

# La ley como fundamento de la ejecución penal y el artículo 2 de la Ley Penitenciaria Española

---

## *The Law as the grounds for penal enforcement and article 2 of the Spanish Penitentiary Law*

RICARDO M. MATA Y MARTÍN

**Resumen:** El principio de legalidad y sus consecuencias forman parte indisoluble de la cultura jurídico-penal, a pesar de todas las crisis y dificultades que se ciernen sobre el mismo. Las exigencias de respeto a la libertad del ciudadano y de seguridad jurídico-penal del mismo 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. En el ámbito el principio de legalidad se incluyen las garantías criminal, penal y jurisdiccional, a las que se suma la garantía penitenciaria o ejecutiva que se corresponde con la ejecución de las penas privativas de libertad por la Administración penitenciaria. La vigencia del principio de legalidad en el contexto de la ejecución de penas de prisión en primer lugar hace necesaria una norma con rango de ley que regule los aspectos fundamentales del cumplimiento de estas penas. Con ello se excluye la admisión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas de libertad. Pero además la extensión del mencionado principio al sistema penitenciario reclama el respeto a los contenidos de la Ley en la ejecución de las penas que tiene encomendadas. En este contexto se realiza un análisis del art. 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española y otras normas del sistema penal español así como de las consecuencias de la aplicación de los contenidos del principio de legalidad en materia penitenciaria.

**Palabras clave:** principio de legalidad, reserva de ley, relaciones especiales de sujeción, analogía, principio de taxatividad, retroactividad, régimen disciplinario.

**Abstract:** The legality principle and its consequences constitute an indissoluble part of juridical-criminal culture, despite all the crises and difficulties that surround it. Demands to respect individual liberties and their juridical-criminal safety are applicable in the field of criminal conduct, the punishments associated with it, the need for due process and the way in which the punishment is enforced. Criminal and jurisdictional safeguards are included within the ambit of the legality principle, to which may be added the penitentiary or executory guarantee that refers to the execution of custodial sentences by the penitentiary authorities. The validity of the legality principle in the context of the execution of prison sentences requires, in the first place, a regulation with the status of a law that regulates the fundamental aspects of the way in which these punishments are enforced. By doing so, it excludes the admission of arbitrary conduct in an especially sensitive field in which the fundamental human rights of people are at risk at the time of serving a custodial sentence. What is more, the extension of the aforementioned princi-

ple to the penitentiary system requires respect for the content of the Law in the enforcement of the sentences it envisages. In this context, a study is made of art. 2 of the Spanish Organic General Penitentiary Law [*Ley Orgánica General Penitenciaria*] and other regulations of the Spanish criminal system, as well as the consequences of applying the contents of the legality principle to penitentiary matters.

**Keywords:** Legality principle, reserve of the law, special relations of subjection, analogy, principle of maximum certainty, retroactivity, disciplinary regime.

El principio de legalidad y sus consecuencias forman parte indisoluble de la cultura jurídico-penal, a pesar de todas las crisis y dificultades que se ciernen sobre el mismo. En general se acepta que el principio de legalidad del sistema penal responde a una doble dimensión producto ambas de la evolución histórica europea<sup>1</sup>. Por una parte se considera consecuencia del planteamiento jurídico-político de la organización social, en su sentido más amplio, y además posee una perspectiva jurídico-penal indudable.

Las exigencias de respeto a la libertad del ciudadano y de seguridad jurídico-penal del mismo se aplican en lo que concierne a la conducta delictiva, a la pena a ella vinculada, a la necesidad de proceso y a la forma de ejecución de la pena. Son lo que se conoce, respectivamente, como garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución<sup>2</sup>. Por tanto en el genérico principio de legalidad en materia penal se incluye la llamada garantía ejecutiva. A las garantías criminal, penal y jurisdiccional se suma esta garantía penitenciaria o ejecutiva que se corresponde con la ejecución de las penas privativas de libertad por la Administración penitenciaria. La vigencia del principio de legalidad en el contexto de la ejecución de penas de prisión en primer lugar hace necesaria una norma con rango de ley que regule los aspectos fundamentales del cumplimiento de estas penas. Con ello se excluye la admisión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas de libertad. Pero además la extensión del mencionado principio al sistema penitenciario reclama el respeto a los contenidos de la Ley en la ejecución de las penas que tiene encomendadas.

### 1. La redacción del art. 2 LOGP

Tardíamente, como en el conjunto de las legislaciones, la vigencia del principio de legalidad se traduce en el sistema jurídico español en la existencia de una norma del máximo rango que regula la fase de ejecución penal<sup>3</sup>. Lo que se considera la plasma-

<sup>1</sup> Cfr. ARROYO ZAPATERO, L. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 8 (1983), p. 12 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. DE VICENTE MARTINEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch 2004, p. 32 y ss.

