

Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma

PUERTO SOLAR CALVO

Jurista de Instituciones Penitenciarias
Doctora en Derecho

RESUMEN

La LO General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1978 (LOGP) fue un hito normativo de muy difícil superación. Su contenido, revolucionario para la época, sigue sacudiendo la conciencia de quien se aproxima a su estudio por su apuesta inquebrantable en la recuperación social de quien ha cometido un delito, pero no por ello ha abandonado su esencia de ser humano. El siguiente trabajo trata de exponer cómo interpretaciones de la norma penitenciaria basadas en el caduco concepto de relación de sujeción especial impiden que los contenidos de la LOGP alcancen su potencialidad máxima, dificultando enormemente su finalidad última: permitir una evolución integral e individual de los internos, en tanto ciudadanos autónomos capaces de respetar la ley penal.

Palabras clave: Relación de sujeción especial, principio de legalidad, principio de non bis in ídem, restricciones regimentales, fichero FIES, interpretación del art. 25.2 CE, concepto de tratamiento, nuevo paradigma.

ABSTRACT

The Spanish Penitentiary Law of 1978 was an extraordinary normative achievement. Its revolutionary statements are the prove of its believe in the social recuperation of the inmates. This paper tries to expose how the old concept of special administrative relation has acted as external limit for some of the contents of the Penitentiary

Law, also limiting its final aim: the personal evolution of inmates as citizens capable of living according to the Penal Code.

Key words: *Special administrative relations, principle of law, principle of non bis in idem, penitentiary restrictions, FIES file, interpretation of art. 25.2 CE, concept of treatment, new parameters.*

SUMARIO: 1. La Relación de sujeción especial como vía para la limitación de derechos.–2. Ámbitos concretos del medio penitenciario afectados por el concepto de relación de sujeción especial. 2.1 El régimen disciplinario. 2.2 La dudosa legalidad de las limitaciones regimentales del art. 75.1 RP. 2.3 La encrucijada normativa del fichero FIES tras la STS de 10 de marzo de 2009.–3. Incidencia tratamental de un sistema que se contradice.–4. Propuestas para un necesario cambio de paradigma.–5. A modo de epílogo. La STS 222/2019, de 21 de febrero sobre los gastos de salud–6. Bibliografía.

1. LA RELACIÓN DE SUJECIÓN ESPECIAL COMO VÍA PARA LA LIMITACIÓN DE DERECHOS

El concepto de relación de sujeción especial tiene su cuna en Alemania, siendo en este país donde encuentra su justificación inicial y evolución histórica. El vasallaje y los vínculos de fidelidad que los reyes entablaban con sus soldados, oficiales y sirvientes constituyen su antecedente. Se trata de relaciones en las que lo oficial y lo personal se confundían, de manera que quienes así se unían al rey dependían de él enteramente. La época absolutista, si bien objetiva y despersonaliza las relaciones y vínculos entre los que sirven al rey y este, conserva esas relaciones de especial vinculación para determinado personal al servicio del monarca. Es posteriormente, en la época de la monarquía constitucional alemana, cuando se perfila definitivamente el concepto de relación de sujeción especial.

Al igual que en otros países, la transición alemana del Estado absoluto a la monarquía constitucional persigue dotar a los ciudadanos de mayores libertades frente a un Estado que se había manifestado omnipresente. Combinando los principios democrático y monárquico, dibuja un sistema en el que el rey pasa a someterse a las decisiones del parlamento, aunque conservando un cierto espacio de gobierno. Espa-

cio que en Alemania se manifiesta de modo más acentuado como vía para cimentar la unidad nacional. En este contexto y dado que las leyes sólo podían emanar del parlamento, los actos que emanan del rey en su parcela de gobierno se consideran al margen de lo jurídico, siendo meras actuaciones administrativas exentas de control judicial. A través de los mismos, se permite una mayor celeridad en la ejecución de sus decisiones, siendo sus destinatarios naturales los funcionarios, los soldados, y posteriormente, como consecuencia de la idea de Estado policía, los internos en centros penitenciarios (1).

Posteriormente, el advenimiento del Estado de Derecho marca un giro importante en el concepto, pues la capacidad de gobierno del rey deja de estar legitimada y en consecuencia, todas las actuaciones estatales han de venir referidas a una previa habilitación legal. En este sentido, y precisamente relativa al ámbito penitenciario, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 14 de marzo de 1972 supone un hito al proclamar que: «los derechos fundamentales de los internos en un establecimiento penitenciario solo pueden ser limitados mediante o en base a una ley». La resolución se refería a un interno que consideraba vulnerado su derecho a la libertad de expresión porque las cartas que enviaba eran intervenidas en virtud de una norma administrativa. El Alto Tribunal alemán estimó sus argumentos y determinó que, con independencia del contexto relacional en que nos encontremos, los derechos fundamentales solo pueden limitarse a través de una ley (2).

Esta resolución dio además el impulso que la doctrina alemana necesitaba para adaptar el concepto de relación de sujeción especial a los postulados del nuevo sistema político. Conforme a la doctrina de ULE que acabó imponiéndose, se distinguen *las relaciones de base* y *las de funcionamiento*. Las primeras, son aquellas que regulan aspectos que suponen la manifestación de un derecho fundamental. En estos casos, la Administración únicamente puede afectar tal derecho si la relación de sujeción especial se infiere de la Constitución, su limitación se realiza en base a una ley y con ella se persigue un fin público que la Administración tiene encomendado. Todo ello bajo los parámetros de necesidad y proporcionalidad, encontrándose los actos admi-

(1) Acerca de sus orígenes, LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 53 y ss., con referencias a LABAND, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Laupp, Tübingen, 1876; JELLINEK, G., *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher Grundlage*, Freiburg/ Br., 1887, quienes introducen la expresión alemana de *besonderes Gewaltverhältnis*.

(2) RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, p. 455.

nistrativos dictados en aplicación de la ley aludida bajo el más riguroso control judicial. Por su parte, las relaciones de funcionamiento son aquellas referidas a aspectos meramente organizativos, técnicos o internos de la Administración y necesarios para su correcto funcionamiento. Éstas, bajo la justificación de que la Administración necesita de mecanismos de actuación rápidos que no pueden esperar a la promulgación de una ley que los encuadre, tienen la peculiaridad de que pueden regularse a través de reglamentos independientes de la ley. De nuevo, estas normas han de ser medio para alcanzar los objetivos de la Administración que los aplica, pero a diferencia del supuesto anterior, la afectación de derechos fundamentales está excluida (3).

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, la introducción del concepto de relación de sujeción especial en nuestro país tiene lugar en los años sesenta de la mano de Gallego Anabitarte y en una de sus acepciones más restrictivas, producto de la plena aceptación del Estado de Derecho. En este sentido, el autor señala que «el principio de legalidad debe regir en las relaciones especiales de sujeción como consecuencia de la decisión jurídico-constitucional del Estado de Derecho» (4).

Sin embargo, tan prometedor afirmación no constituyó obstáculo para el inicio de una corriente jurisprudencial que flexibilizaba la vigencia de los derechos fundamentales y sus garantías en el marco de la relación de la Administración y los internos en centros penitenciarios (5). Y ello a pesar de la promulgación de la LOGP que venía más

(3) Profundizan en su estudio, GARCÍA MACHO, A., *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992; LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994; LÓPEZ BENÍTEZ, M., 1994, *passim*. Sobre la aplicación del concepto al medio penitenciario, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., SAPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 76-81. De manera menos crítica que los anteriores, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 489-491.

(4) GALLEGO ANABITARTE, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad en la Administración», *Revista de administración pública*, n. 34, 1961, p. 50.

(5) Exponen los vaivenes jurisprudenciales al respecto, JIMÉNEZ BLANCO, A., «Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la Jurisprudencia del TS», *La Ley*, n. 1968, 13.05.88, pp. 989 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *EPyC*, n. 16, 1993, pp. 301 y ss.; CERVELLÓ DONDERIS, V., «La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa», *EPyC*, n. 19, 1996, pp. 129-135; ANDRÉS LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016, pp. 410-415.

bien a alumbrar el camino contrario. Destacan en este punto diversos pronunciamientos del TC al respecto. Así, la STC de 18 de junio de 1985 refiere que «es claro que el interno en un centro penitenciario está respecto de la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquella una potestad sancionadora disciplinaria» (6).

Veamos las consecuencias concretas que la pervivencia de este concepto como instrumento interpretativo ha supuesto para la aplicación de la LOGP y su desarrollo reglamentario.

