley, en

55 B. Mapelli Caffarena. *Las consecuencias*, cit., p. 154. J. C. Ríos Martín. “Art. 10”, en Bueno Arus (coord.), *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina*, Colex, 2005, p. 52.

este caso la Ley General Penitenciaria (arts. 42 y ss.), se remita, en la especificación y gradación de las infracciones, al Reglamento. Ello permite reconocer la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de Ley, y por ello debe rechazarse esta pretensión del recurrente.

Respecto al no cumplimiento de la finalidad resocializadora de las penas y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes con la sanción de aislamiento en celda, el Tribunal va señalar la no contradicción con la Constitución de la mencionada sanción sobre la base de su carácter excepcional, las garantías que rodean su imposición y la doctrina del tedh en la materia, sin recurrir en este punto concreto en realidad a la teoría de especial sujeción⁵⁶ ni a otros posibles argumentos⁵⁷.

Para Huerta Tocildo⁵⁸ la orientación de la resolución precedente resulta preocupante pues las garantías frente a la acción sancionadora varían según se entienda la relación de sujeción especial o de sujeción general, doctrina que pervivirá en la jurisprudencia constitucional. Se trata de la posibilidad abierta por la sentencia de que los Reglamentos contengan una regulación no dependiente de una Ley, en este caso la posibilidad de establecer sanciones disciplinarias por vía reglamentaria sin otra cobertura que una habilitación legal en blanco, como sucedía con la Ley General Penitenciaria.

Pese a que propiamente en ningún momento el Tribunal Constitucional había excluido la aplicación del principio de legalidad del ámbito penitenciario, ya en una segunda fase parece querer dejar más claro la limitación de la teoría de sujeción especial ante la

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

57 En este caso no aparece, sin embargo, la impugnación constitucional desde el punto de vista de la imposición de una sanción que implique privación de libertad, vetada a la administración civil en el artículo 25.3 de la Constitución. Pese a ello, algunos autores manifiestan que en esta sentencia se trata de dilucidar la validez del aislamiento en celda como privación de libertad impuesta por un órgano administrativo. Y en este sentido, la decisión sería contraria a su inconstitucionalidad. Así J. Fernández García. “Beneficios penitenciarios”, en Berdugo y Zúñiga (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex 2001. Cid Moliné. “Garantías y sanciones...”, cit., pp. 161-2, manifiesta que las sanciones de aislamiento en celda es uno de los supuestos de sanciones administrativas en los que la doctrina del Tribunal Constitucional ha disminuido las garantías aplicables sin tomar en cuenta la gravedad de la misma y sin exigir por ello garantías de plena defensa y procedimiento contradictorio.

58 S. Huerta Tocildo. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, cit., pp. 26-27. La mencionada autora observa la relajación de las garantías del principio de legalidad para la categoría de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

posición preeminente de los derechos fundamentales⁵⁹. Huerta Tocildo⁶⁰ y Tamarit⁶¹ identifican un cierto cambio de orientación con la STC 61/1990 de 29 de marzo en la que se declara la plena vinculación de las relaciones especiales de sujeción al principio de legalidad y derechos fundamentales afectados. Se trataba de una resolución que afectaba a un caso de relaciones especiales de sujeción no penitenciarias y cuya remisión normativa para la sanción suponía la aplicación de una Orden carente de cobertura legal mínima⁶². También el Tribunal Constitucional manifiesta que tal teoría “debe ser

59 Cfr. B. Mapelli Caffarena. *Las consecuencias jurídicas...*, cit., pp. 154-5.

60 S. Huerta Tocildo. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, cit., p. 29. Esperanza de nuevo criterio que no diferenciará entre relaciones de sujeción especial y de sujeción general que pronto se vería defraudada, según indica la autora, con la STC 83/1990, al reiterarse la eficacia limitada de la reserva de ley en el ámbito de las sanciones administrativas.

61 J. M. Tamarit. *Curso de Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2005, p. 219; F. Renart García, *El régimen disciplinario...*, cit., p. 33, señala un paulatino cuestionamiento de la naturaleza de esta relación desde la inmediatamente posterior stc 120/1990 de 27 de junio; I. Rivera. “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario (la zona de “no derecho”)”, en Muñagorri y Pinto de Miranda (coords.). *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Barcelona, 2000, p. 99, advierte un cambio de distinto signo con la stc 48/1996 de 25 de marzo en el sentido de que tales relaciones no solo supongan unas limitaciones para los reclusos sino también la obligación de la Administración penitenciaria de proteger y facilitar el ejercicio del conjunto de derechos atribuidos a los penados. “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario”.

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

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

entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales” (sstc 57/1994 de 28 de febrero y 97/1995 de 20 de junio⁶³), e incluso de forma más rotunda señala que “es claro que la situación de sujeción especial del interno de un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales e impedir que la Justicia se detenga en las puertas de las prisiones” (stc 192/96 de 25 de noviembre). Consideraciones que la doctrina del Tribunal Constitucional en realidad va anticipando parcialmente en resoluciones previas pero que progresivamente se van traduciendo en mayor medida en el reconocimiento de la lesión de derechos fundamentales especialmente por falta de respeto, en la mayoría de los casos, de las garantías procedimentales. De esta manera se entiende generalmente que la última línea jurisprudencial del Alto Tribunal limita la eficacia de la teoría de la relación especial de sujeción⁶⁴. Sin embargo, no deja de señalarse la persistencia del riesgo de que se utilice o no la conocida teoría en atención al caso particular⁶⁵, pues desde luego no se ha excluido formalmente su aplicación. Teoría que, por otra parte, ha sido abandonada en Alemania precisamente después de la declaración del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de Ley formal en materia penitenciaria⁶⁶.

Paralelamente a este proceso la regulación administrativa general de la potestad sancionadora de las Administraciones parece descartar la posibilidad de calificar la relación jurídico-penitenciaria como de especial sujeción. En este sentido se considera que desde la aprobación de regulación de la capacidad sancionadora en la Lrjap-pac 30/1992 debe incluirse al régimen disciplinario penitenciario entre los ámbitos en los que el principio de legalidad despliega plenamente sus efectos. Según la previsión del artículo 127.3 de la mencionada ley se excluye la plena vigencia del principio de legalidad en relación con el “ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”. Consecuencia de esta precisión sería que al no estar incluidos los internos de los Centros Penitenciarios en la excepción se les debe aplicar la forma general de vigencia sin restricciones del principio de legalidad en el régimen

63 “Y, en lo que ahora importa, ha de advertirse que este Tribunal viene destacando que ‘tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios este conjunto de garantías se aplica con especial vigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena’ (sstc 74/1985, 2/1987, 297/1993, etc.): es claro que la situación de sujeción especial del interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales (stc 120/1990) ni por tanto que ‘la justicia se detenga en la puerta de las prisiones’ (sstc 2/1987, 297/1993 y sentencia del t.e.d.h. Campbell y Fell de 28 de junio de 1984)”.

