

EL SISTEMA PENITENCIARIO, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Borja Mapelli Caffarena

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla



El Tribunal Constitucional (TC) ha dictado en los últimos años dos sentencias de una importancia muy considerable para el sistema penitenciario de nuestro país¹. En ellas se acude a la teoría de las relaciones de los derechos fundamentales de los internos. No es la primera vez que se aplica por nuestra jurisprudencia dicha teoría a las relaciones de los internos con la administración, ya que esporádicamente el TS se había referido a ello²; sin embargo, sí presentan novedades en las consecuencias que extrae de dicha declaración. Previamente nos parece interesante detenernos en el debate que se suscitó en Alemania a partir precisamente de una resolución del TC de ese país en donde negaba la existencia en el ámbito penitenciario de relaciones especiales de sujeción.

¹ Sentencias de 21 de enero de 1987 y de 27 de junio de 1990.

² Cfr. STS de 23 de abril de 1976.

En Alemania —a diferencia de otros países— se había alcanzado una cierta teorización para explicar la desprotección jurídica de los internos. En efecto, doctrina y jurisprudencia coincidieron durante mucho tiempo en considerar que los penados se encuentran sometidos a una relación especial de sujeción de la que se deriva un modelo de ejecución no regulado jurídicamente. Frente a las numerosas obligaciones de los internos, orientados para alcanzar altas cotas de seguridad y orden, apenas podían esgrimirse derechos. El *status* jurídico del preso quedaba reducido a una forma de ejecución extremadamente sencilla y a un tratamiento para preservar la vida y la salud. Todo ello se regía tan sólo por las órdenes de servicio y ejecución que cada Estado federado dictaba para sus establecimientos³. La situación que permitía la reducción de los derechos fundamentales de las personas en función de un servicio público —ejecución de la pena— prestado por la Administración penitenciaria provocó su abandono jurídico ya que por otra parte tampoco se benefició de los principios del Derecho administrativo y llegó, sin embargo, a transformarse en la idea central que inspiraba la ejecución penal⁴. Era el resultado de un Derecho penal liberal escasamente interesado por las cuestiones penitenciarias. A lo largo del siglo XIX y hasta después de la segunda guerra mundial las cárceles, en el mejor de los casos, sólo llegaron a ser laboratorios lombrosianos.

Esta orientación político-penitenciaria sustentada por una constante jurisprudencia se vio alterada por una resolución del TC alemán de 14 de marzo de 1972⁵; en ella se deja a un lado la teoría de la relación especial de sujeción para declarar que no sería constitucional una limitación de los Derechos Fundamentales de la persona en base a una norma de rango administrativo orientada a lograr ya sean los fines de la pena, ya los del establecimiento penitenciario. La limitación de los derechos de los internos sólo sería posible si estuviera amparada por una ley. No obstante, el Alto Tribunal señaló un plazo de transición, que no fue bien recibido por la doctrina⁶, en el que

³ Vid. SCHÜLER-SPRINGORUM, H.: *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, Göttingen, 1969, pp. 39 y ss.; TIEDEMANN, K.: *Die Rechstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht*, Bonn, 1963.

⁴ SCHÜLER-SPRINGORUM, H.: *Op. cit.*, p. 40. Recoge este autor el texto de una sentencia de un tribunal ordinario que sirve para ilustrar el tenor de las resoluciones judiciales durante la influencia de la teoría de las relaciones especiales (p. 45). En ella se dice que "la ejecución penal constituye una especial relación de poder, en cuyo ámbito la administración está justificada para tomar o regular, en forma general o especial, todas las medidas necesarias para la realización de la ejecución de la pena, en el sentido de sus finalidades jurídicamente reconocidas".

⁵ BVerfGE 33, pp. 1 y ss. Para una reseña de la sentencia, vid. STARCK, Ch.: "Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 14-3-1972", en *Juristenzeitung*, 1972, pp. 360-362.

⁶ HESSE, K.: *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12.ª ed., Karlsruhe, 1980, p. 136.

todavía se permitirían ciertas restricciones a los Derechos Fundamentales de los internos sin cobertura legal "cuando fuera imprescindible para el cumplimiento de la pena o para ejecutarla ordenadamente", pasado dicho plazo el legislador debería desarrollar legalmente la nueva posición mantenida en la sentencia⁷.

Los principios del Estado de Derecho no sólo debían de garantizar los fundamentos legales del Derecho penitenciario y su vigencia para la Administración y para los internos, sino que lograba además una virtualidad inmediata de todos estos derechos en la legislación penitenciaria. Junto al reconocimiento general de los Derechos Fundamentales cuya esencia debía ser en todo caso respetada y del principio de legalidad (art. 19.4 de la Constitución alemana) se hace también referencia a la especial importancia del principio de igualdad para una Administración en un Estado de Derecho —sobre todo respecto de las medidas de seguridad y orden— y al fundamento jurídico constitucional del principio de proporcionalidad. Para la actividad de los jueces de vigilancia fueron significativas las referencias a la independencia judicial (art. 97) y a la legalidad procesal (art. 101.1)⁸.

La decisión del TC y la posterior entrada en vigor de la ley penitenciaria⁹ no sólo resultaba revolucionaria por cuanto la ciencia jurídica penitenciaria se introducía en un lenguaje de derechos del penado al que no estaba históricamente acostumbrado sino que permitía una reformulación del propio significado de la pena de prisión. En efecto, la estructuración jurídico-positiva de los derechos del interno favorece una visión plural y dinámica de la pena y no estática y unidimensional. La teoría de las relaciones especiales de sujeción se corresponden con una visión retributiva de los fines de la pena. En el momento de su ejecución el penado debe sentir la absoluta desprotección jurídica, que se suma al daño físico de la pena. La pena retributiva, la pena absoluta se correspondía con la idea de mal absoluto.