2. ÁMBITOS CONCRETOS DEL MEDIO PENITENCIARIO AFECTADOS POR EL CONCEPTO DE RELACIÓN DE SUJECIÓN ESPECIAL

2.1 El régimen disciplinario

El TC interpreta que el art. 25.1 CE determina una reserva de ley relativa o limitada para el procedimiento administrativo sancionador, siendo posible la colaboración reglamentaria en la definición de los ilícitos y sanciones disciplinarias (7). De acuerdo con ello, el art. 27 de la Ley 40/2015, tal y como hacía el art. 129 de la anterior Ley 30/92, determina que solo son infracciones administrativas las previstas como tales en una ley, permitiendo en su apartado 3 el desarrollo de las mismas en disposiciones reglamentarias si introducen «especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más concreta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes».

Sin embargo, en contra tanto del criterio del TC, como del art. 27 de la Ley 40/2015, el art. 42 LOGP determina que «los internos no serán corregidos sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en esta Ley», siendo los

(6) STC 74/1985, de 8 de junio.

(7) SSTC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2 y 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1. En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Principios del Derecho Penal (I). El principio de Legalidad y las Fuentes del Derecho Penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, p. 80; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 20-24.

arts. 108, 109, 110 RP de 1981, que se mantiene vigente en lo que a régimen sancionador se refiere, los que efectivamente determinan las infracciones disciplinarias (8).

Como vemos, la formulación del principio de legalidad que realiza la legislación penitenciaria no sólo es insuficiente, sino incluso de dudosa constitucionalidad respecto de la reserva de ley en esta materia (9). La concurrencia de la relación de sujeción especial o, al menos, su reminiscencia, ha ocasionado que esa permitida adaptación del principio de legalidad en el ámbito sancionador penitenciario se haya transformado en una limitación inaceptable de garantías (10). Es más, a pesar de que fue el TC en la Sentencia 2/1987, de 21 de enero, el que dio el visto bueno a regulación de las infracciones, basándose en la naturaleza especial de la relación Administración-interno y «el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la autodeterminación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución», lo cierto es que la situación actual no se adecua a su jurisprudencia más reciente que, en sintonía con la normativa expuesta, permite la graduación de las garantías sancionadoras pero no su supresión (11).

(8) Durante la tramitación parlamentaria de la LO 13/1995, de 18 de diciembre, de modificación de la LOGP, se intentó la introducción en el articulado de la Ley del listado detallado de las infracciones disciplinarias. Sin embargo, que la propuesta naciera cuando el texto se encontraba en el Senado provocó su rechazo al considerarse una modificación sorpresiva carente del debate previo necesario. El juego político impidió una evolución necesaria. Lo sorprendente es que ese catálogo no fuera incluido posteriormente en el RP de 1996, si no para cumplir con el mandato del art. 25.1 CE, sí al menos para adaptar el catálogo de faltas a la realidad penitenciaria. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 671.

(9) DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 309. Igualmente, analizan de manera crítica la situación, LADRON PIJUÁN, L., «Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1. n. 1, 1998, pp. 145 y ss.; PÉREZ YÁÑEZ, E. M., en «Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario», en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1. n. 1, 1998, pp. 161-188.

(10) TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 221. Detalla las consecuencias de la débil asunción penitenciaria del principio de legalidad, MATA Y MARTÍN, R. M., «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *RGDP*, n. 14, 2010, pp. 21 y ss.

(11) Así, la STS 61/1990, que en su FJ 8 señala: «Una cosa es, en efecto que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derecho fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtuali-

Esta adecuación al principio de legalidad que reclamamos está lejos de ser una mera adaptación formal a las exigencias de determinadas garantías jurídicas. La misma tendría efectos prácticos fundamentales para el estatus jurídico de los internos al corregir errores del régimen sancionador repetidamente señalados por la doctrina (12). En primer lugar, dotar de carácter legal al catálogo de infracciones disciplinarias serviría para lograr una redacción más depurada del mismo en términos de adecuación a principios jurídicos básicos en materia sancionadora, asumidos tanto por la Ley 30/92 como por la actual Ley 40/2015 (13). A la par, el resultado sería más acorde a la realidad penitenciaria. En la actualidad, aplicar el RP de 1981 a estos efectos,

dad. No se puede relativizar un principio sin riesgo a suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación –nunca supresión– a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción».

(12) ASCENCIO CANTISÁN, H., «Régimen disciplinario y procedimiento sancionador», *REP*, n. extra, 1989, pp. 30 y ss. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 371, quienes reclaman: «la reforma del art. 42 LOGP en términos tales que formulen una nueva sistematización del actual catálogo de infracciones disciplinarias de los reclusos, que giren básicamente en considerar como faltas muy graves aquellos actos que entrañen violencia contra las personas o pongan en riesgo su integridad, como faltas graves aquellas conductas que entrañen ataques verbales contra las personas o daños dolosos respecto de las cosas, y como faltas leves los restantes comportamientos infractores de los deberes de los reclusos protagonizados por estos».

(13) DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 315. Igualmente, el AJVP de Pamplona de 05 de octubre de 2007, *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2014. Volumen dedicado al Régimen Disciplinario*, SG. II. PP., Madrid, 2015, pp. 674-675. En el sentido que referimos, De León Villalba señala como principales errores sistemáticos de la regulación del régimen penitenciario los siguientes: tratamiento normativo idéntico de conductas de diversa gravedad (autoría y mera participación en el art. 108 a) y formas perfectas e imperfectas de ejecución en el art. 108 e); frecuente uso de conceptos jurídicos indeterminados como faltar grave o levemente a los funcionarios (arts. 109 a) y 110 a); la desproporción del castigo de algunas conductas cuya tipicidad ha quedado anticuada como «atentar contra la decencia pública con actos de grave escándalo y trascendencia» (falta muy grave del art. 108 i), o el «organizar o participar en juegos de suerte, envite o azar, que no se hallaren permitidos en el establecimiento» (falta grave del art. 109 g); y finalmente, la utilización de la analogía *in malam partem* en el art. 110 f), que continúa castigando «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 en los supuestos de los artículos 108 y 109, ni en los apartados anteriores de este artículo», a pesar de que el art. 27.4 de la Ley 40/2015 y, específicamente para el ámbito sancionador penitenciario, el propio art. 232.1 RP de 1996 proscriben la aplicación analógica.

no solo resulta anticuado sino, en muchas ocasiones y por los mismos tipos que contempla, ridículo (14).

En segundo lugar, la tipificación legal de las infracciones en términos de proporcionalidad y necesidad, ayudaría a corregir determinados excesos actuales en relación a la propia finalidad y ámbito de aplicación del régimen sancionador. A nuestro entender, en contra de los arts. 41.1 y 231.1 RP que determinan como finalidad del régimen disciplinario «garantizar la seguridad y el buen orden regimental y a conseguir una convivencia ordenada», el art. 231.2 RP convierte en principio general lo que el RP de 1981 permite para algunas de las conductas que tipifica –en concreto, los arts. 108 b), 109 a) y 110 a) (15)-. Esto es, posibilita castigar con carácter general conductas acaecidas en el exterior de los centros penitenciarios que se encuadren en cualquiera de las infracciones previstas. De acuerdo con el mismo, «el régimen disciplinario se aplicará a todos los internos (...) tanto dentro de los Centros penitenciarios como durante los traslados, conducciones o salidas autorizadas que se realicen». Ello a pesar de la escasa vinculación de los supuestos de hecho cometidos en el exterior del centro con la finalidad que el apartado del mismo precepto (16) y en contra, por tanto, de los principios de proporcionalidad y necesidad de toda actuación sancionadora (17).

(14) SOLAR CALVO, P., «Régimen disciplinario en las cárceles: cuestiones que motivan su reforma», *Diario La Ley*, 2010, n. 7440, 07 de julio de 2010, pp. 2-3, repasa las diferentes infracciones y sus deficiencias desde el punto de vista de los principios de la potestad sancionadora. Más recientemente, con ALONSO MARTÍNEZ, S., «La necesidad de reforma del régimen disciplinario en prisión», *Diario La Ley*, n. 9198, 16 de mayo de 2018.

(15) De acuerdo con el art. 108 b), se considera falta muy grave: «Agredir, amenazar o coaccionar a cualesquiera personas dentro del establecimiento o a las autoridades o funcionarios judiciales o de instituciones penitenciarias, tanto dentro como fuera del establecimiento si el interno hubiera salido con causa justificada durante su internamiento y aquellos se hallaren en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de ellos». Infracción que encuentra réplica en los arts. 109 a) y 110 a en forma de infracción grave y leve.