64 J. C. Ríos Martín. “Art. 10”, cit., p. 52. De cierto abandono de la teoría califica A. Téllez Aguilera. *Seguridad y disciplina penitenciaria...*, cit., p. 33, la tendencia de la doctrina jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sustituyendo en las sentencias incluso la propia expresión y eludiendo la posible utilización del argumento que proporcionaría la misma.

65 Cfr. A. Téllez Aguilera. *Seguridad y disciplina penitenciaria...*, cit., p. 31.

66 BVerfGE 33,1 decisión de 14 de marzo de 1972. Véase al respecto F. Dünkler y D. van Zyl Smit. “Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania”, 2007, p. 208.

disciplinario⁶⁷. Eso sí, hay que tener en cuenta que esta conclusión regiría únicamente para el régimen disciplinario de infracciones y sanciones penitenciarias al que están sometidos los reclusos y no para otras materias penitenciarias.

C. Consecuencias para el ámbito penitenciario

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

La reserva de Ley en materia penitenciaria

Comenzamos con la reserva de ley, pues como se ha indicado precedentemente en ello consiste propiamente el principio y a ella hacen referencia todas las exigencias y garantías que son su consecuencia. Aprobada la Constitución de 1978 y en la misma reconocido el principio de legalidad, pese a las dudas que suscita la particular fórmula empleada en el artículo 25.1, se abre el debate sobre la concreta extensión de la reserva de ley que implica⁶⁸. En una primera tesis más amplia, como la sostenida por Rodríguez Devesa, mantiene que el sistema de fuentes para el Derecho Penal admite toda norma con rango de ley en sentido material, y no solo formal, incluyendo por tanto los Decretos Leyes y los Decretos Legislativos. En un sentido más restrictivo cobo, vives y boix van a sostener una reserva absoluta de ley y propiamente de ley orgánica en Derecho Penal por la conexión entre la reserva de Ley Orgánica en la Constitución para el desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81.1 CE) con la incidencia de las penas privativas de libertad con el derecho de libertad del texto fundamental (art. 17.1 CE) e incluso la afectación del derecho al honor de toda clase de penas. En una posición intermedia se sitúan autores como Mir Puig o Cerezo al entender que la reserva de ley dependerá de la clase de sanción que ocasione. Si se trata de privación de libertad la reserva será de Ley Orgánica, mientras que bastará con Ley Ordinaria si se aplican otro tipo de sanciones, en cuyo caso cabría delegación legislativa según lo previsto en el artículo 82.1 de la Constitución, pero en ningún caso podría utilizarse el decreto ley ni las leyes de las Comunidades Autónomas.

67 En este sentido A. Téllez Aguilera. *Seguridad y disciplina penitenciaria...*, cit., pp. 210-1. También F. Renart García. *El régimen disciplinario...*, cit., pp. 48-9. Igualmente, B. Mapelli Caffarena. *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 155, destaca que en ninguna de las dos situaciones mencionadas por la legislación administrativa se encuentran los privados de libertad por cumplimiento de una pena.

68 Puede verse la problemática sobre la reserva de ley tras la aprobación de la Constitución de 1978 en J. M. Zugaldía Espinar. *Fundamentos de Derecho Penal*, Universidad de Granada, 1990, pp. 159 y ss.

En una contribución central en esta materia Arroyo⁶⁹ desarrolla el problema de la reserva de ley en materia penal. Propugna un criterio diferenciador que ponga en relación el artículo 25.1 (principio de legalidad) con el artículo 81.1 (ámbito de las leyes orgánicas) y el 53.1 (garantías de los derechos y las libertades del capítulo II mediante ley ordinaria), todos ellos del texto constitucional. Las normas penales serán materia de reserva de ley orgánica si su contenido es relativo al “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (Ley Orgánica del art. 81.1), y serán objeto de ley ordinaria si lo que representan es la “regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero” (Ley Ordinaria del art. 53.1). Para este autor, en materia de reserva de ley orgánica, la reserva ha de ser absoluta por afectar los derechos fundamentales y las libertades públicas, de manera que como la materia penal incide en ese terreno la reserva en materia penal ha de ser reserva absoluta⁷⁰. No obstante, admite la remisión a una fuente secundaria para la enumeración de criterios técnicos cuando es resultado de la necesidad y tanto la remisión como la fuente remitida y su contenido satisfacen las exigencias de certeza. Pero en ningún caso la certeza satisface por sí misma la exigencia de reserva de ley ni puede sustituir a los criterios anteriores.

Al respecto la jurisprudencia constitucional, en la sstc 15/1981, 17/1982 y 25/1984 de 23 de febrero, se pronuncia inicialmente en el sentido de establecer una reserva de ley absoluta en materia penal con base en el empleo por el constituyente del término “legislación” (art. 25.1 CE). Se produce así la exclusión de cualquier otro tipo de normas del Derecho Penal como los decretos, las órdenes ministeriales y cualquier tipo de disposiciones de autoridades administrativas. En un segundo momento, con las sstc 140/1986 de 11 de noviembre y 160/1986 de 16 de diciembre se decide la reserva de ley orgánica por la conexión del sistema penal con los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, caso evidente de la privación de libertad pero no de la pena de multa⁷¹. Se entiende que las normas penales afectan necesariamente a estos derechos fundamentales y libertades públicas —especialmente la privación de libertad—, de manera que el artículo 81.1 de la Constitución prevé que serán Leyes Orgánicas exclusivamente las que los desarrollen.

Como se ha visto, con la recepción del principio de legalidad en el texto constitucional de 1978, la doctrina del Tribunal Constitucional procede a formular una reserva de ley orgánica en materia de creación de delitos y de penas. En el sector propiamente penitenciario se admite pronto igualmente la necesidad de ley orgánica. De hecho la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la primera de este tipo después de la aprobación de la Constitución de 1978, se reformula en su tramitación para adaptarse

69 L. Arroyo Zapatero. “Principio de legalidad...”, cit., p. 25.

70 *Ibid.*, p. 32.

71 Así S. Huerta Tocildo. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, cit., pp. 20-21.

al procedimiento de una Ley Orgánica⁷². Es cierto, sin embargo, que históricamente la reserva de ley es más tardía en lo penitenciario que en el ámbito penal general. La explicación tiene que ver con el origen histórico-político del principio de legalidad que inicialmente buscaba sobre todo excluir la potestad sancionadora arbitraria de los jueces y someterla a la ley. Es fundamentalmente contra el arbitrio judicial en la imposición de penas por lo que se expresa y reacciona con la formulación del principio de legalidad⁷³. Pero también con la evidencia de que la vida en prisión necesita de un desarrollo normativo prolijo no coherente con la concepción abstracta general de la ley y que hacía necesaria la existencia de reglamentos en este sector. Por eso la recepción de esta necesidad es más tardía y no se produce sino en fechas cercanas, en la década de los setenta del siglo XX como reconocen los autores⁷⁴. Así surgen la Ley Penitenciaria de Suecia de 19 de abril de 1974, la italiana de 26 de julio de 1975⁷⁵, y la de Alemania Federal de 16 de marzo de 1976⁷⁶. Hasta inicios del siglo XX se mantiene una concepción que permite entender desvinculado al penado de la sociedad que hacía innecesaria la configuración de un marco legal para la actividad penitenciaria. Solo a mediados de ese siglo comienzan a surgir iniciativas internacionales que pretenden lograr unas condiciones mínimas para los internos reconocidas en el ordenamiento jurídico. Fundamentalmente, se trata de las llamadas Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos elaboradas y aprobadas en el marco de las Naciones Unidas en el año 1955. En el ámbito europeo surgen iniciativas semejantes ya en los años setenta, como serán las Reglas Europeas de 1973, 1987 y 2006⁷⁷, debidas a los trabajos realizados en el seno del Consejo de Europa. Como se ha mencionado, será al comienzo del último cuarto del siglo xx cuando distintos países establezcan propiamente una normativa penitenciaria de rango legal. Incluso en algunos países de nuestro entorno cultural la regulación mediante norma con rango de ley se alcanza mucho más tardíamente. En