Por el contrario, el abandono de la referida teoría hace que siga vigente toda la riqueza de derechos constitucionales de la persona —incluso sumando otros nuevos adquiridos en su condición de penado— como consecuencia

⁷ La doctrina, no obstante, ya había apuntado con anterioridad la necesidad de una reforma legal en la que el penado mantuviera esencialmente su *status* jurídico de persona y éste no pudiera alterarse sino de acuerdo con una ley y conforme a lo establecido por la Constitución para esos casos (cfr. MÜLLER-DIETZ, H.: *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform*, Analecta Universitatis Saraviensis, Bd. 55, Köln, 1970).

⁸ SCHÖCH, en Kaiser/Kerner/Schöch, *Strafvollzug. Ein Lehrbuch*, 3.ª ed., Heidelberg, 1982, p. 102.

⁹ Ley sobre la ejecución de la pena privativa de libertad y medidas de mejora y seguridad privativas de libertad-ley de ejecución penitenciaria (StVollzG) de 16 de marzo de 1976 (BGBl. I, p. 581, ber. p. 2088).

lógica de una concepción de la pena entendida como proceso de comunicación y de aprendizaje social. La meta resocializadora se convierte en un motor de dinamización de las relaciones en el colectivo penitenciario decisivo en el plano normativo. Fruto de toda esta reformulación es la preocupación por formular en el Derecho positivo las garantías constitucionales y desarrollar posteriormente una serie de medidas encaminadas a potenciar la apertura al exterior o la democratización de las relaciones internas. La idea de un modelo penitenciario como proceso social deriva de la propia exigencia democrática de participación de los ciudadanos en la vida social¹⁰. Por vez primera los fines de la pena no se diseñaban contra el penado sino tratando de comprometerlo en un programa positivo para su propia biografía.

Pero han sido muchos años los que transcurrieron bajo la égida indiscutible de las relaciones especiales de sujeción y, por tanto, no puede esperarse que una sola reforma legislativa vaya a modificar súbitamente un estilo de gestión que por lo demás viene impuesta en gran medida por la propia naturaleza de la institución penitenciaria. "La prisión no es hija de las leyes ni de los códigos, ni del aparato judicial"¹¹. La propia teoría de la relación de supremacía aplicada al mundo penitenciario no es más que la expresión jurídica de un hecho cierto: que por encima de todo lo que caracteriza al preso es la pérdida de libertad y las limitaciones en sus condiciones de vida. Así pues, a pesar de todas las mejoras jurídicas que se sucedieron tras esta nueva corriente jurisprudencial, señala Kerner¹² con razón, la ley penitenciaria alemana —y lo mismo puede decirse de la nuestra— sigue dibujando sin justificación aparente en muchos casos un modelo de vida prisional de sometimiento. En lugar de la búsqueda de su autodeterminación en especial en los centros de mayor seguridad perdura ante todo la idea de alienación. El recurso a expresiones inconcretas en las legislaciones penitenciarias —como sucede en nuestra Ley con los criterios de "peligrosidad" e "inadaptación" que permiten el traslado a un centro de máxima seguridad— son una prueba de la vigencia de la teoría de las relaciones especiales de sujeción¹³.

¹⁰ Vid. CALLIESS, R. P.: *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt/M., 1974, p. 38.

¹¹ FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar*, 3.ª ed., Madrid, 1978, p. 314.

¹² KERNER, en Kaiser/Kerner/Schöch, *op. cit.*, p. 314.

¹³ Para Fragoso (FRAGOSO, H. C.: "El derecho de los presos. Los problemas de un mundo sin ley", en *Doctrina penal*, núm. 14, abril-mayo 1981) en algunos países como USA se llega a situaciones penitenciarias similares a la que se deriva de la relación de sujeción y se mantiene una fase ejecutiva prácticamente ajena al control jurídico. En el sistema norteamericano de penas indeterminadas que todavía se encuentran vigentes es posible que la Administración penitenciaria, mediante la aplicación de sanciones disciplinarias, prorrogue la duración de la pena a límites intolerables (p. 251).

Por lo demás la sentencia del TC alemán tendría repercusiones también para otras relaciones de supremacía. Aunque carece de todo fundamento pensar que tras dicha resolución fueran a desaparecer las limitaciones a los Derechos Fundamentales, no cabe duda que, al menos, se logró que las restricciones estuvieran respaldadas por una norma de rango legal, que se justificaran siempre por la necesidad imprescindible de un servicio público, que no se establecieran con carácter general sino como resultado de un conflicto de intereses individualizado y que respetaran en su esencia los derechos constitucionales. En definitiva, limitaciones con unas garantías y exigencias que eran precisamente lo que se trataba de soslayar por medio de la teoría de las relaciones de sujeción. En consecuencia, a partir de entonces sólo puede hablarse de relaciones diversas con la Administración que eventualmente pueden determinar ciertas limitaciones en los derechos de las personas de acuerdo con el ordenamiento jurídico¹⁴.

II. Las sentencias de nuestro TC no debieron de coger a nadie de sorpresa; el Tribunal Supremo ya había hecho uso de ella y también la mayoría de los penitenciaristas se habían mostrado a favor de la teoría de las relaciones especiales de sujeción¹⁵. Quizá, como señala Díez Ripollés¹⁶, sin ser muy conscientes del carácter profundamente restrictivo de los derechos

¹⁴ FUSS, E. W.: *Zum Abschied vom besonderen Gewaltverhältnis*, 1972, *passim*. En contra de la opinión sustentada en el texto, García Macho: ("En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción", en *REDA*, núm. 64, 1989, pp. 524 y ss.), entiende que pese a la sentencia comentada no puede afirmarse que hayan desaparecido las relaciones especiales de sujeción en la praxis jurídica germana, ya que sigue existiendo "la autorización de límites inmanentes entre Derechos Fundamentales" que era su función más singular. A nuestro juicio, el problema de la teoría de supremacía no era tanto fundamentar las limitaciones a los derechos constitucionales como hacerlo en un marco ajeno al derecho en el que por tanto la Administración pudiera actuar con total discrecionalidad.