<sup>3</sup> A salvo la Ley precedente de 1849. Cfr. GARCIA VALDES, C. *Comentarios a la legislación peniten-*

ción del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria del art. 2 de la LOGP, puede entenderse como la más representativa de sus manifestaciones legales al establecerse en la ley específicamente destinada a regular la ejecución de las penas privativas de libertad. El precepto indicado señala que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”. La fórmula tiene su antecedente en la reforma del Reglamento del Servicio de Prisiones por RD 2273/1977 de 29 de julio y en trabajos doctrinales anteriores<sup>4</sup>.

Se incardina esta norma en el Título Preliminar de la Ley en el que señalan los principios fundamentales a los que responde y orientan el sistema penitenciario de nuestro país. El contenido del precepto ya hemos visto que trae causa de trabajos y normas anteriores de manera que figura de manera exacta ya en el anteproyecto, proyecto y en la misma ley. Únicamente variará en la numeración del artículo que originariamente era el 6 (anteproyecto y proyecto) y finalmente será el 2 de la ley<sup>5</sup>.

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

---

*ciaria española*. Civitas 1982, p. 17.

<sup>4</sup> La mencionada reforma del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956 mediante RD 2273/1977 de 29 de julio estableció en el art. 1.1 de la citada norma “Las instituciones penitenciarias que se regulan en este reglamento tienen como fin primordial realizar una labor reformativa y de reinserción social, además de la retención y custodia de los detenidos, presos y sentenciados, en orden a la ejecución de las penas y medidas correspondientes. su actividad se desarrollara con las garantías y dentro de los límites establecidos por las leyes, reglamentos y resoluciones judiciales”. Con anterioridad en un estudio de Bueno Arus, este autor había señalado que “El recluso tiene derecho a que la actividad de la Administración penitenciaria sobre él se desarrolle dentro de los límites establecidos por la Ley, los Reglamentos y la sentencia judicial” (“El sistema penitenciario español”. *Revista de Estudios Penitenciarios* num. 169-171, abril-diciembre 1965, p. 205). Téngase en cuenta que como señala el propio Bueno Arus, “el contenido de ésta [por la Ley Orgánica General Penitenciaria] no era tan novedoso como pareció darse a entender en algunos casos, pues en gran parte la nueva normativa se limitó a legalizar, con algunos retoques, las normas incorporadas al Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, sobre observación y tratamiento, y por el Real Decreto 2273/1977 de 29 de julio, sobre derechos de los internos y régimen penitenciario” (“Estudio preliminar”. En GARCIA VALDES, C. *La reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 9-10).

<sup>5</sup> Cfr. BUENO ARUS, F. “Estudio preliminar”. En GARCIA VALDES, C. *La reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 55.

En general se acepta que el art. 2 de la LOGP expresa específicamente la vigencia del principio de legalidad en la ejecución de las penas privativas de libertad<sup>6</sup>. Pero, sin embargo, la elección por el legislador de esta concreta redacción permite realizar algunas precisiones. Por una parte al hacer mención el art. 2 a factores determinantes de la actividad penitenciaria distintos de la ley, puede considerarse que se configura un principio legalidad de forma más amplia. Como las sentencias y, especialmente, los reglamentos quedan abarcados en la cláusula del segundo artículo de la Ley penitenciaria española, las garantías dimanantes del principio de legalidad deberían considerarse también cumplidas con las previsiones reglamentarias y de la sentencia condenatoria. De esta manera se vería en la literalidad del art. 2 una fórmula no cerrada 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.

En este sentido pueden entenderse las matizaciones que algunos autores realizan sobre la aplicación del mencionado principio al ámbito penitenciario. Mantienen que para este sector se produce una flexibilización del mismo ya que no puede pretenderse una aplicación en los mismos términos que en otros terrenos debido a la especial naturaleza de las normas penitenciarias y a los posibles efectos adversos que pudieran producirse. “sería un error pensar que es posible aplicarlo en los mismos términos de taxatividad y certeza con que se reviste el postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege*. No debe olvidarse que la norma penitenciaria es una norma heterogénea, siendo en ocasiones de rasgos administrativos, en otras penal o procesal y su interpretación está sujeta a la experiencia de las ciencias de la conducta”. Para estos autores es necesario tener cuidado con la aplicación estricta de la ley pues podría conducir a resultados desfavorables allí donde no es necesario como en el caso de las normas que reglamentan regímenes penitenciarios rigurosos. La adaptación del principio sería posible con el apoyo del art. 25.2 CE al señalar que el sentido de la pena orienta de forma genérica su aplicación. En sentido similar Cervelló<sup>7</sup> acepta de forma explícita el ámbito ampliado del principio de legalidad al incluir no sólo la ley sino también el reglamento en lo que algunos denominan bloque de legalidad penitenciaria.