72 Cfr. F. Bueno Arus. “Estudio preliminar”, cit., p. 31.

73 Cfr. M. A. Agard-Peano. “Le principe de la légalité et la peine”, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n.º 2, 2001, p. 292.

74 Cfr. A. Téllez Aguilera. *Seguridad y disciplina penitenciaria...*, cit., pp. 49-50. No se desconocen los precedentes de las leyes españolas de prisiones de los años 1849 y 1869, pero ambas poseen un marcado carácter orgánico y de clasificación, distinto al de organización de la vida en prisión y al de los derechos de los internos.

75 M. Canepa y S. Merlo. *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 1993, p. 6.

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

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

Francia, hasta la reciente Ley 2009-1436 de 24 de noviembre de 2009⁷⁸, la normativa penitenciaria ha recaído de manera predominante sobre textos reglamentarios⁷⁹.

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

Pese a la existencia en la Ley de un Título completo dedicado a la ejecución de las medidas (Título VII), sin embargo, únicamente tienen como destino preciso la puesta en práctica de las medidas de internamiento en centros de menores los preceptos del Capítulo III (Reglas especiales para la ejecución de medidas privativas de libertad) del mencionado Título. En el señalado Capítulo III exclusivamente se incluyen aspectos genéricos de la ejecución de las medidas, e incluso el artículo 60 relativo al Régimen disciplinario se remite a la normativa reglamentaria. Incluye sí, el artículo 60, las clases de sanciones pero no de infracciones que quedan por ello remitidas a los reglamentos. Efectivamente, el Reglamento de Responsabilidad de los Menores (RD 1774/2004 de 30 de julio) es el que establece buena parte del contenido de la ejecución de medidas privativas de libertad para menores en los artículos 23 y siguientes, en los que ya se especifican, por ejemplo, los diversos regímenes de internamiento o los contenidos de las infracciones disciplinarias. A ello se añaden los posibles reglamentos sobre ejecución de medidas de internamiento para menores o reglamentos de régimen interno de los centros de menores de las Comunidades Autónomas. El que corresponda a las Comunidades Autónomas la ejecución de las medidas cautelares, las definitivas o la libertad vigilada de los menores no autoriza a la aprobación de normas de ejecución salvo las de régimen interno del Centro. En realidad, tan solo una ley orgánica puede regular los aspectos esenciales de las medidas de internamiento para menores —como en el caso de adultos—. El reglamento de la Administración General del Estado únicamente podría desarrollar lo previsto en la Ley y añadir aspectos complementarios no básicos. Igualmente, estimo que la adherencia del sistema penal —incluida la ejecución de las sanciones, sea en adulto o en menores— a la ley expresa la única intervención del poder

78 Cuyo texto puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JorfTexte000021312171&dateTexte=#>

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

público en todas la fases del sistema penal: creación de delitos y penas, exigencia de responsabilidad en un proceso penal y, finalmente, ejecución de las sanciones⁸⁰. Por ello se hace cuestionable la gestión privada—total o parcial— de centros penales, sean estos de adultos o de menores.

Pese a admitirse la necesidad de reserva de ley orgánica en materia penitenciaria, el tradicional olvido de este sector, así como la argumentación de necesidades prácticas de la vida en prisión de gran detalle más propias de un reglamento que de una ley, han llevado a ciertos sectores a relajar esta exigencia del principio de legalidad para la actividad penitenciaria. A ello ha contribuido también el artículo 2 de la logp al mencionar los reglamentos como parte de los límites entre los que se debe desarrollar la actividad penitenciaria. De esta manera, algunos autores se refieren al conjunto de normas que delimitarían la actividad penitenciaria como bloque de legalidad, en el que se incluiría el reglamento como parte de los elementos que fijan la ejecución penal aunque respetando ciertas condiciones⁸¹: que se trate de un reglamento ejecutivo o de mero desarrollo, que la ley contenga los aspectos esenciales de la ejecución de la pena y aquellos que afecten a derechos fundamentales, con remisión expresa y precisa de la ley al reglamento, incluyendo la ley criterios que permitan controlar el desarrollo reglamentario por el poder ejecutivo. En definitiva, el problema se transforma en los límites que no puede traspasar el reglamento, teniendo en cuenta que no solo se trata de un problema de contenidos y de garantías (los contenidos indelegables y la necesidad de remisión y de certeza), sino que está implicado un problema de legitimidad pues afecta al fundamento jurídico-político del principio de legalidad y en particular al principio de división de poderes. Por ello Arroyo⁸² señaló que la remisión a una fuente secundaria resulta admisible si tiene su origen en la necesidad, siempre que la propia remisión y la fuente remitida satisfagan las exigencias de certeza. Determinación o taxatividad que sin embargo no justifica por sí misma la remisión a otra norma de rango inferior. Este autor entendió más adecuado que los aspectos de desarrollo se llevaran a una ley ordinaria y no al reglamento, no pudiendo en todo caso afectar la regulación reglamentaria a aspectos relativos a las restricciones al derecho a la libertad.

En este contexto de regulación normativa mediante ley orgánica y reglamento penitenciario existen una serie de materias presentes en la norma reglamentaria que son cuestionables desde el ángulo de la necesaria reserva de ley orgánica. En este sentido se ha señalado que los aspectos de la ejecución penal vinculados a derechos fundamentales deben permanecer necesariamente en la ley, como la protección de datos de carácter

80 De la misma manera a como formula J. L. Díez Ripollés. *La racionalidad de las Leyes Penales*, cit., pp. 162-3, el principio de monopolio punitivo estatal, enunciado por este autor como uno de los integrantes de la racionalidad propia de la legislación criminal.

81 Así lo recoge V. Cervelló. *Derecho penitenciario*, cit., p. 28. También sobre los criterios para evitar la deslegalización de la materia penitenciaria J. C. Ríos Martín, “Art. 10”, cit., pp. 50 y ss.