¹⁵ BUENOS ARUS, F.: "Estudio preliminar", en GARCIA VALDES, C.: *La reforma penitenciaria española. Textos y materiales para su estudio*, Madrid, 1981, p. 15; GARCIA VALDES, C.: *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980, p. 17; GARRIDO GUZMAN, L.: *Manual de ciencia penitenciaria*, Madrid, 1983, p. 382; GONZÁLEZ VICENTE, M. P.: "El derecho a la tutela efectiva en el procedimiento sancionador penitenciario", *Rev. Estudios Penitenciarios*, núm. 239 (1988), p. 45; ALONSO DE ESCAMILLA: "El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria", en *CPC*, núm. 40, 1990, pp. 147-164. Se detiene algo más en el tema y parece apoyar una nueva formulación de la relación especial de sujeción. Con esta expresión ya no se haría referencia a la conocida teoría de Jellinek y Laband, sino "a un régimen especial que un Estado democrático no puede dejar de determinar con precisión". La idea nos parece acertada pero nos sugiere de inmediato una pregunta: ¿Cuál es el sentido de mantener aún la referencia a la relación especial de sujeción, cuando se conocen las dificultades teóricas que genera? La cuestión volverá a suscitarse más adelante cuando comentemos la Jurisprudencia constitucional, por lo que nos remitimos allí.

¹⁶ DIEZ RIPOLLES, J. L.: "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario", en *CPC*, 1986, núm. 30, p. 615. Precisamente es este autor de los pocos que, en nuestro país, critica la aplicación de la referida teoría al ámbito penitenciario porque no pueden limitarse los derechos fundamentales sin autorización de la Constitución y porque el interés público no es un fundamento suficiente para justificar privación de derechos.

de los reclusos de ese concepto. Con carácter general también los administrativistas habían dado por válida la aplicación de dicha teoría en el campo penitenciario¹⁷. A diferencia pues de lo que había sucedido en Alemania, en España —en las escasas ocasiones en las que la doctrina se había preocupado por el tema— parecía incuestionable que las relaciones penitenciarias eran relaciones especiales de sujeción. La situación no puede menos que calificarse de paradójica pues en el país germano la jurisprudencia forzó una reforma legal para impedir que los tribunales pudieran seguir esgrimiendo la referida teoría, en tanto que en nuestro país los tribunales no parece que se hayan dado por enterados de que existe una Ley —la primera Ley orgánica tras la Constitución— cuyos principios resultan desde todo punto de vista contrarios a la teoría de las relaciones especiales de sujeción.

Por este motivo, pese a que el TC reitera la existencia de una relación especial de sujeción de la misma no extrae las consecuencias que lógicamente debieran de extraerse¹⁸, sencillamente porque de hacerlo así haría una reflexión coherente en un plano teórico, pero radicalmente contraria a la legislación penitenciaria e, incluso, al propio texto constitucional (art. 25.2).

La STC de 21 de enero de 1987 resuelve un recurso de amparo presentado por un interno de Basauri contra el acuerdo de la Junta de Régimen y Administración en el que se le imponía una sanción de catorce días de

¹⁷ Con todo se observa mayor cautela en el campo de la ciencia administrativa española. Así, SOSA WAGNER: "Administración penitenciaria", en *Rev. de Administración Pública*, núm. 80, 1976, pp. 101-103, señala que la teoría de las relaciones especiales de sujeción son criticables por distintos motivos, aunque no obstante, es innegable que en el supuesto de los penados la institución penitenciaria establece una "relación de la que se deriva un *status* especial que nace con el hecho de ingreso en uno de los establecimientos penitenciarios de lo cual sólo puede desprenderse una especificidad en los derechos y deberes del interno pero no un espacio jurídicamente vacío. Críticamente también BAÑO LEON (*op. cit.*, p. 127). Menos crítica resulta la posición de GONZALEZ NAVARRO: ("Poder domesticador del Estado y derechos del recluso", en *Homenaje a García de Enterría*, Madrid, 1991, pp. 1126-1127 y 1132-1135), pues si bien considera que son de "dudosísima justificación" en un Estado de Derecho las distinciones entre relaciones jurídicas generales y especiales cuando de ellas se deriva una disminución de las garantías jurídicas de aquellos ciudadanos que intervienen en una relación de sujeción especial (p. 1088), sin embargo, admite como algo diferente a la relación de sujeción la "potestad domesticadora" de la Administración penitenciaria. Potestad que define como "dominio del hombre mediante la obtención de un saber de su pasado, de su presente y de su futuro" (p. 1133). La potestad domesticadora se manifiesta en las normas jurídicas que regulan el tratamiento. Sin entrar en una valoración crítica detallada de esta posición baste decir que la actividad de observación y tratamiento está en todo caso preservada por el consentimiento del interno quien no podrá ser perjudicado en caso de negarse. Teniendo en cuenta esta libertad de someterse o no a la observación y el posterior tratamiento se hace difícil aceptar la potestad domesticadora. Por otra parte, el tratamiento no está concebido jurídicamente como una actividad de dominio sino todo lo contrario por lo que aun aceptando dicha potestad no parece indicado calificarla de "domesticación".

¹⁸ Así lo entiende también BAÑO LEON: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente)*, Madrid, 1991, p. 127.

aislamiento en celdas por una falta muy grave y otra más de doce días de aislamiento por otra falta distinta. Los derechos constitucionales lesionados según la demanda son los siguientes: Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1) por no motivar la inadmisión de pruebas y por practicar otras sin estar presente el interesado; Derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2); Derecho a la asistencia del Letrado (art. 24.2); Derecho a un proceso público (art. 24.2); Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2) al no permitirse al actor expresarse en euskera; Principio de legalidad (art. 25.1) porque las sanciones impuestas venían contempladas sólo en el Reglamento penitenciario; Principio resocializador (art. 25.2) que garantiza el derecho a la integridad física y moral lesionada con un aislamiento en celdas de veintiséis días, y, finalmente, se entiende infringido el artículo 25.3 que prohíbe a la Administración imponer sanciones que directa o subsidiariamente puedan suponer privación de libertad.