## ***2. El principio de legalidad y las teorías de las relaciones especiales de sujeción***

Este debilitamiento del principio de legalidad en la ejecución lo facilitaría el recurso a las llamadas teorías de las relaciones especiales de sujeción a la que acuden los Tribunales en distintas circunstancias. Las mismas fundamentarían un debilitamiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad como son la reserva de ley y el mandato de certeza para ciertos ámbitos como sería el penitenciario. Las primeras de-

---

<sup>6</sup> Por todos GARCIA VALDES, C. *Comentarios a la legislación penitenciaria española*. Civitas 1982, p. 34.

<sup>7</sup> *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2006, p. 28.

ciones de los Tribunales, singularmente el Tribunal Constitucional acudirán a la mencionada naturaleza de la relación jurídico penitenciaria para fundamentar sus decisiones. La primera de ellas respecto a la potestad disciplinaria de la Administración penitenciaria hace calificar ya las relaciones entre interno y Administración penitenciaria de sujeción especial. “Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los arts. 104 y siguientes del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, y Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, de reforma parcial de aquél)” (STC 74/1985 de 18 de junio).

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

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

El Tribunal no deja de reconocer, en la mencionada resolución, que siguen siendo aplicables, pese a lo anteriormente indicado, los derechos fundamentales de los ciudadanos y las garantías propias del Estado de Derecho, pero los distintos ámbitos a los que deben ser aplicados le permiten establecer una gradación sobre su aplicación. “Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el art. 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del art. 9.3 de la Constitución. Pero

ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales. Desde luego una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado, pero esa base normativa legal también existiría cuando la Ley, en este caso la Ley General Penitenciaria (arts. 42 y siguientes), se remita, en la especificación y gradación de las infracciones, al Reglamento. Ello permite reconocer la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de Ley, y por ello debe rechazarse esta pretensión del recurrente”.

El Tribunal Constitucional en momentos posteriores parece querer dejar más claro las limitaciones de la teoría de sujeción especial, que debe resultar inoperante ante las garantías del sistema constitucional<sup>8</sup>. Algún autor<sup>9</sup> identifica 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. El Tribunal Constitucional manifiesta que tal teoría “debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales” (SSTC 57/1994 de 28 de febrero y 97/1995 de 20 de junio e incluso de forma más rotunda que “es claro que la situación de sujeción especial del interno de un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales e impedir que la Justicia se detenga en las puertas de las prisiones” (STC 192/96 de 25 de noviembre). Consideraciones que la doctrina del Tribunal Constitucional en realidad va anticipando parcialmente en resoluciones previas pero que progresivamente se van traduciendo en mayor medida en el reconocimiento de la lesión de derechos fundamentales especialmente por falta de respeto, en la mayoría de los casos, de las garantías procedimentales. De esta manera se entiende generalmente que la última línea jurisprudencial del Alto Tribunal limita la eficacia de la teoría de la relación especial de sujeción<sup>10</sup>. Sin embargo no deja de señalarse la persistencia del riesgo de que se utilice o no la conocida teoría en atención al caso particular<sup>11</sup>, pues desde luego no se ha excluido formalmente su aplicación.

Es cuestionable que el legislador de 1979 en el art. 2 de la Ley haya querido establecer como tal el principio de legalidad, sino el más genérico sometimiento al Ordenamiento Jurídico del sistema penitenciario. Puede pensarse en que el legislador lo que hace es delinear el marco general en el que se va a desenvolver lo que él mismo denomina la “actividad penitenciaria”. De esta forma lo que hace el art. 2 LOGP es enumerar sistemáticamente los distintos elementos de los que depende la ejecución penal: la sentencia de la cual procede la condena y se decide la pena en calidad y cantidad a ejecu-

<sup>8</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 2005, p. 154-5.

<sup>9</sup> TAMARIT *Curso de Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2005, p. 219.

<sup>10</sup> RIOS MARTIN, J.C. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, Coordinador). Colex 2005, p. 52.

<sup>11</sup> Cfr. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 31.

tar, la ley que proporciona de forma originaria el sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad y los reglamentos que puedan resultar necesarios para la organización penitenciaria y aplicación material de la pena de prisión. En este segundo sentido el legislador no pretendería propiamente la plasmación del estricto principio de legalidad, sino sobretudo 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. En todo caso la Administración penitenciaria llevará a cabo su misión de acuerdo a las previsiones constitucionales y de la ley penitenciaria que son las normas que fundamentan de manera originaria la misma, siendo posible la existencia de desarrollo reglamentario dentro de los límites que permita la exigencia de reserva de ley en esta materia. El ejecutivo, como si fuera consciente de las dificultades de la fórmula del art. 2 LOGP recoge el principio de legalidad de una manera mucho más adecuada, cuando dispone entre los principios que informan la actividad penitenciaria que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley” (art. 3.1 RP aprobado por RD 190/1996 de 9 de febrero).