(16) DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 315, va más allá y señala la dificultad de vincular algunas faltas cometidas en el interior de la prisión con la seguridad y la convivencia en el centro como sucede en el caso del art. 110 b) que castiga la «desobediencia de las órdenes recibidas de los funcionarios de instituciones penitenciarias en ejercicio legítimo de sus atribuciones que no causen alteración de la vida regimental y de la ordenada convivencia».

(17) Son múltiples las resoluciones judiciales que avalan esta postura. Entre otras, el AJVP de Lugo de 16 de octubre de 2012, *Jurisprudencia Penitenciaria 2012*, SG. II. PP., Madrid, 2013, p. 361; el AJCV de 31 de marzo de 2013, y los Autos del JVP de Ciudad Real de 25 de febrero de 2013 y 16 de diciembre de 2013, *Jurisprudencia Penitenciaria 2013*, SG. II. PP., Madrid 2014, pp. 643-647; Autos del JVP de

A su vez, superando el ámbito propio del principio de legalidad, si la norma asumiera esta postura jurisprudencial, se evitaría también gran parte la confrontación que se da entre régimen disciplinario y el principio *non bis in ídem*. Tal y como reconoció el AAP Granada de 20 de enero de 2003, para el caso de un quebrantamiento de permiso, restringir la respuesta estatal al ámbito penal y entender que no concurre menoscabo del orden y la seguridad del establecimiento, evita la habitual duplicidad sancionadora (18).

Y es que, en cuanto al principio *non bis in ídem*, tanto el art. 25.1 de la CE como el anterior art. 133 de la Ley 30/92 y el ahora vigente art. 31 de la Ley 40/2015, contemplan la vigencia del mismo en el ámbito del derecho sancionador administrativo, infiriéndose igualmente su aplicación al derecho disciplinario penitenciario del art 232.1 RP. Sin embargo, la concurrencia habitual de pena y sanción por un único hecho cometido en un establecimiento penitenciario, bien merece que estudiemos la situación. Máxime si, como señala Mapelli Caffarena, «nuestra Administración, con una considerable potestad sancionadora, ha hecho siempre una interpretación muy restrictiva de esos criterios con el fin de hacer compatibles los dos órdenes sancionatorios» (19).

El TC, en desarrollo interpretativo del art. 25 CE, pasó por una primera etapa en que negaba la aplicación del *non bis in ídem* al ámbito del derecho administrativo sancionador. Se apoyaba para ello en el concepto de relación de sujeción especial antes analizado (20).

Ciudad Real de 10 de junio de 2015 y JVP de Zaragoza n. 2 de 19 de agosto de 2015, *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, SG. II. PP., Madrid, 2016, pp. 381-385. Sustenta esta postura, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 326

(18) *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2014. Volumen dedicado al Régimen Disciplinario*, SG. II. PP., Madrid, 2015, pp. 483-484.

(19) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 30. A pesar de que nos referimos a nuestro contexto jurídico, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 442-444, exponen la situación desde el punto de vista del Derecho Comparado, mostrando la disyuntiva en que se encuentran los diferentes estados a la hora de elegir imponer una infracción administrativa, una sanción penal, o ambas.

(20) Como recogen las SSTC 2/1981, de 30 de enero, 77/1983, 3 de octubre, 94/1986, de 8 de julio y 76/1990, de 26 de abril: «El principio *non bis in ídem* no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, pero esta omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, donde está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el art. 25.1 CE. Dicho principio impone por una parte la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración del “*ius puniendi*” del Estado, y por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones

El esperado giro llega con la STC de 10 de diciembre de 1991 en que el Alto Tribunal establece un límite fundamental a las relaciones de sujeción especial (21). Esta última interpretación del art. 25.1 CE es la que definitivamente recogió la Ley 30/1992, y la que la Ley 40/2015 mantiene, al prohibir la duplicidad penal y administrativa con identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Sin embargo, frente lo anterior, el Reglamento Penitenciario paraliza en 1996 y para el concreto ámbito de la actuación sancionadora de la Administración Penitenciaria, la línea de actuación iniciada por el Alto Tribunal. Ello a través de su art. 232.4 que permite que, de hecho, continúe la aparentemente insalvable duplicidad sancionadora. Conforme al mismo, «aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de delito podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad o el buen orden regimental. En estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial competente, previa realización en su caso, de las diligencias de prevención que se consideren necesarias».

Y es que, a pesar de que analizadas una por una, algunas de las infracciones de los arts. 108, 109 y 110 RP puedan alejarse de los fines que las justifican (22), lo cierto es que, tal y como acabamos de ver, el art. 231.1 RP establece como finalidad de la potestad sancionadora la salvaguarda de la seguridad y orden en los centros penitenciarios. De manera que, si lo determinante para excusar la aplicación del *non bis in idem*, lo constituye una cualidad esencial, intrínseca y defi-

administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivados de una relación de supremacía especial de la Administración, esté justificado el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración».

(21) RTC 1991/234. «La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa (...) para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección».

(22) DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 315.

nitória de todas las infracciones, lo que hace el precepto referido no es más que una declaración de intenciones con poco contenido (23).

Además, si atendemos a la vertiente procesal del principio *non bis in ídem*, la situación jurídica de los internos no mejora, incumpléndose garantías básicas de protección de los mismos. El resultado es que, como se recoge y da por bueno el AAP León de 12.11.14, las sanciones se impongan y cumplan mucho antes de haber recaído la resolución penal relativa a los mismos hechos. Más allá de lo anterior, es bastante cuestionable que el RP no prevea específicamente las consecuencias que en el orden sancionador pueda tener una sentencia penal absolutoria cuando hubieran concurrido ambas esferas de castigo, siendo los órganos judiciales quienes suplen a la norma en su función (24). A su vez, lo expuesto se vuelve aún más oneroso si tenemos en cuenta que por la propia lógica del sistema de individualización científica, a las consecuencias penales y penitenciarias derivadas de la comisión de uno de los hechos tipificados por el RP de 1981, se suma la valoración tratamental que la conducta realizada merece y que aleja la posibilidad de acceso por parte del interno a la trayectoria de reinserción –permisos y tercer grado– durante el tiempo en que las sanciones no se hayan cancelado (25).

Como vemos, si al abordar el principio de legalidad era el TC el que ha permitido y justificado el estado actual de la situación con una flagrante vulneración del mismo, en el caso del *non bis in ídem*, parece más bien que es el propio legislador el que a través de un cambalache

(23) RENART GARCÍA, F., *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, Universidad de Alicante, 2002, p. 65; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 228; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 329. DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 113-114; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 468-469; finalmente, este último autor con PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *La Mediación Penal y Penitenciaria: Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008.

(24) RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 469.

(25) De acuerdo con el art. 157.2 RP para el caso de los permisos: «Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugarse o cometiese nuevo delito durante el mismo, quedará sin efecto el permiso concedido, sin perjuicio de las consecuencias que se puedan derivar de su conducta en el orden penal y penitenciario y de que dichas circunstancias deban valorarse negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos ordinarios». CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 293-294 analiza las diferentes consecuencias penales, penitenciarias y valorativas en cuanto a futuras salidas –la tabla de variables de riesgo (TVR) incluye anteriores quebrantamiento como factor de riesgo– que se derivan de este supuesto concreto, concluyendo que: «como se puede comprobar la vulneración del principio *ne bis in ídem* es evidente».

jurídico ha estancado cualquier evolución en tal sentido. La amplitud de los conceptos de orden y seguridad utilizados por el RP permiten a quienes ejecutan la pena promover una lluvia de consecuencias jurídicas por un mismo hecho de un modo que debiera estar sólo puntualmente justificado (26). En definitiva, la aplicación de los principios informadores de la potestad sancionadora general para la potestad disciplinaria penitenciaria, tal y como el art. 232.1 RP prevé, se reduce a una mera fantasía jurídica, atrasando la adaptación del régimen sancionador penitenciario a los principios del Estado de Derecho (27).

En este contexto normativo, y a pesar de quedar pendiente una modificación de la LOGP y el RP acorde a las exigencias de los principios jurídicos expuestos, es de aplaudir el esfuerzo de la Administración Penitenciaria por reconducir en la medida de sus posibilidades y con carácter práctico, la situación descrita. Así, la Orden de Servicio 1/2019, de 24 de enero, sobre infracciones cometidas fuera del establecimiento, establece como criterio de actuación para las Comisiones Disciplinarias de los diferentes centros penitenciarios, la ausencia de castigo de las conductas que los internos lleven a cabo en el exterior de los mismos. Con ello se procura no sólo depurar la aplicación del régimen disciplinario en el sentido antes descrito, sino tratar a los internos como auténticos ciudadanos de pleno derecho, en igualdad de condiciones con los ciudadanos libres en lo que a las consecuencias de sus actuaciones fuera del establecimiento se refiere (28).