82 L. Arroyo Zapatero. “Principio de legalidad...”, cit., pp. 34 y ss.

personal⁸³, a lo que se dedica el Capítulo III del Título I del Reglamento Penitenciario y, sin embargo, no se establece en la ley en forma alguna. También se produce incidencia de la regulación reglamentaria en el derecho fundamental a la libertad personal con materias como la libertad condicional (Capítulo I del Título VIII RP) que resultan indelegables por afectar a sus aspectos esenciales⁸⁴. Igualmente, tienen que ver con contenidos sustanciales del derecho fundamental a la libertad personal temas como el de la refundición de condenas, que deberían estar presentes de forma determinada o determinable en la Ley (Código penal o Ley penitenciaria) evitando múltiples dudas interpretativas y cambios en su aplicación⁸⁵. Igualmente, puede verse la necesidad de incorporar a la ley la doble modalidad del régimen cerrado que se establece en el Reglamento, como indica Téllez⁸⁶.

El régimen disciplinario ha sido destacado sistemáticamente como una de las materias que incumplen la reserva de ley en materia penitenciaria. En la situación actual la logp establece el procedimiento disciplinario, la clasificación de las infracciones, así como las sanciones del régimen disciplinario penitenciario (Capítulo IV del Título II de la logp), pero no las infracciones mismas. Los hechos constitutivos de infracciones en el ámbito penitenciario, sin embargo, no se encuentran en la Ley sino en el Reglamento Penitenciario de 1981 (arts. 108, 109 y 110) subsistente en algunos preceptos y no en el vigente de 1996. Por ello la doctrina coincide mayoritariamente en la necesidad de que la Ley Penitenciaria sea la que recoja el catálogo de infracciones del régimen disciplinario penitenciario⁸⁷. Mapelli y Terradillos⁸⁸ señalaron la lesión para el principio de legalidad que suponía la remisión al reglamento en materia sancionadora. Esta ausencia de las infracciones en la ley que ha sido calificada como deslegalización, habría sido justificada por el Tribunal Constitucional calificando de relaciones de especial sujeción las del interno con la Administración penitenciaria, lo que permitiría relajar la exigencia de reserva de ley en este ámbito⁸⁹. Pese a la admisión de la colaboración reglamentaria en materia sancionadora según lo dispuesto en el artículo 129.3 de la

83 Así A. Téllez Aguilera. “La necesaria reforma de la ley penitenciaria”, *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, 2006, p. 382.

84 En este sentido L. Arroyo Zapatero. “Principio de legalidad...”, cit., pp. 35-6.

85 Lo propone con razón A. Téllez Aguilera. “La necesaria reforma de la ley penitenciaria”, cit., p. 382.

86 Idem.

87 De La Cuesta y Blanco. “El sistema prisional en España”, cit., p. 257, indican la persistencia de algunos problemas pese al avance que en el reconocimiento y desarrollo de los principios que deben inspirar el régimen disciplinario supuso el Reglamento Penitenciario de 1996. V. Cervelló. *Derecho penitenciario*, cit., p. 28; R. García Albero. R. García Albero. “Beneficios penitenciarios”, en G. Tamarit, R. Albero, Puerta y Sapena Grau. *Curso de Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 219 y ss. Tan solo algunos autores estiman que si se acepta la reserva de ley en materia penitenciaria como reserva relativa al bloque de legalidad (en el que se integraría también el Reglamento Penitenciario) se salvaría la presencia de las conductas infractoras en el texto del Reglamento. En este sentido F. Bueno Arus. “Garantía y límites de la actividad penitenciaria”, cit., p. 55.

88 Mapelli y Terradillos. *Las consecuencias*, cit., pp. 139-40.

89 R. García Albero. *Curso de Derecho penitenciario*, cit., pp. 219 y ss.

Ley 30/1992 que fija los aspectos básicos del procedimiento sancionador, sin embargo, aquella no se puede extender a los aspectos fundamentales como es la determinación de las conductas infractoras⁹⁰. Además, lo que se produce es que el órgano competente para la imposición de las sanciones se fija reglamentariamente (Comisión Disciplinaria, art. 232.1 RP), producto de la remisión que en este aspecto efectúa la Ley Penitenciaria en su artículo 44.1.

Para algunos autores, además, el que el órgano competente para la imposición de la sanción de aislamiento sea de naturaleza administrativa —y no judicial— viola la prohibición de imposición de sanciones privativas de libertad para la Administración civil (art. 25.3). En este punto, la teoría de las relaciones de especial sujeción habría permitido al propio Tribunal Constitucional en su sentencia 2/1987 de 21 de enero establecer un alcance distinto al principio de legalidad en materia penitenciaria⁹¹. Pese a lo indicado parece que el TC aborda el problema del aislamiento desde la perspectiva de la prohibición constitucional de tratos inhumanos. Con ese presupuesto, el Tribunal va a manifestar que no existe contradicción con la Constitución de la mencionada sanción en atención a varios factores: su carácter excepcional, las garantías de necesario respeto para su imposición así como la doctrina del tedh en la materia, sin recurrir en realidad a la teoría de especial sujeción.

En este contexto, también debe ponerse de relieve el problema que pueden representar las disposiciones e instrucciones no reglamentarias dictadas por la propia Administración penitenciaria. El artículo 21.1 de la Lrjae y pac establece que “1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio”. Siendo, por tanto, legítimo que la Administración penitenciaria dicte instrucciones internas para el cumplimiento de su actividad, no es menos cierta la peculiaridad de esta capacidad en un ámbito en el que se produce la restricción de derechos fundamentales y que afecta al principio de división de poderes. Si estos riesgos se producen ya con la misma posibilidad de regulación reglamentaria de la actividad, se incrementan los mismos con el recurso a este tipo de instrucciones, circulares u órdenes de servicio. En principio, este tipo de disposiciones deben facilitar la organización interna de los servicios para ejecutar lo previsto en la ley y los reglamentos, pero en la práctica se indica que “en no pocas ocasiones las circulares e instrucciones penitenciarias encubren verdaderos reglamentos”⁹². En el mismo sentido se apunta la gravedad de la determinación a través de estos instrumentos administrativos de ciertos aspectos del régimen de máxima seguridad o del procedimiento disciplinario⁹³. Por tanto, las circulares e instrucciones que puedan proceder de los

90 En este sentido A. Téllez Aguilera. *Seguridad y disciplina penitenciaria...*, cit., p. 211.

91 Así J. Fernández García. “Beneficios penitenciarios”, cit., p. 130.

92 J. C. Ríos Martín, “Art. 10”, cit., p. 52.

93 De La Cuesta y Blanco. “El sistema prisional en España”, cit., p. 264. B. Mapelli Caffarena. *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 41.

centros directivos no pueden tener otra aplicación que la de la organización interna de los servicios ni afectar a los derechos de los administrados, como también sucede con las normas reglamentarias que dicten las Comunidades Autónomas con competencias de ejecución ya que la legislación penitenciaria es competencia exclusiva del Estado (de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.1º.6ª de la Constitución)⁹⁴.