### ***3. Otras formulaciones del principio de legalidad en la ejecución penal***

En normas diferentes a la Ley Penitenciaria se establece también la vigencia del principio de legalidad en el ámbito penitenciario. Para empezar el propio texto constitucional de 1978 hace mención a la subsistencia de los derechos fundamentales para el recluso salvo los que se vean necesariamente afectados por la función penitenciaria. “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria” (art. 25.2). Se trata de un contenido que no parece querer expresar el principio de legalidad de la actividad penitenciaria sino tan sólo el reconocimiento para los penados de los derechos que no sea preciso limitar bien como contenido de la propia sanción impuesta o bien como consecuencia necesaria de la organización del sistema penitenciario.

El texto del art. 25.2 a lo que si hace referencia son a los distintos factores desde los que se producen limitaciones a los derechos fundamentales de los condenados. En primer lugar se hace mención al contenido del fallo condenatorio que constituye el título jurídico necesario para que alguien ingrese como penado en un establecimiento penitenciario. En el mismo debe constar de forma expresa el contenido fundamental de las privaciones a las que se va a ver sometido, esencialmente la libertad en el sentido más amplio del art. 17 de la Constitución y sus manifestaciones más concretas como la libertad de residencia o de circulación. El sentido de la pena como limitación de derechos tiene que ver con aquellas restricciones que va a sufrir el penado y que acarrea necesariamente la concepción del sistema de cumplimiento de las penas, lo cual puede

ser entendido de diferentes maneras, bien como los límites impuestos por los fines que deben perseguir la ejecución de las penas, bien como las restricciones ocasionadas derivadamente de las privaciones principales o finalmente como las limitaciones producidas en los derechos que de no estar encarcelado el sujeto podría realizar libremente pues no se ha privado formalmente de ellos<sup>12</sup>. No resulta sencillo señalar 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, reglamentales y de seguridad, bien por las características del centro penitenciario o bien por la situación particular del penado.

Otras recepciones legislativas del principio de legalidad en la ejecución son las del Código penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal o la del Reglamento Penitenciario. El art. 3 del Código penal dispone: “1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. 2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”. En este precepto del Código penal se encuentra la recepción de la garantía ejecutiva recogiendo las fórmulas tradicionales de los Códigos penales españoles sobre ejecución y cumplimiento de las penas. También el Código penal al regular las penas privativas de libertad vuelve a indicar la vigencia del principio de legalidad en la ejecución, al establecer que “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” (párrafo segundo del art. 36.1), en el que se incluye, como se ve, la actividad penitenciaria que redunde en la situación penitenciaria del penado y la duración de la misma.

También la norma procesal dispone la legalidad de la ejecución. Aunque desde el punto de vista del mismo proceso penal y su finalización (Libro VII “De la ejecución de sentencias”) la norma atribuye al Tribunal Sentenciador la competencia para –caso de sentencia condenatoria- dictar lo necesario para su ejecución y, en el caso de penas privativas de libertad, “adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto”. El art. 990 indica “Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código penal y en los reglamentos”. Responde el precepto a una época en la que únicamente el Código penal y los

---

<sup>12</sup> Cfr. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 45.

reglamentos, sobre todo estos últimos, disciplinaban la materia penitenciaria, de ahí su mención junto al Código.

Por su parte el vigente Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero), dispone en su art. 3.1, entre los principios a los que se somete la ejecución de las penas y medias de seguridad, que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos en la Constitución y en la ley”. El precepto se asemeja al 2º de la Ley penitenciaria pero reduce los límites del fundamento del marco jurídico de la ejecución a sus fuentes originarias: la Constitución y la Ley. Resulta paradójico que la más acertada y completa de las formulas empleadas en los textos legales para señalar la vigencia del principio de legalidad en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad se sitúe en una norma reglamentaria. Evidentemente ello no impide la existencia de instrucciones internas para la materialización de la actividad penitenciaria, pero con el presupuesto anteriormente señalado. Así el art 3.5 admite que “Los órganos directivos de la Administración penitenciaria podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante circulares, instrucciones y órdenes de servicio”. En todo caso queda claro el necesario origen jurídico de la situación penitenciaria de los internos y el papel del Reglamento y otras disposiciones inferiores. Por ello el propio Reglamento establece que “Los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes” (art. 3.2 RP).