2.2 La dudosa legalidad de las limitaciones regimentales del art. 75.1 RP

A las deficiencias del régimen disciplinario se suman otras, producto de mecanismos de restricción de derechos fundamentales de los reclusos, de parecida envergadura en cuanto a consecuencias, pero de

(26) Especialmente crítico con la norma en relación a las diferentes carencias detectadas, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA ROFRÍGUEZ, L. (COORDS.), FERNÁNDEZ GERCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, p. 293.

(27) La nula modulación de garantías jurídicas tan fundamentales provoca contradicciones internas dentro de la configuración del propio procedimiento sancionador. En este sentido, de qué sirve prever la posible intervención de abogado en dicho procedimiento, tal y como prevé el art. 242.2 i) RP, si el estatus jurídico de los internos administrados carece de las bases más fundamentales y necesarias para hacerlo suficientemente sólido y potente frente al ejercicio de las competencias de la Administración.

(28) SOLAR CALVO, P., «¿Se debe castigar lo que sucede más allá de la prisión?», en *Legal Today*, 27 de marzo de 2019.

mucha menor talla jurídica, si cabe, en cuanto al respeto de garantías y determinación de procedimientos para su aplicación. En concreto, nos referimos al art. 75 RP, que regula lo que han dado en denominarse limitaciones regimentales. En su apartado primero refiere como tales las destinadas a proteger la persona del interno, las que devienen por razones de seguridad y orden del establecimiento y por último las derivadas del grado de clasificación de cada recluso. Dada su peculiaridad, el segundo párrafo del precepto expone con mayor profusión el procedimiento a través del que, a solicitud del interno, se determinan esas limitaciones ad hoc. De acuerdo con la norma, «1. Los detenidos, presos y penados no tendrán otras limitaciones regimentales que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y el buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación. 2. En su caso, a solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia».

Si las limitaciones propias del grado de clasificación se explican por sí mismas y son recordatorio de las del régimen penitenciario ligado al grado de tratamiento correspondiente, el supuesto de autoprotección ofrece aún menos dudas en cuanto a legitimidad. El mismo supone un mecanismo de protección favorable al interno y normalmente en sintonía con su voluntad. Sin embargo, la aplicación de limitaciones regimentales por razones de seguridad y orden del establecimiento origina una importante controversia jurídica.

Y es que, en la práctica, el art. 75.1 RP se traduce en la existencia de un tipo de aislamiento al margen de los regulados en la LOGP –aislamiento propio del primer grado, aislamiento como sanción disciplinaria y aislamiento como medio coercitivo (29)–, que, si bien puede tener mejores condiciones en cuanto a horas de patio o posibilidad de participar en actividades tratamentales, dependiendo de lo que el Director del Centro determine, también puede llegar y de hecho llega, a ser idéntico al impuesto por sanción o en concepto de medio coercitivo. Pero todo ello sin aplicación del sistema de garantías previsto para estos casos y completamente al margen de los procedimientos establecidos en la LOGP para los mismos. El RP se inventa, al margen

(29) Sobre los diferentes tipos de aislamiento, su concreta finalidad y justificación, *vid.* SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., «El aislamiento en prisiones: usos múltiples y múltiples justificaciones», en *Diario la Ley*, n. 8154, Sección Doctrina, 20 de septiembre de 2013, pp. 1-6.

de cualquier habilitación legal para ello, una nueva forma de aislamiento regimental indeterminado en contenido y sin procedimiento suficientemente acotado de aplicación o control (30).

Por tanto y de nuevo, estamos en presencia de otro mecanismo de restricción de derechos fundamentales de los internos cuya regulación adolece de defectos que lo sitúan muy por debajo de lo jurídicamente exigible. Desde el punto de vista del principio de legalidad, y en contra del art. 25.1 CE, se permite la imposición de una medida de aislamiento en celda sin ningún tipo de habilitación legal para ello y a pesar de implicar las mismas limitaciones que el aislamiento en celda impuesto en concepto de sanción disciplinaria (31). A su vez, en términos de tipicidad normativa, carece del más mínimo acotamiento jurídico aún de carácter orientativo de cara a determinar lo correcto de su aplicación y permitir la corrección de arbitrariedades. Su contenido y duración dependen enteramente de lo que el Director del centro penitenciario establezca. En palabras de Baras González, el art. 75.1 RP «(...) no cumple a nuestro entender las prescripciones de los principios capitales del Derecho Penitenciario y de la ejecución penal como son los de legalidad, taxatividad y seguridad jurídica» (32). Por último, en cuanto a garantías procedimentales de aplicación, la norma guarda absoluto silencio, siendo suficientes la decisión del Director y la mera puesta en conocimiento judicial para que la medida pueda llevarse a cabo (33). Ello sin que la comunicación a la autoridad judicial sirva en ningún caso de convalidación de la medida. Aún pudiendo recaer resolución contraria a su utilización, el aislamiento en sí ya se

(30) Especialmente críticos con las paradojas jurídicas que el precepto genera, RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, pp. 273-277; MALDONADO CANITO, P. J., «Limitaciones regiminales y medidas de protección personal», *CDP*, n. 3, mayo 1998, pp. 23-32.

(31) ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, MAD, Madrid, 2006, pp. 182 y ss. Por su parte, BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 140, apunta que: «Esta fórmula abierta sería necesario limitarla por la propia LOGP dado que nos encontramos en un ámbito en el que debe imperar y gobernar el principio de la legalidad y en el que tan comprometido se ven los derechos fundamentales de la persona». En la misma línea, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 23, incluye este precepto entre aquellos que estando regulados en el RP debieran estarlo en la LOGP. Y es que, como recuerda MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 28, para el principio de legalidad aplicado al medio penitenciario: «Una eventual restricción de derechos de los condenados recogida *ex novo* por un reglamento, sin ningún tipo de cobertura en la ley, no respetaría el principio de legalidad.»

(32) BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 142.

(33) SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., *Diario La Ley*, 2013, p. 7.

habrá producido cuando la misma se reciba, siendo incluso probable que, para entonces y por su carácter perentorio, la aplicación del mismo ya haya cesado (34).

La paradoja es tal que, mientras que para la aplicación de la sanción de aislamiento el art. 42.4 LOGP exige «que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o que este reiterada y gravemente altere la normal convivencia en el centro», el art. 75.1 RP permite aplicar un tipo de aislamiento prescindiendo de tal requisito (35). Más allá de ello y a pesar de la incongruencia que supone, es jurídicamente posible, y habitualmente sucede, que una medida de aislamiento como restricción regimental se prolongue durante un periodo de tiempo superior al de los catorce días previstos para el aislamiento en celda, sin que sea necesaria para su aplicación la aprobación previa del JVP (36). Destaca el supuesto que aborda el AJVP de Las Palmas de Gran Canaria de 23 de julio de 2009, en que la aplicación del art. 75.1 RP se había concretado en una medida de aislamiento de más de mes y medio de duración –del 03.11.08 al 19 de enero de 2009 (37)–. Por todo ello, parte de los JJVP consideran que la aplicación del aislamiento en virtud del art. 75.1 RP supone ejecutar una sanción de manera encubierta y al margen de los procedimientos establecidos para ello (38). De hecho, de imponerse posteriormente

(34) BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 141, señala una deficiencia importante de nuestro sistema de jurisdicción penitenciaria. El mismo decae en estos supuestos de protección perentoria en el momento en el mismo momento en que no contempla la existencia de un JVP de guardia, ni se ha previsto su sustitución por el Juez de Guardia del lugar de ubicación del centro penitenciario.

(35) MALDONADO CANITO, P. J., *CDP*, 1998, p. 26; RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, p. 276.

(36) En concreto, el JVP n. 2 Madrid en Auto de 12 de enero de 2009: «(...) si se impusiera el aislamiento vía art. 75.1 RP bastaría una orden de Dirección, pudiéndose eludir así tanto el expediente sancionador como el límite temporal de los catorce días cuyo control compete al Juez (arts.76.2 d), 42.2 a) LOGP y 253.1 RP)».

(37) *Jurisprudencia Penitenciaria 2009*, SG. II. PP., Madrid, 2010, pp. 351-353.