Por su parte, la STC de 27 de junio de 1990 resuelve un recurso de amparo frente a una resolución de la Audiencia Provincial de Madrid autorizando la intervención médica aun en contra de su voluntad para salvar la vida de cualquiera de los miembros del colectivo de presos del "Grapo" que se encontraban en huelga de hambre reivindicando la supresión de la política de aislamiento y dispersión aplicada por la Administración penitenciaria contra presos pertenecientes a bandas armadas en el momento en que el huelguista perdiera la conciencia. En este caso la STC se centra en la posible lesión de los artículos 15, 16.1, 17.1 y 18.1 CE e, indirectamente, los artículos 24.1 y 25.2 CE.

Para desestimar ambos recursos las dos sentencias centran su fundamentación jurídica básicamente en la estructura de la relación especial de sujeción sin llegar a aplicarla con toda propiedad para no tener que negar a los internos el disfrute de los derechos constitucionales. Pero es evidente que la primera de ellas se aproxima mucho más a la formulación originaria y por esta razón permite extraer unas conclusiones más graves para el sistema penitenciario. Comienza por negar algo que constitucionalmente parece insostenible: que el contenido del artículo 25.2 CE no confiere un derecho amparable "que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación". Semejante afirmación sólo deja lugar a una lectura del referido precepto: el artículo 25.2 pierde su fuerza vinculante. Lejos de ser un elemento de dinamización se convierte en una mera declaración de buena voluntad elevada a rango constitucional, se degrada de utopía jurídica, a absurdo jurídico. La posición nos parece difícil de sostener, ya que como ha reconocido

la generalidad de la doctrina las metas resocializadoras se insertan en la propia concepción social del Estado¹⁹. Por otra parte, su ubicación entre los Derechos Fundamentales, la atemperada redacción ("se orientarán") y su propio desarrollo en la legislación penitenciaria permiten concluir que el constituyente no quiso quedarse en una mera formalidad sino reconocer un derecho del penado que obligara a la Administración a través de los tribunales de justicia. Distinto es el contenido que pueda dársele a las metas resocializadoras²⁰.

La segunda grave consecuencia de esta STC también fundada en la teoría de la relación especial de sujeción se refiere al *status libertatis* del penado. En ella se afirma que "la libertad que es objeto del derecho fundamental resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de la condena"²¹. Semejante afirmación no sólo desconoce el sentido del derecho a la libertad ambulatoria, sino que se sitúa en una concepción de la teoría de la pena contraria a los modernos postulados resocializadores.

Por lo que se refiere al *status libertatis*, pretendidamente perdido según la STC, convendría recordar lo señalado precisamente por Jellinek a quien —como hemos señalado— se atribuye la paternidad de la teoría de las relaciones especiales de sujeción. Para este autor, el *status libertatis* constituye el núcleo de los derechos personales que son inherentes a toda persona e inviolables porque son los elementos esenciales para el desarrollo integral de la personalidad, que como señala también nuestra Constitución en todo caso deberán ser respetados durante la ejecución de la pena²². No se puede, pues, "perder legítimamente" el referido *status*, ni siquiera puede perderse una de sus manifestaciones concretas: la libertad personal ambulatoria. La promoción de ésta en los modelos penitenciarios actuales dista mucho de aquellas prisiones con celdas y grilletes en donde el interno pasaba las veinticuatro horas del día. Hoy el modelo ordinario de ejecución permite una amplia posibilidad de movimientos dentro y fuera de la prisión. Esto es posible entre otras cosas porque la libertad ambulatoria se puede dosificar y graduar y la pena privativa

¹⁹ Vid. por todos la obra conjunta "Sociedad y delito", en *Papers. Revista de Sociología*, núm. 13, Barcelona, 1980.

²⁰ Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983.

²¹ En otro momento vuelve a reiterar la misma idea: "Al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión." En el mismo sentido que la sentencia comentada, GARRIDO GUZMAN, L.: "Tutela judicial efectiva y asesoramiento de letrado de los reclusos en Instituciones Penitenciarias (STC núm. 2/1987, de 21 de enero)", en *Poder Judicial*, núm. 7, septiembre 1987, p. 119.

²² PEREZ LUÑO: *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1984, pp. 174-175.

de libertad sólo puede restringir ésta proporcionalmente preservando en todo caso la dignidad humana que requiere respetar en esencia el derecho fundamental.

De estas consideraciones se deriva necesariamente una conclusión a la que el TC no quiso llegar, que la sanción de aislamiento en celda conculca manifiestamente el artículo 25.3 CE. El aislamiento en celdas es una sanción que directamente implica privación de libertad y por tanto sólo judicialmente puede imponerse. Ni el carácter excepcional que le otorga la LOGP²³, ni que sea aprobada por el Juez de vigilancia cuando excede de catorce días (art. 76.2. d) LOGP)²⁴ son garantías suficientes para resolver la inconstitucionalidad.

La Administración penitenciaria no puede imponer sanciones de aislamiento aunque sean de un día de duración. A lo sumo, podrá tomar medidas cautelares de detención con carácter de urgencia, provisionalidad y para resolver graves situaciones de peligro (art. 45 LOGP). En contra de lo que opina el Tribunal tan degradante e inhumano resulta la celda "negra", como concebir la ejecución penitenciaria como pérdida absoluta del derecho a la libertad ambulatoria, lo que se traduce en aislamiento perpetuo.