Las Reglas Penitenciarias Europeas, establecidas en distintas etapas, contienen también alguna referencia al principio de legalidad en su fase ejecutiva. Se puede vincular, aunque de forma tan sólo indirecta, el principio de legalidad en el ámbito penitenciario a la Regla 56.3 del Consejo de Europa (1973) al señalar que “el respeto de los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad de la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por el control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la Administración Penitenciaria”<sup>13</sup>. En realidad con la mencionada regla se busca fundamentalmente el control externo de la legalidad que, sin embargo, ya debe ser observada en primer lugar por la propia Administración Penitenciaria. La reelaboración de las Reglas Europeas en 1987<sup>14</sup> insiste en el control de la legalidad tanto por autoridades internas a la Administración Penitenciaria como externas (Reglas 4 y 5).

Las últimas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa 2006 consagran una de ellas al respeto a los derechos de los penados no restringidos por una ley: “Las personas privadas de libertad conservan todos los derechos, salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo con la ley por su condición de penados a una pena de prisión

---

<sup>13</sup> Esta referencia en GARCIA VALDES, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, Civitas 1982, p. 243.

<sup>14</sup> Recomendación num. R (87) 3 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptadas por el Comité de Ministros el 12 de febrero de 1987, en la 404ª reunión de delegados de los Ministros.

o sometidos a prisión provisional” (Regla 2<sup>a</sup><sup>15</sup>). Se establece sin duda una cláusula de protección de los derechos de los internos que obliga a la existencia de una regulación legal para los contenidos restrictivos de derechos del internamiento.

#### ***4. Vigencia del principio de legalidad en la ejecución y algunas de sus consecuencias***

De forma primaria el principio de legalidad consiste en la exclusividad de la ley como instrumento jurídico para regular una determinada materia. Con íntima vinculación a sus fundamentos jurídico-político (protección de la libertad del ciudadano que únicamente puede limitarse mediante la ley como expresión de la voluntad general) y jurídico-penal (exigencia de ley cierta, escrita, estricta y previa) el principio de legalidad requiere en primer lugar la reserva de ley para el sector del derecho penal. De forma que aprobada la Constitución de 1978 y en la misma reconocido el principio de legalidad, pese a las dudas que suscita la particular fórmula empleada en el art. 25.1, se abre el debate sobre el concreta extensión de la reserva de ley que implica.

En el sector propiamente penitenciario se admite pronto igualmente la necesidad de Ley Orgánica, incluso antes de que el Tribunal Constitucional concrete esta exigencia. De hecho la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la primera Ley Orgánica después de la aprobación de la Constitución de 1978, se aprueba como una Ley Orgánica.

Es cierto, sin embargo, que la reserva de ley es más tardía históricamente en lo penitenciario que en el ámbito penal general. La explicación tiene que ver con el origen histórico-político del principio de legalidad que inicialmente buscaba sobre todo excluir la potestad sancionadora arbitraria de los jueces y someterla a la Ley. Es fundamentalmente contra el arbitrio judicial en la imposición de penas por lo que se formula y reacciona el principio de legalidad<sup>16</sup>. Por eso la recepción de esta necesidad es más tardía y no se produce sino en fechas cercanas, en la década de los 70 del siglo XX como reconocen los autores<sup>17</sup>.

Sólo con posterioridad el Tribunal Constitucional se manifestará sobre los términos de la reserva de ley implícita en el principio de legalidad de rango constitucional. Al respecto la jurisprudencia constitucional inicialmente, en la STC 25/1984 de 23 de febrero, se pronuncia en el sentido de establecer una reserva de ley absoluta en material 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,

<sup>15</sup> Recomendación REC (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas. Adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952<sup>a</sup> Reunión de Delegados de Ministros.

<sup>16</sup> Cfr. AGARD, M.A. “Le principe de la légalité et la peine”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n.º 2, 2001, p.

<sup>17</sup> Cfr. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 49-50.

como los Decretos, Ordenes Ministeriales y cualquier tipo de disposiciones de autoridades administrativas. En las siguientes resoluciones el Tribunal Constitucional entiende que las normas penales afectan necesariamente a los derechos fundamentales y libertades públicas, de manera que el art. 81.1 de la Constitución prevé que serán Leyes Orgánicas exclusivamente las que los desarrollen. Así con las SSTC 140/1986 de 11 de noviembre y 160/1986 de 16 de diciembre se decide la reserva de ley Orgánica por la conexión del sistema penal con los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos.