(38) Autos del JVP n.2 Madrid de 3 de julio de 2006, 12 de enero de 2009, 19 de febrero de 2009 y 02 de octubre de 2009, y Auto del JVP n.1 Madrid de 02 de febrero de 2009, disponibles en su mayoría en *Jurisprudencia Penitenciaria 2006*, DG. II. PP., Madrid, 2007, pp. 209-211 y *Jurisprudencia Penitenciaria 2009*, ob. cit., pp. 345-355. Respalda esta postura, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 327, donde refiere que: «por respeto al principio de legalidad, las restricciones regimentales impuestas por el Centro por motivos de seguridad no pueden coincidir con las sanciones previstas legalmente ni con los medios coercitivos ya que no gozan de las mismas garantías, lo que supone una referencia clara al art. 75.1 RP que recoge limitaciones regimentales que sólo necesitan autorización del Director y que carecen de límites temporales, debiéndose exigir una aplicación restrictiva, especialmente cuando se impone de oficio y no a petición del interno».

sanción por los hechos que dieron lugar a la restricción regimental, suele abonar el tiempo de aislamiento como si de una medida cautelar se tratara (39).

2.3 La encrucijada normativa del fichero FIES tras la STS de 10 de marzo de 2009

En el análisis de las relaciones de sujeción especial y sus consecuencias normativas no puede faltar la obligada referencia al fichero de control de internos de especial seguimiento (FIES) (40). Más si cabe, debido a la actualidad que ha alcanzado gracias a la STS de 17 de marzo de 2009 que, a pesar de la modificación operada en el RP a consecuencia de la misma, mediante RD 419/2011, de 25 de marzo, sigue poniendo en entredicho la legalidad de su regulación actual (41).

La creación del fichero FIES se debe a la Instrucción 21/96, de medidas de seguridad para internos de especial seguimiento, sustituida, aunque en términos muy similares, por la Instrucción 6/2006 y, más recientemente, por la Instrucción 12/2011 (42). En ellas se establecen los grupos de internos que componen el fichero, las medidas de

(39) De acuerdo con esta postura, BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 141, identifica la aplicación de estas limitaciones regimentales con una extensión de las medidas cautelares del art. 243 RP, así: «el art. 75 RP ha sido entendido en la práctica penitenciaria como la habilitación para aplicar una medida cautelar cuando el destinatario de la misma ha cometido presuntamente un acto que comprometa la seguridad y el buen orden del centro, mientras se dispone una posible regresión a primer grado, en el caso de que sea precedente».

(40) Destaca el análisis que realiza CERVELLÓ DONDERIS, V., «Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES», en *La Ley Penal*, n. 72, 2010, pp. 1 y ss., tras la STS de 17 de marzo de 2009. Igualmente, sobre el nacimiento –íntimamente relacionado con régimen cerrado–, evolución y estructura del fichero; de la misma autora, 2016, pp. 221 y ss. De forma amplia, destaca especialmente su dureza e ilegalidad, RÍOS MARTÍN, J. C., «Los ficheros de internos de especial seguimiento», *CDP*, n. 3, mayo 1998, pp. 3-22. A su vez, BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIES-1 (CD)», *EPyC*, n. 23, 2001-2002, pp. 7-58, quien refiere la incompatibilidad del fichero y las medidas de seguridad que implica con los arts. 15 y 25.2 CE y relaciona su existencia con la *cultura de la emergencia* y la configuración de un *derecho penal de la seguridad* que han acabado impregnando las práctica penitenciarias.

(41) STS, Sala de lo Contencioso, Sección 5, núm. de recurso 9576/2004, de 17 de marzo.

(42) Instrucción 12/2011, SG. II. PP., de internos de especial seguimiento, medidas de seguridad.

control a las que van a ser sometidos y la finalidad y consecuencias de todo ello (43).

En cuanto a su naturaleza, las Instrucciones referidas definen el fichero como un instrumento meramente administrativo con finalidad interna de control. Así, conforme a la Instrucción 12/2011, el fichero FIES «tiene carácter administrativo y los datos que almacena están referidos a situación penal, procesal y penitenciaria» (44), siendo «una prolongación del expediente/protocolo personal penitenciario, que asegura una rápida localización de cualquier dato sin que, en ningún caso, prejuzgue la clasificación de los internos, vede su derecho al tratamiento, ni suponga la fijación de un sistema de vida distinto de aquel que reglamentariamente les venga determinado» (45). Por tanto, se trata de un fichero destinado al exclusivo fin de permitir un mayor seguimiento de los internos en él contemplados, sin que ello pueda fundamentar decisiones acerca de su régimen de vida.

De acuerdo con ello y hasta el momento, la postura de la jurisprudencia en torno al FIES había sido mayoritariamente respetuosa con el sistema instaurado, respaldando la legalidad de un fichero que, en apariencia, no establece limitaciones los derechos de los internos más allá de lo que la LOGP y el RP contemplan (46). En aplicación de la doctrina de ULE (47), la naturaleza de estas instrucciones se consideraba de carácter organizativo y efectos internos orientados a ayudar el mejor cumplimiento de la labor de retención y custodia encomendada

(43) Expone su estructura y defiende la necesidad del fichero, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Seguridad en los centros penitenciarios», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 297-300; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 648-654. En contra de su existencia, RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, pp. 651-658.

(44) Instrucción 12/2011, SG. II. PP., de internos de especial seguimiento, medidas de seguridad, p. 2.

(45) Instrucción 12/2011, SG. II. PP., ob. cit., p. 2.

(46) BUENO ARÚS, F., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2010*, CGPJ, Madrid, texto refundido y depurado a mayo de 2010, p. 20: «No existe ningún régimen penitenciario especial distinto de los regímenes ordinarios, abierto o cerrado a los que se refiere la Ley Orgánica General Penitenciaria. El régimen cerrado debe diferenciarse claramente del aislamiento en celda, por cuanto no constituye una sanción permanente, y el art. 10 de la LOGP debe aplicarse restrictivamente por su carácter excepcional. A los internos denominados por la administración penitenciaria FIES (Ficheros de Internos de Especial Seguimiento) incluidos en el grupo 1.º RE, les será de aplicación como mínimo y en todo caso, el régimen establecido en el art. 46 del RP, con las actividades y limitaciones específicamente contenidas en dicho precepto». Esto es, se daba el visto bueno al fichero reconduciendo su contenido a los regímenes de cumplimiento previstos en la LOGP.

(47) GARCÍA MACHO, A., 1992; LASAGABASTER HERRARTE, I., 1994; LÓPEZ BENÍTEZ, M., 1994.

a la Administración (art. 1 LOGP). Destacan en este sentido, los autos de 08 de enero de 2009 y 23 de enero de 2009 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en que, tras repasar uno por uno las limitaciones de derechos alegadas en queja por el interno –en concreto y siendo la queja más habitual, la intervención de comunicaciones escritas y telefónicas y la realización de cacheos personales y requisas de celdas–, se defiende la plena legalidad del fichero, al referir que esas limitaciones están permitidas por la propia LOGP y adoptadas en su función (48).

Pero no es hasta años más tarde, mediante la STS de 17 de marzo de 2009, cuando se provoca un vuelco en la tendencia jurisprudencial mayoritaria. Tras años de lucha judicial, la asociación «Madres contra la droga» consigue que se declare nula la Instrucción 21/1996, e incidentalmente, por similitud y coherencia material, la propia Instrucción 6/2006. Lo anterior no solo en lo referente a las comunicaciones de convivencia como ya había hecho el Tribunal a quo (49), sino en todo aquello en que la Instrucción establece limitaciones de derechos con carácter general para los internos incluidos en el fichero FIES y con independencia de que tales restricciones se encuentren o no dentro del margen permitido por la ley. Con ello, el TS determina de forma novedosa tres aspectos fundamentales: considera que la Instrucción 21/1996 regula la restricción de derechos para un colectivo de internos concreto, que con ello, trasciende la finalidad de los reglamentos meramente administrativos, y que, por todo ello, su categoría jurídica no se adecúa a la relevancia de su contenido, infringiendo la reserva de ley (50).

(48) De modo más genérico, el Auto del JVP n. 3 de Madrid de 23 de abril de 2009 legitima la Instrucción 21/1996, DG. II. PP., en tanto que reglamento de organización y valida el contenido y finalidad del fichero FIES desde el punto de vista de la normativa específica en Protección de Datos. En el mismo sentido, los Autos de la Sección 5.ª de la AP de Madrid de 11 de enero de 2002 y 10 de febrero de 2004, la AP de Jaén de 15 de febrero de 2002, y la AP de Ciudad Real de 15 de marzo de 2005. Finalmente, el TC que desestimó recurso de amparo por la inclusión en fichero FIES en la sentencia de 08 de julio de 2006. *Jurisprudencia Penitenciaria 2009*, ob. cit., pp. 314-316.