Respecto a este tipo de instrumentos no normativos el Tribunal Supremo, en su sala de lo Contencioso-Administrativo, mediante sentencia de 17 de marzo de 2009⁹⁵, ha anulado una instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre), por exceder del cometido de los reglamentos administrativos o de organización, y regular derechos y deberes, ámbito reservado a la ley. Se señalan vulnerados los principios de reserva de ley y jerarquía normativa pues:

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

Carente prácticamente de regulación se encuentra la medida de internamiento en centros educativos especiales⁹⁶. Los supuestos de exención de responsabilidad penal con base en las previsiones del artículo 20.1º (anomalías o alteraciones psíquicas) y 20.3º (anomalías en la percepción desde el nacimiento o la infancia) conllevan, de cometerse un hecho punible en tales situaciones, el internamiento en centros educativos especiales, de acuerdo con lo señalado en el artículo 96.2.3º del Código Penal. El recurso a la medida de internamiento requiere la necesidad de la misma y que la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido fuera privativa de libertad. Únicamente el

94 En este sentido F. Bueno Arus. “Garantía y límites de la actividad penitenciaria”, cit., p. 57.

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

96 Problemática que pone de relieve F. de Marcos Madruga. “El Centro de Educación especial del CP de Segovia”, *La participación del Juez de Vigilancia en la ejecución penal*, 2009, pp. 5 y ss.

Reglamento Penitenciario menciona los Centros de Rehabilitación Social para señalar que la Administración Penitenciaria celebrará los Convenios necesarios para la ejecución de las medidas de seguridad previstas en el Código Penal (art. 182.3 RP). De esta forma se carece de previsión normativa sobre la estructura y el funcionamiento de los Centros de Educación Especial, que genera una situación jurídica compleja para estas medidas de seguridad, algo próximo a un limbo jurídico⁹⁷, lo que en materia penal contradice las exigencias del principio de legalidad.

Exclusión de la analogía en la ejecución penal

Hemos señalado anteriormente la exigencia de *lex stricta* en el ámbito penal y, por tanto, también en el penitenciario. Esto significa que el recurso a la analogía queda proscrito tanto en las restricciones generales para la vida en prisión como para las condiciones del régimen penitenciario concreto aplicable e igualmente en lo que hace referencia al sistema disciplinario. Desde este punto de vista no puede recurrirse a un procedimiento de semejanza con otras previsiones normativas para aquello que no se encuentre positivamente reflejado en la normativa⁹⁸. El Reglamento Penitenciario señala en su artículo 232.2 que “queda prohibida la aplicación analógica”, se entiende que en cuanto a las infracciones sancionables y a las propias sanciones por aplicar en el marco de la responsabilidad disciplinaria de los reclusos.

El propio Tribunal Constitucional establece respecto a un caso de sanción disciplinaria a un interno la imposibilidad de sancionar comportamientos no previstos en la norma aunque resulten similares a los que sí contempla, pues:

este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no solo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla (stc 138/2004 de 13 de septiembre)⁹⁹.

De manera que admite como una de las posibles infracciones del principio de legalidad la aplicación vía analogía de una infracción: “Puede suceder de hecho que la motivación de la resolución revele un entendimiento de la norma aplicada contrario al artículo 25.1 CE en cuanto constitutivo de una extensión *in malam partem* o analógica de la misma”. Por ello también

97 Así lo califica De Marcos Madruga, *ibíd.*, p. 7.

98 El Tribunal Constitucional alemán excluyó por este motivo —en sentencia de 31 de mayo de 2006— la aplicación de la normativa de la Ley penitenciaria de adultos al ámbito de los jóvenes. F. Dunkel, y D. van Zyl Smit. “Implementación del encarcelamiento juvenil...”, *cit.*, p. 212.

99 *rt*\2004\138.

existirá una vulneración del principio de legalidad, no solo cuando el órgano judicial en su resolución debidamente motivada extiende la aplicación del tipo sancionador a un supuesto de hecho manifiestamente ajeno al sentido de los elementos que integran aquél, sino también cuando, prescindiendo de toda motivación y por una decisión meramente voluntarista, se priva a la sanción del sustento que le exige el principio de legalidad. En ambos casos se produce una vulneración de este derecho fundamental reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución.

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

La certeza de la Ley en el sistema penitenciario

La garantía penal y penitenciaria incluye el llamado mandato de certeza o taxatividad, conforme al cual la ley debe no solo recoger las infracciones y sus sanciones, así como otro género de restricciones posibles, sino que deben establecerse de una manera suficientemente precisa. Este mandato de certeza afecta por supuesto a la existencia misma de las penas, su aplicación y ejecución¹⁰⁰, y a las condiciones conforme a las cuales se ponen en práctica. En efecto, este principio de taxatividad “es de aplicación no solo en el tipo en sentido estricto, donde está descrito el comportamiento punible, sino también en los otros niveles del sistema de delito, especialmente en el ámbito de las consecuencia jurídicas del delito”¹⁰¹. Es cierto, sin embargo, que por razones

100 J. Barquin Sanz. “Sistema de sanciones y legalidad penal”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 58, 2000, p. 172.

101 Süß. “El trato actual del mandato de determinación”, cit., p. 226.

de prevención especial y en cuanto no perjudique al reo se permite y se suele admitir una mayor flexibilidad en lo que se refiere a la fijación legal de las penas y su ejecución¹⁰². En cuanto a las penas y su duración, problema que no solo afecta a la legislación penitenciaria, también tiene que dar respuesta el sistema penal a esta problemática desde el punto de vista de su determinación o determinabilidad. La previsión legal de las penas ya implica la necesidad de establecerse en condiciones que respeten el principio de legalidad. Su inclusión en la Ley en términos excesivamente vagos o con duraciones demasiado amplias parece contradecir los postulados básicos del principio¹⁰³. Es cierto que las ideas de tratamiento y resocialización han introducido en el sistema penal una creciente indeterminación, de forma que se constata una distancia cada vez mayor entre la pena prevista en la ley, la pronunciada por el juez y la realmente cumplida por el condenado¹⁰⁴. Durante la fase de ejecución se admite la intervención que puede condicionar la pena, produciéndose un desfase entre la establecida en la sentencia y la cumplida por el condenado de manera efectiva, por lo que aquella se convierte en un mero instrumento técnico de referencia¹⁰⁵. Ferrajoli¹⁰⁶ se pregunta por la función de un sistema penal escindido entre severas previsiones penales en la ley y la sistemática reducción en sede de ejecución. Este autor está ya queriendo anticipar su visión cuando habla, por una parte, de severidad penal de la ley y en la imposición de la pena, frente a la indulgencia y moderación de las penas efectivamente cumplidas. Para Ferrajoli, la única posible explicación se encontraría en un programa de política penal, en mayor o menor medida consciente, por el que se persiguen dos finalidades no explícitas. Por una parte, la función ejemplificante atribuida de hecho sustancialmente a la imposición de la condena, adquiriendo así un perfil nítidamente simbólico y, por otra, los poderes disciplinarios que estas facultades otorgan a las instituciones penales, asumiendo así un carácter negocial la privación de libertad¹⁰⁷, dependiendo la aplicación de ciertos efectos beneficiosos para el condenado de juicios de valor sobre su conducta y personalidad. En definitiva, para Ferrajoli¹⁰⁸, el sistema de pena flexible, con unas previsiones y condenas innecesariamente duras, proporciona un poder desmesurado e incontrolado, lo que le lleva a efectuar una acusación realmente gruesa: “la pena cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente porque

102 En este sentido J. M. Zugaldía Espinar. *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 217.

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

104 M. A. Agard-Peano. “Le principe de la légalité et la peine”, cit., p. 293.

105 *Ibid.*, p. 296.