Pese a admitirse la necesidad de reserva de ley Orgánica en materia penitenciaria, el tradicional olvido de este sector así como la argumentación de necesidades prácticas de la vida en prisión de gran detalle más propias de un Reglamento que de una Ley, ha llevado a ciertos sectores a relajar esta exigencia del principio de legalidad para la actividad penitenciaria. A ello ha contribuido también el art. 2 de la LOGP al mencionar los reglamentos como parte de los límites entre los que se debe desarrollar la actividad penitenciaria. De esta manera algunos autores se refieren la conjunto de normas que delimitarían la actividad penitenciaria como bloque de legalidad, en el que se incluiría el reglamento como parte de los elementos que fijan la ejecución penal aunque respetando ciertas condiciones<sup>18</sup>: que se trate de un reglamento ejecutivo o de mero desarrollo, que la ley contenga los aspectos esenciales de la ejecución de la pena y aquellos que afecten a derechos fundamentales, con remisión de la ley al reglamento expresa y precisa, incluyendo la ley criterios que permitan controlar el desarrollo reglamentario por el poder ejecutivo. En definitiva el problema se transforma en los límites que no puede traspasar el Reglamento, teniendo en cuenta que no sólo se trata de un problema de contenidos y de garantías (los contenidos indelegables y la necesidad de remisión y de certeza), sino que está implicado un problema de legitimidad pues afecta al fundamento jurídico-político del principio de legalidad y en particular al principio de división de poderes. Por ello Arroyo<sup>19</sup> señaló que la remisión a una fuente secundaria resulta admisible si tiene su origen en la necesidad, siempre que la propia remisión y la fuente remitida satisfagan las exigencias de certeza, y siempre sobre contenidos no vinculados al derecho fundamental a la libertad. Autor que entendió más adecuado que los aspectos de desarrollo se llevaran a una ley Ordinaria y no al reglamento, no pudiendo en todo caso afectar la regulación reglamentaria a aspectos relativos a las restricciones al derecho a la libertad.

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 ca-

---

<sup>18</sup> Así lo recoge CERVELLÓ DONDERIS. *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2006, p. 28.

<sup>19</sup> "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 8 (1983), p. 34 y ss.

rácter personal<sup>20</sup> o la libertad condicional (derecho fundamental a la libertad personal) que resultan indelegables por afectar a sus aspectos esenciales<sup>21</sup>. Igualmente tienen que ver con contenidos sustanciales del derecho fundamental a la libertad personal temas como el de la refundición de condenas, que deberían estar presentes de forma determinada o determinable en la Ley (Código penal o Ley penitenciaria) evitando múltiples dudas interpretativas y cambios en su aplicación<sup>22</sup>. También puede verse la necesidad de incorporar a la Ley la doble modalidad del régimen cerrado que se establece en el Reglamento<sup>23</sup>.

También el régimen disciplinario se presenta como una materia problemática desde el punto de vista de la necesaria reserva de ley en materia de ejecución penitenciaria. Actualmente la LOGP regula algunos aspectos del régimen disciplinario pero no otros: establece el procedimiento disciplinario, la clasificación de las infracciones, así como las sanciones del régimen disciplinario penitenciario (Capítulo IV del Título II de la LOP), 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 generalmente en la necesidad de que la Ley Penitenciaria sea la que recoja el catálogo de infracciones del régimen disciplinario penitenciario<sup>24</sup>. Mapelli y Terradillos<sup>25</sup> señalaron la lesión para el principio de legalidad que suponía la remisión al reglamento en materia sancionadora. Esta ausencia de las infracciones en la ley que ha sido calificada como deslegalización, habría sido justificada por el Tribunal Constitucional calificando de relaciones de especial sujeción la del interno con la Administración Penitenciaria, lo que permitiría relajar la exigencia de reserva de ley en este ámbito<sup>26</sup>. Sin embargo pese a la admisión de la colaboración reglamentaria en materia sancionadora según lo dispuesto en el art. 129.3 de la Ley 30/1992 que fija los aspectos básicos del procedimiento sancionador, sin embargo,

---

<sup>20</sup> Así TELLEZ AGUILERA, A. "La necesaria reforma de la ley penitenciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006) p. 382.

<sup>21</sup> En este sentido ARROYO ZAPATERO, L. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 8 (1983), p. 35-6.

<sup>22</sup> Lo propone con razón TELLEZ AGUILERA, A. "La necesaria reforma de la ley penitenciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006) p. 382.

<sup>23</sup> TELLEZ AGUILERA, A. "La necesaria reforma de la ley penitenciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones* (2006), p. 382.

<sup>24</sup> CERVELLÓ DONDERIS. *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2006, p. 28. GARCÍA ALBERO en SUMALLA, J. T.; ALBERO, R. G.; PUERTA, M.J.R.; GRAU, F.S. *Curso de Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2005, p. 219 y ss.