(49) La Sentencia de la Audiencia Nacional de 01 de marzo de 2004 declaró nulo de pleno derecho el apartado de la Instrucción 21/1996 relativo a las comunicaciones de convivencia pues excedían a la baja lo permitido por la LOGP. Así, mientras que el art. 45.6 RP permite que las comunicaciones de convivencia tengan un máximo de duración de seis horas, la Instrucción situaba ese máximo en tres. La Instrucción 6/2006, y de ahí su parecido con su predecesora, se elaboró principalmente para corregir esta extralimitación.

(50) En contra de esta interpretación jurisprudencial, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Sentencia del y Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 y las Instrucciones y

Como vemos, la STS se sitúa en las antípodas de la postura judicial mayoritaria en relación al fichero FIES, dando validez jurídica a los argumentos tradicionalmente sostenidos por los internos incluidos en el mismo. Primero, que la pertenencia al fichero tiene consecuencias en los derechos y deberes de los internos. Segundo, que la relación de sujeción especial no puede justificar en ningún caso que la regulación de dichos derechos y deberes se lleve a cabo en normas con rango de instrucción. Toda una revolución jurisprudencial que, sin embargo, ha traído menos consecuencias jurídicas de las que hubieran sido previsibles y deseables.

El radical cambio jurisprudencial que marca la referida STS motivó la modificación del RP y la nueva Instrucción 12/2011. Ambas en un intento por adaptar la normativa sobre fichero FIES a los nuevos y rigurosos estándares que el TS había establecido. En cuanto a la modificación reglamentaria, además de una modificación menor en el apartado 2 del art. 6 RP (51), se añade un apartado 4 al art. 6 (52). Por su parte, se redacta un art. 65 del RP/1996 sobre «Medidas de seguridad interior» (53).

Sin embargo, el resultado normativo sigue sin ser del todo satisfactorio. Los nuevos arts.6.4 y 65.2 RP crean una habilitación regla-

Órdenes de Servicio de la Administración Penitenciaria», en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, n. 7269, 26 de octubre de 2009. A favor, BENÍTEZ YÉBENES, J. R.

El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario), Dykinson, Colección Biblioteca de Criminología, Madrid, 2017, pp. 168-169.

(51) En adaptación a la entonces vigente LO 15/99, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos, el nuevo precepto establece: «La recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros se efectuará de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal y sus normas de desarrollo».

(52) «La Administración Penitenciaria podrá establecer ficheros de internos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y orden de los establecimientos, y la integridad de los internos. En ningún caso la inclusión en dicho fichero determinará por sí misma un régimen de vida distinto de aquel que reglamentariamente corresponda».

(53) «1. Las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos consistirán en la observación de los internos, los recuentos de población reclusa, los registros, los cacheos, las requisas, los controles, los cambios de celda, la asignación adecuada de destinos y las actividades y cautelas propias de las salidas tanto fuera de los módulos como fuera del establecimiento. 2. La intensidad de las medidas señalada en el apartado anterior se ajustará a la potencial peligrosidad de los internos a que se apliquen, particularmente en los supuestos de internos pertenecientes a grupos terroristas, de delincuencia organizada o de peligrosidad extrema, respetándose en todo caso, los principios a que se refiere el apartado primero del art. 71.3 RP. Al fin señalado en el apartado anterior, la Administración Penitenciaria podrá constituir grupos especializados de funcionarios».

mentaria para la nueva Instrucción 12/2011 que, sin embargo, tal y como concluyó el TS, debiera tener rango legal (54).

Ni el RP, ni mucho menos las instrucciones, son normas suficientes para establecer por sí solas el fichero FIES. En general, no podemos decir que la inclusión de un interno en el fichero conlleve la aplicación automática de un nuevo régimen de cumplimiento. Sin embargo, partir de una norma que divide a los internos en grupos facilita que se adopten medidas generales y cuasi automáticas para sus miembros (55). La propia Instrucción 12/2011 se contradice cuando admite que «la individualización de dichas circunstancias – las personales del penado– puede satisfacerse con la concurrencia de rasgos comunes a los pertenecientes a un colectivo concreto o a una organización (STC 141/1999, de 22 de julio)» (56).

Por tanto, la pertenencia al fichero FIES se traduce en mayores restricciones regimentales para los grupos de internos en que se divide. Y de nuevo, a pesar de la mayor parte de las restricciones se adoptan dentro los límites que marcan la LOGP y el RP (57), la dinámica de mayor celo que se establece en torno al fichero y los internos que lo componen, provoca que en ocasiones la propia Instrucción 12/2011 se extralimite. Así, cuando determina que «periódicamente y por estrictas razones de seguridad, serán cambiados de celda. Dichos cambios no se efectuarán con una periodicidad inferior a dos meses, salvo que

(54) En el mismo sentido, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Reforma del Reglamento Penitenciario en el laberinto», en *Diario La Ley*, n. 7543, Sección Doctrina, 10 de enero de 2011. El autor es contrario a la interpretación que realiza el TS sobre el hecho de que la pertenencia al fichero FIES implique una restricción de derechos más allá de las que se derivan de la propia aplicación de la normativa penitenciaria. No obstante, una vez establecida dicha interpretación, no queda otra opción que proceder a su regulación en una norma con rango de ley. En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 178, donde refiere que: «Es en la LOGP y no en el RP donde con precisión deben recogerse aquellas normas de las que pueda derivarse un riesgo para los derechos fundamentales del penado». Igualmente, en «Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)», *Eguzkilore*, n. extraordinario 12, 1998, pp. 101-102.

(55) RÍOS MARTÍN, J. C., *CDP*, 1998, p. 16; RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, p. 659.

(56) Instrucción 12/2011, SG. II. PP., ob. cit., p. 4.

(57) ARRIBAS LÓPEZ, J. E., *Diario La Ley*, 2009, sigue la interpretación de la AN en su Sentencia de 01 de marzo de 2004 antes mencionada, considerando que la Instrucción 12/2011 no establece limitaciones regimentales más allá de las previstas por la LOGP y el RP. Sin embargo, a nuestro entender, el exceso de las instrucciones es más sutil, pues por su propia estructura y dinámica de funcionamiento, sí que acaba suponiendo una forma determinada de aplicar la normativa penitenciaria, tanto en términos de régimen, como con incidencia en el tratamiento.

existan motivos concretos para hacerlo de modo inmediato» (58). Con ello, se introduce una medida limitadora desde el punto de vista regimental, prevista en el nuevo art. 65.1 RP, pero respecto de la que, a diferencia de lo que sucede con recuentos, cacheos y requisas, no existe habilitación legal alguna (59).

Más allá de lo anterior, y por ese halo de peligrosidad que se presupone a sus miembros, lo cierto es que la inclusión en el fichero también acaba teniendo consecuencias en la valoración tratamental que se pueda hacer respecto de determinadas salidas. En definitiva, no sólo se favorece la aplicación general de mayores medidas de seguridad para los internos FIES, sino también su exclusión del inicio de la trayectoria de reinserción (60). Como acertadamente apunta Cervelló Donderis, «aunque actualmente ya no se trate de una clasificación (de hecho puede ser FIES quien no está en primer grado y viceversa) sino de una base de datos para disponer de mayor información sobre las circunstancias penales, procesales y penitenciarias de determinados grupos de reclusos, todavía siguen vigentes las denuncias sobre su improcedencia e ilegalidad por ser un régimen encubierto sin la debida autorización judicial que permite un endurecimiento similar al régimen cerrado. Además preocupa la utilización que se puede hacer de estos datos para la posterior denegación de permisos o comunicaciones y que en definitiva suponga una restricción de derechos sin la debida cobertura legal, aunque al menos ahora el RP ya los regule» (61).

Desde nuestro punto de vista, sería conveniente plantear modificaciones legales orientadas a dar cobertura a la problemática que trata-

(58) Instrucción 12/2011, SG. II. PP., ob. cit., p. 12.