Por lo demás, la resolución del Alto Tribunal merece también una valoración crítica por la falta de concreción con que se expresa en otros pasajes que resultan de crucial importancia para el Derecho penitenciario. Así en relación al problema planteado de respeto al principio de legalidad se reconoce su vigencia ("Una sanción carente de toda base normativa legal devenida, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado"); sin embargo, se obstaculiza considerablemente su efectividad al reconocer que bastaría con que el interno disponga de "información suficiente sobre las normas jurídicas" y que éstas se formulen "con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta".

No basta que una norma jurídica permita "prever razonablemente" la consecuencia de una conducta infractora. Los Derechos Fundamentales están

²³ El artículo 42.3 señala que "La sanción de aislamiento en celda sólo será de aplicación en los casos en que se manifiesta una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del centro".

²⁴ Uno de los aspectos tratados por la sentencia que comentamos hace referencia a este límite de los catorce días de sanción de aislamiento a partir de los cuales deberá aprobarse por el Juez de vigilancia. En una práctica deplorable la Administración penitenciaria venía burlando esta garantía legal mediante el ardid de transformar las sanciones que superen ese tope en varias sanciones de manera que no llegue ninguna de ellas a alcanzar los catorce días. El TC considera que ello burla el control judicial y en esta cuestión reconoce al recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva.

amparados por el principio de reserva absoluta de Ley, es decir, que la particular afección que esta materia tiene sobre ellos —entre los que se encuentra la resocialización, que orienta e inspira también al sistema sancionador— hacen aconsejable sustraer de la Administración su regulación. El sistema penitenciario sancionador descansa fundamentalmente en el reglamento, en donde se describen las conductas infractoras y la sanción correspondiente. Tan sólo se reserva a la Ley el catálogo de sanciones²⁵. La sentencia que comentamos da por buena esta situación que, a nuestro juicio, vulnera el principio de reserva de Ley.

Tampoco puede considerarse satisfactoria la “precisión” del reglamento al describir las conductas objeto de sanción. En ocasiones se persiguen comportamientos tan sólo porque puedan resultar contrarios a una determinada moral²⁶, en otras se acude a formulaciones absolutamente imprecisas que permiten castigarlo todo²⁷. Permítasenos contrastar esta liberalidad jurisprudencial con la posición del TS en la década de los setenta. Baste como ejemplo las consideraciones de esta STS de 25 de marzo de 1972:

“Si los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de la legalidad de la pena operan con atenuado rigor cuando se trata de infracciones administrativas, y no de contravenciones de carácter penal, tal criterio de flexibilidad tiene como límites insalvables la necesidad de que el acto o la omisión castigados se hallen claramente definidos como falta administrativa y la perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud, por una parte, y de la imputabilidad, por la otra, debiendo rechazarse la interpretación extensiva o analógica de la norma, y la posibilidad de sancionar un supuesto diferente de la que la misma contempla...” “individualizar y determinar la infracción estrictamente de manera que no deje lugar a dudas”, ... “a fin de reducir toda posible arbitrariedad”... “por lo que es indudable que la Administración se encuentra sometida a

²⁵ No es este el momento de entrar a analizar las llamadas consecuencias no disciplinarias de una conducta infractora que en nuestra legislación adquiere una considerable dimensión y que resultan en definitiva más graves para el interno que la propia sanción. Por una parte, porque interrumpe por lo general el sistema progresivo de cumplimiento que anticipa el momento en que el interno puede abandonar la prisión, y, por otra parte, porque no están sometidas a ningún control judicial. Este extenso arsenal disciplinario pese a su gravedad para los derechos fundamentales de los internos encuentra su regulación por lo general en el marco reglamentario.

²⁶ Como es el caso del artículo 8. i), RP que castiga los actos “contra la decencia pública”.

²⁷ Baste como ejemplo de imprecisión la falta recogida en el artículo 110. f), RP, por la que se castiga “cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia” y no esté comprendida entre las anteriores.

normas de indudable observancia al ejercer su potestad sancionadora sin posibilidad de castigar cualquier hecho que estime reprochable...”.

No hay motivos para considerar que la tendencia apuntada en la resolución del TS se haya modificado, sino más bien, al contrario, la CE la consagra y estructura positivamente²⁸. El TC en ésta como en posteriores ocasiones ha perdido la oportunidad de exigir un cumplimiento más riguroso con los principios y exigencias constitucionales en el sistema de sanciones penitenciarias. No se trata de negar la posibilidad de que la Administración penitenciaria disponga de un régimen disciplinario, pero éste no se deriva de ninguna relación de sujeción específica sino del cumplimiento de un fallo condenatorio²⁹. Cumplimiento que ha de ejecutarse de acuerdo con los principios resocializadores. Esta matización no es puramente discursiva sino que permite una revisión crítica de los excesos disciplinarios inmanentes a la propia cultura carcelaria. Sólo cuando se impone una sanción orientada a la convivencia ordenada que permite a la vez la ejecución y propicia actividades resocializadoras se podrá justificar un castigo.

La gravedad de las sanciones —casi todas ellas de carácter personalísimo³⁰—, las condiciones de indefensión del preso, el fracaso frente a este colectivo de otros sistemas punitivos más graves o los fines resocializadores son algunas de las circunstancias concurrentes que aconsejarían mayor atención a la hora de exigir el cumplimiento los principios de legalidad, de proporcionalidad, de culpabilidad, de *ne bis in idem*, de tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

Por último, hay que reseñar que algún sector de la doctrina, como es el caso de Luzón Peña³¹ aun rechazando la tan citada teoría como fórmula restrictiva de carácter general, sin embargo, no ve inconveniente en que se

²⁸ Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1980, p. 165.