106 L. Ferrajoli. *Derecho y razón...*, cit., pp. 407 y ss.

107 Del condenado, este autor llega a decir que “una vez encarcelado él no tiene una pena cierta que cumplir, sino un mañana incierto que deberá contratar día a día con sus carceleros”. *Ibid.*, pp. 409.

108 *Ibid.*, p. 408.

el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de su irrogación, se prorroga durante todo el curso de su aplicación”. Con la consecuencia añadida de que el sistema de pena flexible y de alternativas a la pena se percibe por los ciudadanos como una abdicación no aceptable de la función aflictivo-retributiva de la pena¹⁰⁹.

Aun cuando no se puede renunciar a un margen de maniobra en la fase de ejecución que permita adaptar la ejecución a las necesidades de tratamiento del sujeto individual, será necesario conseguir un equilibrio con la existencia de previsiones normativas que permitan hacer calculable la duración de la condena así como evitar incertezas fundamentales en la ejecución penitenciaria. Incluso contando con el límite máximo de tiempo de condena que puede haber quedado fijado en la sentencia, cosa que no siempre sucede¹¹⁰, no puede privarse de poder efectuar un cálculo siquiera aproximado de la duración efectiva de la prisión para el interno. En todo caso, tampoco resultan admisibles las situaciones en las que una pena grave, con imposición por un Tribunal penal de la condena severa —conforme a las previsiones legales— quede en breve tiempo en un régimen penitenciario que implique de hecho libertad o semilibertad (tercer grado, libertad condicional). Esta disparidad fundamental entre la pena establecida en la ley, la impuesta en sentencia y la permanencia efectiva en el establecimiento penal —hablamos de privación de libertad—, no es, por supuesto, coherente. Es incoherente aun cuando se quiera señalar que en realidad desde el punto de vista jurídico el tercer grado o la libertad condicional siguen formando parte de la ejecución de la pena. Ciertamente, pero la pena de prisión debe tener un contenido material de privación de libertad mínimo para que podamos hablar de la misma. Claro está que nos referimos a aquellos casos en los que hemos dicho existe un salto cuantitativo de gran magnitud (y por ello cualitativo) entre la duración de privación de libertad establecida, la consignada en la resolución judicial y la que de manera efectiva —materialmente— se lleva a cabo por medio de la aplicación de recursos —regulares o no— de la Administración penitenciaria; de varios o muchos años de privación de libertad puede transitarse a unas pocas semanas de permanencia en prisión. Este tipo de procedimientos resultan ajenos al respeto al principio de legalidad pues —no lo olvidemos— las sanciones asociadas a un hecho delictivo, la pena impuesta por el Tribunal que enjuicia los hechos y el cumplimiento de las mismas integran un mismo sistema de consecuencias jurídicas del delito, pese a las diferencias y los significados propios de cada una de las fases.

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

110 Véase lo relativo a las medidas de seguridad en el caso italiano, cuyo cumplimiento máximo no está prefijado y puede ser prorrogado por el juez. Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, cit., pp. 780 y ss.

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

También el artículo 78 del CP concede amplios poderes al juzgador para una aplicación restrictiva de los beneficios penitenciarios, la libertad condicional y el tercer grado penitenciario¹¹¹. La ausencia de criterios legales suficientes y claros ha permitido cambios jurisprudenciales controvertidos y de gran repercusión mediática como el de la STS de 28 de febrero de 2006. La existencia del cambio de jurisprudencia con la misma regulación legal —al margen de los argumentos sobre el problema de fondo— pone ya de manifiesto la inexistencia de una regulación que permita reconocer los criterios necesarios para la aplicación de los beneficios penitenciarios a quien ha sido condenado a múltiples penas. Problema central que redundaba en la determinación del momento de la liberación y de la duración efectiva de la pena, es decir, vinculado al derecho a la libertad del artículo 17 de nuestra Constitución. Independientemente de la discusión sobre los criterios más acertados para los casos de ejecución de múltiples penas, se hace evidente el vacío legal real sobre un problema central y que afecta al derecho fundamental a la libertad, por lo que puede apreciarse una deficitaria realización del principio de legalidad ante esta “clamorosa falta de previsión legislativa en relación a un problema central de política criminal cual es el del tratamiento sancionatorio adecuado del delincuente habitual peligroso de criminalidad media y grave”¹¹². Igualmente sucede con la determinación que se hace necesaria en el caso de refundición de condenas¹¹³. También presentan problemas desde el ángulo de la determinación normativa las posibles limitaciones regimentales en situaciones particulares previstas en el artículo 75 del Reglamento Penitenciario. En el número primero del artículo se señalan de forma amplia las distintas posibles procedencias de limitaciones regimentales: aseguramiento de la persona, seguridad y orden del establecimiento, tratamiento y grado de clasificación. Los jueces de vigilancia han pedido que no se incluyan entre las mismas las que se consideran sanciones en la normativa. El número segundo del precepto indicado

111 J. Barquin Sanz. “Sistema de sanciones y legalidad penal”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 58, 2000, pp. 180 y ss.

112 A. J. Sánchez Morán. “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios”, *Revista de Derecho Penal*, n.º 18, 2006, pp. 42-3.

113 A. Téllez Aguilera. “La necesaria reforma de la ley penitenciaria”, cit., p. 382.

establece la posibilidad de que se adopten medidas restrictivas, más allá de las ordinarias, por razones de seguridad para el interno bien a petición propia o a iniciativa oficial mediante resolución motivada, dando cuenta al juez de vigilancia. Lo cierto es que tales limitaciones regiminales suplementarias no se encuentran definidas en modo alguno ni están respaldadas por la ley.

Otro ámbito en el que tiene su aplicación es el del régimen disciplinario por cuanto la reserva de ley no solo obliga a establecer previamente las infracciones y sus sanciones sino que las mismas se encuentren formuladas con suficiente claridad. A este respecto se ha destacado bien la coincidencia de las conductas infractoras con hechos delictivos, el recurso excesivo a conceptos jurídicos indeterminados o de tipos abiertos en la descripción de las acciones u omisiones sancionables, así como —en ocasiones— la falta de distinción clara entre los hechos constitutivos de infracciones graves y los de las infracciones muy graves¹¹⁴. Las disposiciones generales que remitan a ciertos incumplimientos de deberes no resultan aceptables si tales deberes no están definidos en la ley¹¹⁵.