(59) A pesar de que la STC 89/2006, de 27 de marzo, determina que la celda que ocupa un interno en un centro penitenciario no es su domicilio en el sentido constitucional del término —«tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público»—, el Alto Tribunal reconoce en esa y otras sentencias (STC 283/2000, de 27 de noviembre) que «es innegable que la celda de un centro penitenciario es un ámbito de intimidad para su ocupante, un espacio apto para desarrollar vida privada, en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión». Por tanto, cualquier medida regimental que afecte la permanencia o el desenvolvimiento del interno en la misma afecta al derecho fundamental a la intimidad, debiendo contar con habilitación legal para ello.

(60) Aunque en minoría, así lo han destacado algunas resoluciones como el AJVP n. 3 de Madrid de 14 de julio de 1995 antes mencionado y, especialmente, el AAP de Madrid n. 571/1997 al destacar que: «raro será que el control adecuado y especial seguimiento no afecten cuando menos a la vida regimental y probablemente también a la vigilancia y al propio sistema de clasificación».

(61) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 233. En sentido similar, RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, pp. 663-664.

mos. De manera que, al margen de cualquier configuración grupal, se habiliten instrumentos legales que, concurriendo determinadas circunstancias personales, permita una intensificación de las medidas de seguridad sobre aquellos internos en los las mismas concurren. Y ello, repetimos, en función de las características que en ese momento dado manifiesten individualmente y no por su pertenencia a un grupo establecido en un fichero configurado tan al margen de la ley (62). A su vez, aplicar en esta materia tan sensible la técnica jurídica más depurada acabaría con las especulaciones que genera su tratamiento normativo actual de carácter formal meramente interno. Prescindir de los grupos FIES como tal estructurados y rescatar de cara al público la norma que se propone acallaría las discusiones tan estériles que acompañan la situación actual y desenfocan el objetivo de la verdadera peligrosidad que muchos de los internos FIES suponen (63). En palabras de Arribas López: «(...) a nuestro juicio, sería necesario no ya proceder a una modificación del RP/1996, sino a iniciar el camino de una reforma de la propia LOGP que, después de una profunda reflexión y valoración, terminase de una vez por todas con la polémica generada con respecto al FIES y la adopción de medidas de seguridad más intensas sobre determinados internos» (64).

En este contexto normativo, y en tanto se producen las modificaciones legales necesarias en el medio penitenciario, la nueva LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos y garantía de los derechos digitales, supone una excelente oportunidad para reconducir el uso del fichero en los términos que la STS de 17 de marzo de 2009 plantea. Tal y como se infiere de los arts. 2, 22 y, especialmente, la DT cuarta de dicha norma, los datos personales relativos a la ejecución de sanciones penales se excluyen del ámbito de aplicación de esta norma. Por tanto, se equipara el régimen de tratamiento de datos por parte de la Administración Penitenciaria, de forma transitoria y en tanto no se implemente la Directiva (UE) 2016/680, al régimen de los conocidos como ficheros policiales del art. 22 LO 15/99 vigente a estos efectos. De acuerdo con el art. 23.1 LO 15/99 que determina el régimen jurídico de este tipo de ficheros: «1. Los responsables de los ficheros que contengan los datos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del artículo anterior podrán denegar el acceso, la rectificación o cancelación en

(62) RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, pp. 664-666, exponen mecanismos ya existentes en la normativa penitenciaria que permitirían alcanzar la finalidad que el fichero se propone, de manera más garantista y adecuada a la finalidad penitenciaria.

(63) En este sentido, BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 143-144.

(64) ARRIBAS LÓPEZ, J. E., *Diario La Ley*, 2011, p. 10.

función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando».

Siendo esto así y considerando especialmente el contexto normativo antes expuesto en el que se encuentra el fichero FIES, la LO 3/2018 y, a través de ella, la LO 15/99, pueden aportar un encaje de legalidad al mismo en tanto se implementa la Directiva (UE) 2016/680 sobre ficheros policiales mediante una norma de rango legal específica. Así, tomando como criterios tanto de inclusión como de limitación de los antiguos derechos ARCO, los del art. 23 LOPD antes transcrito –la «defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando»–, podremos reconducir el uso del fichero FIES a lo que es estrictamente necesario. De este modo, teniendo en cuenta las consecuencias limitadoras tanto regimentales como tratamentales que la inclusión en el fichero conlleva, y que han sido reconocidas por algunos JJVP y por el TS en su sentencia de 2009, su uso no sólo respondería al principio de minimización propio de la normativa en protección de datos, sino que, por esas limitaciones que implica, se adaptaría al estándar normativo de la legalidad que el TS reclama, aunque éste venga referido a una norma no penitenciaria, sino específica sobre protección de datos (65).

3. INCIDENCIA TRATAMENTAL DE UN SISTEMA QUE SE CONTRADICE

El análisis llevado a cabo muestra una construcción de garantías jurídicas ad hoc para los internos en centros penitenciarios que nada o poco tiene que ver con la que sustenta las garantías habituales para el resto de los ciudadanos. A su vez, ello nos da idea de cómo el concepto de relación de sujeción especial sigue justificando la situación jurídica diferenciada que de facto se produce. Mapelli Caffarena refiere que «en el reconocimiento del condenado como miembro de pleno derecho de la comunidad jurídica (art. 25.2 CE) hay todavía

(65) SOLAR CALVO, P., «Fichero FIES y LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales. Una oportunidad para su legalización», en *Diario La Ley*, n. 9365, 25 de febrero de 2019, pp. 6-8; de forma más resumida, «Límites al Fichero FIES en la nueva LO de Protección de Datos. Una oportunidad para el cambio», en *Legal Today*, 15 de marzo de 2019.

grandes dosis de formalidad. Cuando los principios generales pasan a ser desarrollados por las normas especiales e interpretados por los tribunales se observa cómo sufren un proceso de debilitamiento». En este sentido, «la relaciones especiales de sujeción corren el peligro de convertirse en una especie de legitimación global que puede emplearse por la administración penitenciaria tanto para resolver según sus propias necesidades aspectos no contemplados por las normas penitenciarias como hacer de ellas interpretaciones más estrictas o extensivas. Su propia indeterminación favorece su uso como una auténtica teoría del poder en un ámbito particularmente frágil y en donde los riesgos de lesiones graves e irreversibles a los derechos fundamentales son evidentes» (66).

La incidencia de esta situación en la finalidad de la labor penitenciaria es sutil y ha sido poco abordada, pero no por ello es menos relevante. Si de acuerdo con el art. 25.2 CE y el art. 1 LOGP, el objetivo principal de la pena privativa de libertad es la reeducación y reinserción social de los condenados como ciudadanos responsables y autónomos, la situación que describimos conlleva ciertas contradicciones internas que hacen mella en el logro de dicho objetivo.

En primer lugar, resulta un tanto falaz, que el sistema penitenciario exija a los internos el respeto a sus normas, siendo ese mismo sistema el que no respeta sus derechos y garantías jurídicas fundamentales. A su vez, se trabaja en la reinserción en términos de igualdad, cuando el sistema constantemente les está recordando que son distintos. Con ello, y en contra de los principios más básicos del tratamiento, se genera la idea de un microcosmos penitenciario, altamente favorable a la *prisionización*, pero que dificulta enormemente la adaptación posterior al mundo exterior normalizado, reforzando dos conductas negativas los internos. De un lado, su enfrentamiento institucional, en la medida en que consideran que la situación jurídica en la que se hallan es injusta. De otro, una especie de indefensión aprendida, conforme a la que los internos aprenden que con independencia de cualquier conducta que realicen, de cualquier mejora tratamental que lleven a cabo, siempre van a ser tratados de manera diferente al resto de los ciudadanos. Algo así como si sus esfuerzos no fueran a servir realmente para avanzar en lo que a mejora vital y personal se refiere (67).

En definitiva, la pervivencia del concepto de relación de sujeción especial y sus consecuencias en el ámbito penitenciario no solo genera

(66) MAPELLI CAFFARENA, B., *Eguzkilore*, 1998, pp. 88 y 95-96, respectivamente.

(67) SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., *Diario La Ley*, 2013, pp. 11-12.

una situación de facto injusta, sino que justifica conductas del todo contraproducentes a los fines de responsabilidad y autonomía que la norma penitenciaria pretende.

Como acertadamente refiere Mapelli Caffarena, «Estos y otros ejemplos de desmesura penitenciaria no sólo llaman la atención porque se hacen contra la propia ley, sino porque lejos de toda lógica jurídica, se hacen contra aquellos mismos derechos que se pretenden promocionar para asegurar las metas de la institución» (68).

Todo ello con implicaciones globales que afectan al conjunto del sistema de cumplimiento que incumple el mandato del art. 25.2 CE en dos de sus premisas: se aleja de su finalidad eminentemente resocializadora, a la par que restringe los Derechos Fundamentales de los internos más allá del mandato de la ley y el sentido del fallo condenatorio.