²⁹ También se ha querido ver en el propio texto del artículo 25.2 la fundamentación de la teoría especial de sujeción. Allí se dice que el condenado gozará de todos los derechos fundamentales “a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio *el sentido de la pena* y la ley penitenciaria”. El “sentido de la pena” introduce un cierto punto de confusión en el texto de la norma constitucional. Es un término ambiguo que puede entenderse como “significado” y, en este caso, equivaldría a privación de libertad, o, como “fin” y, entonces, se estaría refiriendo a la “reinserción social y reeducación”. Nos inclinamos por esta última posibilidad ya que la otra está suficientemente recogida en los otros dos criterios restrictivos, es decir, en la Ley y en el fallo condenatorio. De ser así, no vemos posible apoyar aquí las relaciones de supremacía.

³⁰ Téngase en cuenta que el RP permite, por medio de la acumulación de sanciones, aislamientos continuados en celdas de hasta cuarenta y dos días de duración (art. 115).

³¹ LUZÓN PEÑA, D. M.: “Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, de intentos de suicidio o autolesión”, en *Rev. de Estudios Penitenciarios*, núm. 238, 1987, p. 49.

mantenga si ésta ve limitada su eficacia al texto legal. Tal posición se encuentra muy próxima a quienes defienden el fundamento estatutario de la relación especial de sujeción. Sin embargo, a nuestro juicio tampoco es esa una solución satisfactoria pese a que nos parece la única que puede defenderse dentro de un Estado de Derecho. Pero no deja de plantear problemas. En primer lugar, nos encontraríamos con que las restricciones a las exigencias constitucionales podrían llevarse a cabo desde una regulación reglamentaria —aunque jurídica—. En segundo lugar, de mantenerse esta teoría las eventuales restricciones seguirían haciéndose en función de una supremacía del Estado. Si es dudoso saber si puede hablarse de relaciones de supremacía, no lo es menos determinar cuándo se dan éstas y dónde se encuentran los límites del ejercicio de esa supremacía. Por último, la relación de sujeción se llegaría a convertir en un obstáculo para incorporar otras finalidades que estuvieran en contradicción con los intereses de la Administración. Por estas razones, creemos más plausible la sustitución de esa vieja teoría por la idea de prestación de servicios públicos en un marco legal sin diferenciaciones sustanciales entre relaciones especiales y generales que pudieran posteriormente justificar restricciones generales a los derechos fundamentales de las personas.

III. Por su parte, la STC de 27 de junio de 1990 refleja un debate dentro del Alto Tribunal que finalmente cristaliza en el voto particular de dos de los magistrados, mostrando precisamente su disparidad en el uso de la teoría de la relación especial de sujeción que finalmente prospera en la resolución. Esta tensión que se observa en los fundamentos jurídicos de la sentencia se debe probablemente a la reacción doctrinal criticando lo que se consideraba un uso desorbitado de esta teoría durante la década de los ochenta. La sentencia a que hacemos referencia es unos años posterior y, pese a sus conclusiones, nos permite augurar que se inicia un cierto cambio jurisprudencial caracterizado por el uso restrictivo y crítico de las relaciones especiales de sujeción. Restricción en un doble sentido, por una parte, limitándose el número de relaciones caracterizadas como de supremacía administrativa, y, por otra, disminuyendo la incidencia que la misma tiene como fuente de restricción de las garantías constitucionales. Esta STC ilustra suficientemente la nueva posición no sólo ya por la significación de dos votos particulares sino porque se reconoce la teoría de las relaciones como “imprecisa”, “por lo que debe ser entendida siempre en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales”.

Excurso. La referida sentencia aborda la compleja problemática de la disponibilidad sobre la propia vida. Problemática que adquiere una mayor complejidad cuando se trata de un interno en instituciones penitenciarias que utiliza la puesta en peligro de su propia vida —su agonía— como un medio reivindicativo³². No es exagerado afirmar que la doctrina española prácticamente ha agotado las posibles soluciones al caso, ya sea tratándolo específicamente o bien asimilándolo a otros comportamientos, como son los eutanásicos, suicidas o la negativa a determinados tratamientos médicos por convicciones religiosas. A continuación veremos algunas de las posiciones más definidas.

Puede considerarse doctrina dominante la que distingue los casos de huelga de hambre de los propiamente eutanásicos y concede a uno y otro un tratamiento jurídico penal diferente. Para Luzón Peña dicha diferencia radica en desvalor de la causa que origina la situación de peligro para la vida. En la eutanasia “puede sostenerse que tiene *derecho* a soportar el riesgo de una muerte o lesión debida a causas naturales, sin someterse a remedios artificiales. Por ello las consecuencias del ejercicio de ese derecho no son un *mal* en el sentido jurídico (la muerte o la lesión aceptadas sólo constituirían en ese caso un mal naturalístico) y, por tanto, al no amenazar un “mal, no cabe estado de necesidad que ampare una intervención médica impuesta por la fuerza”³³. En el caso de la huelga de hambre, opina este autor, ya no se trata de ejercer un “derecho a matarse”, la conducta aun no siendo antijurídica seguiría estando desaprobada. “Como dicha causación de la muerte si es un *mal* en sentido jurídico cabe para evitarla... una actuación médica —o funcional— de alimentación forzosa amparada por el estado de necesidad”³⁴.

La posición de Luzón Peña puede considerarse radicalmente intervencionista ya que considera que el estado de necesidad ampararía cualquier intervención, en cualquier momento siempre que estuviera sometida a los límites de necesidad, idoneidad y subsidiaridad³⁵.

³² Sobre el tema, *vid.* DIEZ RIPOLLES, *op. cit.*; LUZON PEÑA, *op. cit.*

³³ LUZON PEÑA, *op. cit.*, pp. 45-55.

³⁴ LUZON PEÑA, *op. cit.*, p. 55.