<sup>25</sup> *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 1990, p. 139-40.

<sup>26</sup> GARCÍA ALBERO en , J. T.; ALBERO, R. G.; PUERTA, M.J.R.; GRAU, F.S. *Curso de Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2005, p. 219 y ss.

aquella no se puede extender a los aspectos fundamentales como es la determinación de las conductas infractoras<sup>27</sup>.

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 propio Reglamento Penitenciario (art. 3.5) y la legislación administrativa general (art. 21.1 de la LRJAE y PAC) admiten la utilización de disposiciones inferiores al reglamento, pero deberán estar basadas en necesidades organizativas del sistema y no afectar a contenidos indelegables. En la práctica, sin embargo, se observa la extralimitación de la Administración en el empleo de estos instrumentos<sup>28</sup>. En este sentido El Tribunal Supremo ha anulado en Sentencia de 17 de marzo de 2009 la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 21/1996 de 16 de diciembre, sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados. La mencionada Instrucción “excede del cometido y finalidad del cometido de los denominados reglamentos administrativos o de organización para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos, rodeados estos de unas garantías en su elaboración y requisitos de publicidad de los que aquélla carece”. Se entiende conculcado el principio de reserva de ley así como los preceptos 9.3 y 103.1 de la Constitución.

Complementariamente a la reserva de ley se hacen derivar del principio de legalidad cuatro requisitos necesarios para la ley penal. En este sentido únicamente se alcanzan las garantías propias del principio de legalidad con la ley estricta, ley escrita, previa y cierta<sup>29</sup>. En primer término la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). La llamada ley estricta supone el destierro de la analogía (perjudicial para el reo) del sistema penal. 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 propio de la analogía.

De esta manera también en el ámbito penitenciario la analogía queda excluida por lo que no resulta legítimo recurrir a la hora de aplicar la norma a la razón de semejanza con otras previsiones normativas para aquello que no se encuentre positivamente reflejado en la regulación. Conforme a estos presupuestos garantistas el Reglamento Penitenciario señala en su art. 232.2 que “Queda prohibida la aplicación analógica”, se entiende que en cuanto a las infracciones sancionables y a las propias sanciones a aplicar en el marco de la responsabilidad disciplinaria de los reclusos. El Tribunal Consti-

---

<sup>27</sup> En este sentido TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 211.

<sup>28</sup> Sobre esta particular temática puede encontrarse algunas referencias en RIOS MARTIN, J.C. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, Coordinador). Colex 2005, p. 52.

<sup>29</sup> Por todos DE VICENTE MARTINEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch 2004, p. 32 y ss.

tucional ha declarado la imposibilidad de sancionar comportamientos no previstos pues “este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla” (STC 138/2004 de 13 de septiembre<sup>30</sup>).

Por tanto la exigencia de ley estricta –o prohibición de analogía- resulta especialmente relevante en cuanto a las infracciones disciplinarias que deben estar recogidas expresamente y nunca creadas por un procedimiento de analogía. En este sentido la infracción (Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981) del art. 110 (faltas leves) en su letra f puede contener el recurso prohibido a la analogía. El precepto señala que constituye infracción leve “Cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimetal y en la ordenada convivencia y no esté comprendida en los supuestos de los art. 108 y 109, ni en los apartados anteriores de este artículo”. Sobre esta infracción se cierne el riesgo de la analogía, pues se plantea como una infracción de recogida, pensada para establecer como infracción conductas no previstas pero de semejante gravedad.

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*). Garantía fundamental para el respeto de los derechos del recluso es que las diversas limitaciones a que ve sometido producto de su ingreso en un establecimiento penitenciario estén previstas en una norma escrita. El lenguaje escrito permite una mayor seguridad y precisión sobre las normas no escritas, lo que en un ámbito que por su naturaleza produce restricciones en la vida diaria de los internados no resulta indiferente.

Igualmente la prohibición de retroactividad rige en derecho penal consecuencia del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*). 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 con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos con los que tenga relación. Frente a las posibles opiniones contrarias a la irretroactividad de las normas de ejecución penitenciaria se destaca la incidencia de estas normas tanto en el ámbito de las garantías del ciudadano como en el cumplimiento de las finalidades asignadas a las normas penales<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> RTC\2004\138.