Desde hace tiempo resulta controvertido el fundamento de la necesidad de determinación de la ley penal en la posibilidad de que el ciudadano pueda conocer con nitidez los hechos que le están permitidos y aquellos que se encuentran sancionados¹¹⁶. Se duda, por parte de algunos sectores, de la capacidad real de la norma para cumplir con una función real de advertencia efectiva a los ciudadanos sobre qué clase de conductas resultan punibles. En ocasiones son razones de tipo práctico las que se esgrimen, como el conocimiento general necesariamente poco preciso de las normas penales por los ciudadanos¹¹⁷, la imposibilidad de conocimiento de los detalles de la tipicidad y el sentido preciso de los términos típicos¹¹⁸, pero en otra veces resulta del desánimo que produce en los juristas la aplicación —o, mejor— la no aplicación de esta perspectiva por los Tribunales Constitucionales¹¹⁹. En todo caso, para el ámbito penitenciario, por sus características peculiares, el planteamiento de esta problemática es otro bien distinto. No deja de ser cierta

114 *Ibid.*, pp. 379-80.

115 F. Dünkel, y D. van Zyl Smit. “Implementación del encarcelamiento juvenil...”, cit., p. 222.

116 Véase J. M. Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 256-7. Favorable para entender que la predeterminación pueda ser una función motivadora al ser conocida por el ciudadano medio la conducta objeto de sanción, S. Huerta Tocildo. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, cit., pp. 39-40.

117 E. Schmidhäuser. *Form und Gestalt der Strafgesetze*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1988, p. 49.

118 J. M. Silva Sánchez. “Principio de legalidad y legislación penal europea...”, cit., p. 69.

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

la complejidad mayor de nuestra sociedad y de las dificultades para entender precisa la certeza de las leyes penales en virtud del necesario conocimiento de las conductas allí castigadas por los ciudadanos. Esta necesidad se pone en cuestión debido a la capacidad material, real, de acceso a las mismas, su mayor extensión en diversidad de normas y en número de conductas sancionadas, así como la elevación de la complejidad técnica. Pero para el caso del ciudadano privado de libertad los intereses son mucho más definidos, la normativa más concreta y accesible por lo que sin duda su conocimiento será mucho mayor y preciso, no pudiéndose dejar de reconocer el que —al menos como uno de los motivos— la racionalidad de la necesidad de precisión de la normativa penitenciaria se encuentra en el hecho de que al interno le sea posible conocer con suficiente claridad las condiciones legales de su vida en prisión.

La irretroactividad de las normas penitenciarias

Si aplicamos al ámbito penitenciario las mismas garantías que son propias del general principio de legalidad, debe excluirse la aplicación retroactiva de las normas. Desde el punto de vista de la retroactividad o, mejor, de la irretroactividad de las disposiciones se han planteado algunos problemas en la ejecución penal. Con la reforma del año 2003 se introduce el requisito de haber satisfecho el penado la responsabilidad civil originada con el hecho delictivo para poder acceder al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional. Pero además, la mencionada reforma introducida en la Disposición transitoria Única de la Ley Orgánica 7/2003 establece que esta previa exigencia será aplicable desde la entrada en vigor de la norma pero con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos con los que tenga relación. Inicialmente puede indicarse que incluso la misma aplicación de criterios de satisfacción de la responsabilidad civil en la determinación de la clasificación penitenciaria se presenta como algo ajeno a lo que representa el monopolio punitivo del poder público¹²⁰. Pero además este monopolio, como sucede con la ley como origen del Derecho Penal en cuanto expresa el interés general, impide que los directamente afectados por el delito, es decir, las víctimas, determinen la pena o controlen su ejecución. En coherencia con la preeminencia de la voluntad general la concreta víctima no tiene atribuidas funciones respecto a la situación penitenciaria del sujeto activo. Naturalmente que estas apreciaciones no tienen que ver con la necesidad de verse realizada la responsabilidad civil, que debe ser lograda en mayor medida a lo que sucede en ocasiones, sino con los efectos que la misma pueda producir en el terreno de la responsabilidad penal y su puesta en práctica. Aparte de la naturaleza diversa de la responsabilidad penal y la de carácter civil no deja de señalarse la necesidad de irretroactividad también de las normas de ejecución. Frente a las posibles opiniones contrarias a la irretroactividad de las normas de ejecución penitenciaria se destaca la incidencia de estas normas tanto en el ámbito de las

120 En el sentido que, entiendo, menciona J. L. Díez Ripollés. *La racionalidad de las Leyes Penales*, cit., pp. 162-3, lo que denomina principio de monopolio punitivo estatal como uno de los integrantes de la racionalidad del sistema penal. También señalando lo ajeno de esta exigencia con el pronóstico de resocialización, M. A. Iglesias Río. “Algunas reflexiones...”, cit., pp. 29-30.

garantías del ciudadano como en el cumplimiento de las finalidades asignadas a las normas penales. “no se puede desconsiderar la importancia de la irretroactividad desde una óptica de seguridad jurídica, y no son escindibles en el marco de la prevención general la tipificación de una conducta y la amenaza penal y su ejecución”¹²¹. De este modo se afirma la operabilidad de las garantías del principio de legalidad en el ámbito penitenciario y la imposibilidad de romper la unidad del sistema penal que sirve a unos mismos fines. Efectivamente, resulta contrario a la garantía de irretroactividad la aplicación de las nuevas condiciones a quienes cumplían los requisitos de acceso al tercer grado o a la libertad condicional con anterioridad al 1 de julio de 2003, y tampoco puede ser revocada a quienes ya se encontraran en dichos periodos, como afirma Iglesias Río¹²², autor que también señala claramente el carácter sustantivo de las normas de acceso al régimen de semilibertad y a la libertad condicional, y no procesal, pues redundan indudablemente en la ampliación o restricción de la libertad y se vinculan a la finalidad resocializadora¹²³.

Por otra parte, también se ha planteado el problema de la irretroactividad en cuanto a las modificaciones de la doctrina jurisprudencial sobre refundición de condenas. Afecta al problema más general sobre la posible prohibición de retroactividad de las decisiones judiciales, es decir, si a las resoluciones de los Tribunales también alcanza la prohibición de retroactividad. A propósito de la STS de 28 de febrero de 2006, en la que se decidió sobre la forma de cómputo en caso de múltiples condenas para aplicar los beneficios penitenciarios, se ha debatido sobre el problema¹²⁴. Existe una tendencia general según la cual las decisiones de los Tribunales afectan a la interpretación de la ley pero no a la ley misma, por lo que no resultaría de aplicación la garantía propia del principio de legalidad, siendo posible su aplicación retroactiva. Sin embargo, si se toman en cuenta los efectos materialmente desfavorables, y sobre la base de que la finalidad de la prohibición de retroactividad tiene que ver con la evitación de cambios imprevistos que afecten a su seguridad jurídica, se podría estimar que también debería extenderse a las resoluciones judiciales.

V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES

En lo dicho en las páginas anteriores ha quedado en evidencia la unidad sustancial del sistema penal en lo que hace referencia a la ejecución, imposición y conminación legal de las penas. A estas diversas fases resultan extensibles coherentemente las garantías y los contenidos del principio de legalidad. La trascendencia del respeto al principio de legalidad en la fase de ejecución resulta no solo de la importancia de las formas en un Estado de derecho, sino de su radical vinculación con el *status libertatis* del ciudadano,

121 B. Mapelli Caffarena. *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 42.

122 M. A. Iglesias Río. “Algunas reflexiones...”, cit., p. (2005): 30.

123 *Ibíd.*, p. 32.