³⁵ Coincidente con la posición que acabamos de exponer se muestra la Administración penitenciaria quien en una Circular de 2 de enero de 1990 señala lo siguiente: “Cuando un interno por su situación clínica precisa ingresar en un hospital, se acompañará a la orden de traslado copia del auto del Juez de Vigilancia que autoriza a prestar el correcto tratamiento para salvaguardar la integridad física, aun en contra de su voluntad”. “En el supuesto de que según el diagnóstico de los facultativos que les atienden por su situación clínica pudieran derivarse consecuencias insuperables para su salud, como las anteriormente citadas (repercusiones orgánicas), se aplicará el artículo 45.1, b) de la LOGP y el artículo 123 del Reglamento Penitenciario, con el fin de que la alimentación asistida se lleve a cabo con garantía para el enfermo y los médicos y personal sanitario que le atienden.” Los artículos mencionados hacen referencia a la posibilidad de emplear medios coercitivos para evitar daños de los internos a sí mismos. Los

Por su parte, Díez Ripollés mantiene una opinión más ecléctica, diferenciando el tratamiento jurídico penal de acuerdo con la evolución del estado de salud del huelguista. Para este autor, no hay diferencias entre los supuestos aquí estudiados y los de suicidio y al no ser éste un acto ni antijurídico ni ilícito el "impedir violentamente un suicidio constituye claramente un delito de coacciones"³⁶ que en el caso de la alimentación forzada por el médico o funcionario se adecuaría al tipo agravado de coacciones del artículo 204.3 que regula supuestos de tortura en el ámbito penitenciario en concurso con el artículo 165 *bis* que castiga a quienes obstaculizan el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

El tratamiento, en cambio, sería distinto si el huelguista hubiera perdido la consciencia. En este caso, ya sólo podría contarse con una *voluntad presunta* y la Administración estaría amparada por una causa de justificación si llegara a forzar la alimentación. Incluso si se dieran el resto de los elementos típicos de las formas omisivas podría penalizarse la no intervención³⁷.

Finalmente, dentro de esta breve exposición de las distintas opiniones de nuestra doctrina, encontramos también quienes son partidarios del mayor respeto para la decisión de la persona. En esta posición se encuentra Del Rosal Blasco³⁸ quien, sin establecer diferencias entre los supuestos de suicidio y de huelga de hambre, entiende que el primero es un "acto desde el punto de vista jurídico libre" y, en consecuencia, si el suicida ha manifestado una voluntad libre y consciente "con carácter general (son) impunes todos los comportamientos consistentes en no impedir el suicidio —haya o no posición de garante por parte del omitente—", tan sólo se respondería penalmente cuando "se pudiera demostrar que el garante ha intervenido (por omisión) decisiva o definitivamente en la formación de la voluntad suicida"³⁹.

Por nuestra parte, consideramos que el suicidio y la huelga de hambre constituyen dos supuestos distintos a los que, por tanto, corresponden también

medios coercitivos durarán el tiempo estrictamente necesario y la Administración sólo viene obligada a notificárselos al Juez de Vigilancia.

³⁶ DIEZ RIPOLLES, *op. cit.*, p. 650.

³⁷ Aun presentando diferentes argumentos puede considerarse doctrina y jurisprudencia dominante la que acabamos de exponer. Son partidarios de diferenciar entre los estados de conciencia e inconsciencia del huelguista, entre otros: BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Barcelona, 1991, p. 37. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 8.ª ed., Valencia, 1990, p. 72.

³⁸ DEL ROSAL BLASCO, B.: "La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal", en *ADPCP*, enero-abril, 1987, pp. 94-97.

³⁹ DEL ROSAL BLASCO, *op. cit.*, pp. 96-97.

soluciones jurídico-penitenciarias diferentes⁴⁰. En aquellos casos en los que el suicida actúe motivado directamente por su condición penitenciaria, la Administración está obligada a intervenir en el marco de las funciones resocializadoras que establece el artículo 25.2 CE y la legislación penitenciaria. El supuesto del suicidio en la sociedad libre es distinto ya que las motivaciones pueden no llegar a desaparecer y la persona se encuentra con plenitud de facultades volitivas. En prisiones se sabe que la psique humana sufre una transformación en muchos supuestos que la hace proclive a tendencias suicidas. Este estado psíquico es temporal y se resuelve en la medida que los equipos técnicos diseñen un programa de actuación terapéutica que puede incluir en sus primeras fases intervenciones más decisivas, como el aislamiento o la farmacología.

Diferente es también el caso de la huelga de hambre. Quien adopta la decisión de poner en riesgo su vida como medio de reivindicación está ejerciendo el derecho a la libertad de expresión y la interrupción de la huelga es una conducta tipificada penalmente. Hasta aquí estamos de acuerdo con la propuesta mayoritaria de la doctrina. Ahora bien, justificar la intervención una vez que, inevitablemente, el huelguista como consecuencia de su actitud, se aproxima a las fases terminales y pierde la consciencia nos parece desacertado. En primer lugar, porque es inclinarse por una solución sólo aparentemente humanitaria⁴¹. Piénsese, en la degradación de la dignidad humana a que se sometería a un huelguista que se le introduce en este círculo inabarcable: resolución consciente-pérdida de consciencia-alimentación forzada. En segundo lugar, las hipótesis de un Estado que aproveche la huelga de hambre para eliminar la disidencia o de los reclusos indeseables⁴² —aunque se han dado y son imaginables— no pueden determinar la solución del problema. En tercer lugar, la acción no perdería su eficacia aunque se supiera con certeza que el Estado no está obligado a intervenir⁴³, sino más bien lo contrario. La dramática imagen de una persona agonizando y muriendo por lo que considera una reivindicación justa es el efecto más importante que persigue el huelguista y que mayor repercusión social tiene. Y, en todo caso, así lo considera el huelguista y así hace uso de su libertad de expresión. En cuarto lugar, no hay consentimiento presunto si el huelguista ha permanecido informado en todo momento y era conocedor hasta el final de las conse-

⁴⁰ MAPELLI CAFFARENA, *op. cit.*, pp. 287 y ss.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 72. También, BUSTOS RAMIREZ, *op. cit.*, p. 37.

⁴² DIEZ RIPOLLES, *op. cit.*, p. 658.