<sup>31</sup> MAPELLI CAFFARENA, B. “El principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad”. *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*. Minis-

Por otra parte también se ha planteado el problema de la irretroactividad en cuanto a las modificaciones de la doctrinal jurisprudencial sobre refundición de condenas. Afecta al problema más general sobre la posible prohibición de retroactividad – no planteándose en este momento el problema de fondo – de las decisiones judiciales. Es decir, si a las resoluciones de los Tribunales – que en principio deciden un asunto concreto pero que evidentemente cuando se trata de altos Tribunales poseen una repercusión general – también les alcanza la prohibición de retroactividad. 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, ha abierto la discusión sobre el tema señalado<sup>32</sup>. Para un sector 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. De otra manera se entiende que si se toman en cuenta los efectos materialmente desfavorables y, puesto que la finalidad de la prohibición de retroactividad tiene que ver con la evitación de cambios imprevistos que afecten a su seguridad jurídica, se estima que también debería extenderse a las resoluciones judiciales.

Finalmente estaría la prohibición de leyes y sanciones indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Desde este punto de vista se excluyen el establecimiento de delitos y penas cuyas características no puedan ser suficientemente reconocibles en la ley. Tiene también su aplicación el mandato de determinación respecto a las adicionales restricciones que en situaciones especiales pueden aplicarse a la vida en prisión. No deja de plantear problemas la ausencia de contenidos claros y de criterios la posibilidad prevista en el art. 75 del Reglamento Penitenciario. Señala que “En su caso, las solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o la integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia”. Es cierto que con ciertas garantías y controles, como la necesidad de motivación y la comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria, pero no es menos cierto que en modo alguno se especifican las posibles medidas con incidencia regimental a aplicar ni los sujetos destinatarios.

Igualmente las infracciones del régimen disciplinario penitenciario pueden ser analizadas desde el punto de vista de su determinación, por cuanto la reserva de ley no sólo obliga a establecer previamente las infracciones y sus sanciones sino que las mismas se encuentren formuladas con suficiente claridad. A este respecto se han señalado algunos problemas que alejarían a las conductas infractoras previstas reglamentariamente de un adecuado cumplimiento de estas exigencias: confusión con infracciones delictivas, empleo no necesario de conceptos jurídicos indeterminados y creación de

---

terio del Interior 2005, p. 42.

<sup>32</sup> Véase al respecto SANZ MORAN, A.J. “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios”. *Revista de Derecho Penal* n.º 18 (mayo 2006), p. 34 y ss.

tipos abiertos en la descripción de las conductas<sup>33</sup>.

Se puede plantear la vigencia de la determinación en lo relativo a las penas y su duración, problema que no sólo afecta a la legislación penitenciaria. Desde este punto de vista también tiene que dar respuesta satisfactoria el sistema penal a la determinación o, al menos, la determinabilidad de las sanciones. Como durante la fase de ejecución se admite la aplicación de distintos factores que puede condicionar la pena, finalmente se producirá un desfase entre la pena señalada en la sentencia y la cumplida por el condenado de manera efectiva, por lo que aquella se convierte en un mero instrumento técnico de referencia<sup>34</sup>. Aun cuando no se puede renunciar a un margen de maniobra en la fase de ejecución que permita adaptar la ejecución a las necesidades tratamentales del sujeto individual, será necesario conseguir un equilibrio con la existencia de previsiones normativas que permitan hacer calculable la duración de la condena así como evitar fraudes en la ejecución penitenciaria. En este sentido cabe señalar que el art. 78 del CP concede amplios poderes al juzgador para una aplicación restrictiva de los beneficios penitenciarios, la libertad condicional y el tercer grado penitenciario<sup>35</sup>.

Problema de la determinación de las penas que se agudiza en el caso de llamada refundición de condenas<sup>36</sup>. La ausencia de criterios legales suficientes y claros ha permitido cambios jurisprudenciales controvertidos y de gran repercusión mediática como el de la STS de 28 de febrero de 2006. La existencia del cambio jurisprudencia con la misma regulación legal – al margen de los argumentos sobre el problema de fondo – pone ya de manifiesto la inexistencia de una regulación que permita reconocer los criterios necesarios para la aplicación de los beneficios penitenciarios a quien ha sido condenado a múltiples penas. Problema central que redundando en la determinación del momento de la liberación y de la duración efectiva de la pena, es decir, vinculado al derecho a la libertad del art. 17 de nuestra Constitución.

**Ricardo M. Mata y Martín** é Professor Titular de Direito Penal na Universidade de Valladolid, Espanha. e-mail: rimata@der.uva.es

---

<sup>33</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A. “La necesaria reforma de la ley penitenciaria”. *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006), p. 379-80.

<sup>34</sup> AGARD, M.A. “Le principe de la légalité et la peine”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n.º 2. 2001.

<sup>35</sup> BARQUIN SANZ, J. “Sistema de sanciones y legalidad penal”. *Revista del Poder Judicial* n.º 58 (2000).

<sup>36</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A. “La necesaria reforma de la ley penitenciaria”. *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006), p. 382