124 Véase al respecto A. J. Sáenz Morán. “Refundición de condenas e imputación...”, cit., pp. 34 y ss.

restringido pero no eliminado en el ámbito penitenciario, así como con el fundamento de la capacidad del poder público de determinar, imponer y ejecutar sanciones.

No solo se trata, por tanto, de los límites que el principio impone en la forma de ejecutar las penas, sino de las condiciones que legitiman la aplicación de las mismas. Por eso el principal asidero de la administración penitenciaria y de cuantos ejercen la destacada función de la ejecución penitenciaria es la misma ley. El principio de legalidad, al desplegar sus funciones, introduce criterios político-criminales¹²⁵ externos, en cuanto hace depender la validez de la ejecución penal de su conformidad con criterios previos, generales y exteriores a la norma misma (reserva de ley, prohibición de retroactividad, de analogía y de derecho no escrito, mandato de certeza y, en definitiva, una aplicación cierta y estable de la ejecución penal y penitenciaria). Todo ello no impide la aplicación flexible y adaptada de las penas pero sí exige la coherencia, el equilibrio de funciones y los límites en la individualización penitenciaria.

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

BIBLIOGRAFÍA

Agard-Peano, M. A. “Le principe de la légalité et la peine”, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n.º 2, 2001.

Álvarez García, F. J. “Principio de legalidad y resoluciones judiciales”, *Jueces para la Democracia*, n.º 8, 1989.

Álvarez García, J. *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, 2009.

Arroyo Zapatero, L. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 8, 1983.

Barquin Sanz, J. “Sistema de sanciones y legalidad penal”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 58, 2000.

125 En este sentido se pronuncian distintos autores. “El principio de legalidad penal constituye, sin lugar a dudas, un importante límite externo al ejercicio monopolístico del *ius puniendi* por parte del Estado”. S. Huerta Tocildo. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, cit., p. 14; R. Bergalli. “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”, cit., p. 62, lo reconoce como un elemento de control del poder desde una óptica jurídico-política.

Beltrán Núñez, A. “El cumplimiento de la pena de prisión”, en M. C. Molina Blázquez (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, 2005.

Bergalli, R. “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”, *Jueces para la Democracia*, n.º 32, 1998.

Bueno Arus, F. “El sistema penitenciario español”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 169-171, abril-diciembre, 1965.

Bueno Arus, F. *El sistema penitenciario español*. Ministerio de Justicia, 1966.

Bueno Arus, F. “Estudio preliminar”, en C. García Valdés, *La reforma penitenciaria española —textos y materiales para su estudio—*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981.

Bueno Arus, F. “Garantía y límites de la actividad penitenciaria”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 1, Edersa, 1986.

Canepa, M. y S. Merlo. *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 1993.

Céré, J-P. “État actuel de l’application du droit pénitentiaire”, *Revue Pénitentiaire et de droit pénal*, 2005.

Céré, J-P. “La Cour Européenne des droits de l’homme et la protection des droits del détenus”, *Revue Pénitentiaire et de droit Pénal*, n.º 2, 2009.

Cervelló, V. *Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2006.

Cid Moliné, J. “Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 140, 1996.

De La Cuesta, J. L. e I. Blanco. “El sistema prisional en España”. *Eguzkilore*, n.º 12, 1998.

De Marcos Madruga, F. “El Centro de Educación especial del CP de Segovia”, *La participación del Juez de Vigilancia en la ejecución penal*, 2009.

De Vicente Martínez, R. *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, 2004.

Díez Ripollés, J. L. *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, 2003.

Dünkel, F. y D. van Zyl Smit. “Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania”, 2007. Disponible en: <http://www.uned-illesbalears.net/Tablas/serrano5.pdf>.

Fernández Arévalo, A. *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina*, Bueno Arus (coord.), Colex, 2005.

Fernández García, J. “Beneficios Penitenciarios”, en Berdugo y Zúñiga (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, 2001.

Ferrajoli, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 2005.

Fiorentin, F. “Cosa resta della pena? La certezza Della pena nella fase dell’ esecuzione penale”, *Cassazione penale*, n.º 3, 2008.

García Albero, R. “Beneficios Penitenciarios”, en G. Tamarit, R. Albero, Puerta y Sapena Grau. *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2005.

García Valdés, C. *Comentarios a la legislación penitenciaria española*, Civitas, 1982.

Gracia Martín, L. (coord.). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, 1996.

Groizard, A. *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*, t. II, Madrid, 1903.

Hassemer, W. *Fundamentos de Derecho Penal*. Trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, 1984.

Huerta Tocildo, S. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional, 2000.

Iglesias Río, M. A. “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 6, 2005.

Jiménez de Asúa, L. “Nullum crimen, nulla poena sine lege”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 63, 1951.

Karpen, H-U. *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, Berlín, Walter de Gruyter, 1970.

Lohberger, I. K. *Blankettstrafrecht und Grundgesetz* (Inaugural-Dissertation), München, 1968.

Mansuy, I. “Principe de légalité et d’ exécution des peines en France et Allemagne, Droit = droits ?”, *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [en línea], vol. I, 2005, mis en ligne le 13 novembre 2009. Consulté

Mapelli Caffarena, B. y J.M. Terradillos. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, 1990.

Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, 2005.

Mapelli, B. “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-r1, 2006.

Naucke, W. “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en AA. VV. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Trad. de Pablo Sánchez-Ostiz, Comares, 2000.

Pacheco, J. F. *El Código penal concordado y comentado*, t. I, Madrid, Imprenta de D. Santiago Aunaque, 1848.

Pacheco, J. F. *El Código penal concordado y comentado*, Edisofer, 2000.

Renart García, F. *El régimen disciplinario en el Ordenamiento Penitenciario español: luces y sombras*, Universidad de Alicante, 2002.

Ríos Martín, J. C. “Art. 10”, en Bueno Arus (coord.), *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina*, Colex, 2005.

Rivera, I. “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario”, en Muñagorri y Pinto de Miranda (coords.). *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Barcelona, 2000.

Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General, t. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Trad. y notas Luzon Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, 1999.

Sanz Morán, A. J. “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios”, *Revista de Derecho Penal*, n.º 18, 2006.

Schmidhäuser, E. *Form und Gestalt der Strafgesetze*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1988.

Schünemann, B. *Nulla poena sine lege?* De Gruyter, 1978.

Silva Sánchez, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, 1992.

Silva Sánchez, J. M. “Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?”, en Arroyo Zapatero y Nieto Martín (dirs.), Muñoz de Morales Romero (coord.), *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007.

Süss. “El trato actual del mandato de determinación”, en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, 2000.

Tamarit, J. M. *Curso de Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2005.

Téllez Aguilera, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, 1998.

Téllez Aguilera, A. “La necesaria reforma de la ley penitenciaria”, *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, 2006.

Tiedemann, K. “Constitución y Derecho Penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 33, 1991.

Zugaldía Espinar, J. M. *Fundamentos de Derecho Penal*, Universidad de Granada, 1990.