⁴³ DIEZ RIPOLLES, *op. cit.*, p. 657.

cuencias de su actitud⁴⁴. La no intervención no significa abandono asistencial y médico. Por último, se olvida una cuestión ciertamente importante, la responsabilidad penal de la Administración no se plantea en la intervención o no intervención sino en conocer cuáles son las reivindicaciones del huelguista. Si la actitud de no ingerir alimentación está motivada por unas condiciones penitenciarias manifiestamente ilegales de las que se derivan situaciones inhumanas o degradantes la Administración se encuentra en una posición de garante frente al conflicto de intereses planteados por el huelguista entre seguir soportando dichas condiciones y poner fin a su vida como medio reivindicativo.

Hasta aquí hemos expuesto las posiciones doctrinales más frecuentes que, como ya hemos señalado, abarcan todas las soluciones posibles. Por tanto, en el caso de la resolución del TC comentada no extraña tanto su adhesión a una u otra posición cuanto el fundamento de la misma. Para el Alto Tribunal la alimentación forzosa al penado que se niega a ingerir alimentos viene justificada por la relación especial de sujeción. Las alimentaciones forzosas, reconoce el TC, serían ilícitas, "si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas (?)" pero la relación de sujeción obliga al Estado a preservar y proteger la vida.

¿Cómo puede la relación de supremacía llegar a anular el derecho del penado sobre su propia vida? ¿Qué soberanía estatal, qué servicio o qué eficacia administrativa podrían llegar a justificar semejante intervención? ¿Qué límites encontraría esa actividad coactiva del Estado basándose en las relaciones de sujeción? La resolución comentada trata de contestar esta última cuestión. Para cohonestar el derecho a la integridad física y moral —que se reconoce en el recluso— y la obligación de la Administración de defender su vida y salud se reitera la "equilibrada y proporcionada" solución recurrida "que no merece el más mínimo reproche". Esta es, permitir la intervención médica "tan sólo en el momento en que según la ciencia médica, corra «riesgo serio» la vida del recluso y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria determine, prohibiendo que se suministre alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del interno".

⁴⁴ El problema de la voluntad no actualizada ha sido tratado más detenidamente en el marco de los supuestos eutanásicos, en donde se considera que no hay voluntad presunta sino cierta cuando el enfermo manifiesta su voluntad con conocimiento de una dolencia grave, cuando se refiere a una determinada forma de tratamiento médico o se nombra un "representante de la voluntad", con la intención de colocar en manos de una persona de confianza con vínculos personales las decisiones existenciales más fundamentales, antes que en las manos de un médico extraño (cfr. "Proyecto alternativo de la ley reguladora de la ayuda a morir", en *ADPCP*, septiembre-diciembre, 1988, pp. 848-849). No habría, a nuestro juicio, para hacer extensivos dichos criterios al supuesto de las huelgas de hambre.

El propio TC parece reconocer en sus propias reflexiones que semejante forma de entender la *cohonestación*⁴⁵ podría dar lugar a un trato inhumano y degradante en caso de que el huelguista reiterara sucesivamente su renuncia a la alimentación una vez recobrada la consciencia, pero entiende que no puede ser así "porque el propósito no es el de provocar el sufrimiento, sino de prolongar la vida". El argumento no convence porque "prolongar la vida" no es por sí sólo un valor positivo sino que tiene que contrastarse con una realidad concreta que en esta ocasión la convertiría en una actividad degradante.

La falta de un criterio que permita saber hasta dónde puede llegar la Administración penitenciaria en su limitación de los Derechos Fundamentales del interno sitúa a éste en un estadio de absoluta indefensión. Si la teoría de la relación especial de sujeción en la STC comentada anteriormente sirvió para hacer que el interno pierda su *status libertatis*, en esta ocasión se le impone vivir bajo coacción. Ni la libertad en su aspecto esencial, ni la vida o la integridad física pueden verse mermados por una relación de sujeción⁴⁶. Incluso a nuestro juicio ni siquiera el deber genérico de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos (art. 3.4 de la LOGP) puede esgrimirse en estos casos⁴⁷.

IV. A modo de resumen consideramos que la teoría de las relaciones especiales de sujeción tiene como presupuesto una concepción absoluta del Estado. Incluso con un discurso contradictorio la jurisprudencia emplea dicha teoría para favorecer una actividad administrativa, sobre todo en el ámbito disciplinario, ajena a los principios y exigencias constitucionales.

Sin embargo, en relación con el sistema penitenciario la relación de sujeción traspasa el marco disciplinario para servir de fundamento a un sistema penitenciario retributivo en donde el interno ve anulados o esencialmente restringidos Derechos Fundamentales que son inalienables por mandato constitucional. Por estas razones, el empleo aquí de esta teoría se torna si cabe más grave y criticable. Una concepción resocializadora de la ejecución penitenciaria no es imaginable en un sistema penitenciario rigido por la idea

⁴⁵ Según MOLINER, M.: *Diccionario de uso del español*, vox cohonestar, 1.ª ed., Madrid, 1970. Para el *DRAE* "cohonestar" significa **dar apariencia de justa o razonable a una acción que no lo es**.

⁴⁶ En este sentido nos parece acertado el voto particular del magistrado Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, para quien el fundamento de la relación de sujeción es desafortunado porque "el penado en relación con su vida y salud y como enfermo goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria".

⁴⁷ En contra, BUENO ARUS: "Derechos de los internos", en COBO DEL ROSAL: *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. I, Madrid, 1986, p. 66.

de la supremacía de la Administración. La Administración penitenciaria sólo está legitimada a limitar los Derechos Fundamentales que no pueden ejercerse en un Estado de privación de libertad. Ahora bien, la concepción resocializadora de la prisión obliga a entender la ejecución en un proceso de recuperación social del penado, es decir, en un proceso de recuperación de los Derechos Fundamentales restringidos por la imposición de la pena.