Siguiendo al mismo autor, «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 especial 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 regido por la idea de supremacía de la Administración. La Administración Penitenciaria solo está legitimada a restringir 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» (69).

(68) MAPELLI CAFFARENA, B., *Eguzkilore*, 1998, pp. 89.

(69) MAPELLI CAFFARENA, B., *EPyC*, 1993, pp. 325-326. Igual de crítico con la situación, destaca su incompatibilidad con el éxito del tratamiento penitenciario y su objetivo de reinserción, TÉLLEZ AGUILERA, A., «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», *ADPCP*, t. 52, 1999, pp. 323-333.

4. PROPUESTAS PARA UN NECESARIO CAMBIO DE PARADIGMA

Ante esta situación, los cuarenta años de la promulgación de la LOGP, pueden ser un buen motivo de reflexión para el necesario cambio de paradigma que reclamamos. Desde nuestro punto de vista, dos aspectos fundamentales son necesarios para ello. En primer lugar, avanzar en la interpretación del art. 25.2 CE en el sentido marcado por el propio texto al que pertenece. Esto es, considerar la reinserción como un derecho subjetivo de los internos y no un mero mandato al legislador (70).

Como acertadamente señala Téllez Aguilera, «la apuesta porque el interno es un ciudadano como otro cualquiera sujeto a la Administración por una relación jurídica cuyo marco jurídico viene encabezado por el art. 25.2 del texto constitucional e integrado por una serie de derechos que no pueden ser limitados por una vetusta teoría decimonónica, permitirá desterrar esa tan arraigada como errónea creencia de que el recluso es un ser inerte, sometido a la Administración, la cual, siguiendo un «mandato del legislador» dirige su actuación desde parámetros reinsertadores. Reconocer la existencia de un auténtico derecho a la reinserción social del delincuente, sin miedos infundados ni ambages, se torna una asignatura pendiente, que una vez superada permitiría concebirlo como un sujeto activo que exige la realización de sus derechos y no un mero sujeto pasivo de la bondad y misericordia de la Administración» (71).

En segundo lugar, y derivado de lo anterior, reconocer a los internos su derecho a la reinserción, ayudaría a adelgazar el concepto de tratamiento y trabajar por su diferenciación de lo que supone el mero cumplimiento regimental de la normativa interior de un establecimiento. En palabras de Gallego Díaz, «al haber incorporado el RP 1996 un concepto de tratamiento distinto –más amplio y formativo– del que profesa la LOGP y, en consecuencia, una mayor difusión y porosidad entre régimen y tratamiento, las actividades de régimen pueden tener al mismo tiempo la consideración de actividades de tratamiento y lo que en principio tendría que ser un derecho constituye al mismo tiempo un deber del interno» (72). Ello a su vez con tres con-

(70) Sobre los motivos que han conducido a esta interpretación, PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: Nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 288-291.

(71) TÉLLEZ AGUILERA, A., *ADPCP*, 1999, pp. 326 y 334.

(72) Como señala GALLEGO DÍAZ, M., «Tratamiento penitenciario y voluntariado», *REP*, n. extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, pp. 117-118.

secuencias básicas. De un lado, el contenido del tratamiento tendría una calidad superior (73). De otro, el régimen recuperaría su auténtica dimensión y las restricciones de libertad que conlleva la propia condena dejarían de concebirse como actividades intrínsecamente buenas, eminentemente destinadas a lograr el bienestar de los internos mediante el tratamiento. Finalmente, el tratamiento, al desligarse del régimen, desplegaría su verdadera condición de actividad voluntaria, tal y como determina el art. 112 RP (74).

En el sentido que defendemos, la Doctrina Vinter (Sentencia de 09 de julio de 2013 Gran Sala TEDDHH), asume el pensamiento generalizado en la doctrina europea sobre la separación de fines que deben considerarse a la hora de imponer la pena en sentencia de aquellos que deben regir en sentido estricto en la fase de ejecución penitenciaria de la pena de prisión. Si en la sentencia se consideran los fines retributivos y preventivos de la pena, tanto en sentido general como especial, la entrada en prisión supone que el único fin legítimo que ha de determinar el régimen de cumplimiento es el de la reinserción. De este modo, la diferenciación entre el estatus de condenado (estatus durante el proceso) y el estatus de penado (estatus durante la ejecución), como sucede nítidamente en Alemania, es la única que posibilita elevar los estándares de respeto de los derechos fundamentales de los internos. Entre ellos, especialmente, el derecho a la reinserción, pero también en relación con otros derechos y garantías como hemos analizado.

De acuerdo con esta línea, Landa Gorostiza señala que «Alemania bien podría erigirse en un modelo inspirador donde la estricta separación del estatus de condenado y de estatus de penado han sentado las bases sobre las que un activo tribunal Constitucional ha ido elevando los estándares de respeto de los derechos fundamentales –y el de reinserción– en el ámbito de las prisiones ya desde la década de los años 70 del siglo pasado. El camino entonces iniciado parece que comienza a ser asumido –y generalizado– de forme paulatina por la doctrina emergente del TEDDHH. Deberíamos entonces preguntarnos si, al margen de la –por desgracia remota– posibilidad de que el legislador español obrara en consecuencia corrigiendo los excesos y desviaciones señaladas, no es ya tiempo de que el TC español tome cartas en el asunto y revise un estándar «esclerotizado» de reinserción, en que este es reconocido simplemente como un fin más entre otros en la fase de

(73) TÉLLEZ AGUILERA, A., *ADPCP*, 1999, p. 335.

(74) TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 47, apuntan como «una de las graves contradicciones internas de nuestra legislación penitenciaria, convertir en columna vertebral del sistema de cumplimiento y en fin del régimen penitenciario un elemento del que el interno puede disponer».

ejecución lo que, de hecho, sirve un expediente de control de las decisiones de la AP en este terreno débil e inane, y que acaba por relegar a España en este sector de actividad en los vagones de cola de un tren europeo que, aquí sí que para bien, ya puso a su cabeza la locomotora alemana hace más de 30 años» (75).

5. A MODO DE EPÍLOGO. LA STS 222/2019, DE 21 DE FEBRERO, SOBRE LOS GASTOS DE SALUD

Finalizamos el presente trabajo con la relevante y reciente resolución del TS sobre la responsabilidad de la Administración Penitenciaria de abonar los gastos médicos de todos los internos, sin distinguir por su condición de asegurados. Su análisis muestra hasta qué punto el tan denostado concepto de relación de sujeción especial puede condicionar, aun hoy en día, y al margen de los restantes supuestos normativos destacados, la solución jurídica que en un supuesto de hecho y en relación con los internos, finalmente se adopta. De nuevo, sobre la base de este concepto y a pesar de las contradicciones que ello conlleva, se construye un espacio jurídico para los internos, específico y separado del que les corresponde como ciudadanos.

En este sentido, el TS, de acuerdo con el Tercer Fundamento de Derecho, apunta que: «(...) Nuestra solución –que, adelantamos, coincide con la de la sentencia recurrida– parte de dos consideraciones, derivadas de la normativa que más arriba se ha transcrito –arts.207, 208 y 209 RP–: la primera, que la protección integral de la salud del interno es un deber que se impone a la administración penitenciaria, a cuyo cargo tiene a una persona vinculada a ella por una evidente relación de sujeción especial; la segunda, que no hay un solo precepto legal o reglamentario que disponga que el coste de la asistencia sanitaria (cuando es dispensada a los presos fuera del establecimiento y por medios ajenos a la institución penitenciaria) deba ser sufragado por el titular de la institución sanitaria que presta dicho servicio».

Frente a ello, el brillante voto particular emitido por el magistrado Maurandi Guillén, parte de una postura argumental diferente con resultados opuestos a la resolución que se comenta. En lugar de tener en cuenta la existencia o no de la tan discutida relación de sujeción

(75) LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y TEDDHH», en LANDA GOROSTIZA, J. M. (Dir.), GARRO CARRERA, E., ORTUBA Y FUENTES, M. (Coord.), *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 67.

especial del interno con la Administración Penitenciaria, asume como normativa básica la del común de los ciudadanos beneficiarios del Sistema de Seguridad Social. De este modo, « puede concluirse que las atenciones o servicios sanitarios dispensadas por el SNS podrán ser reclamadas, reconociendo en ellos la condición de usuario privado, a los sujetos jurídicos o entidades siguientes: (1) a las personas físicas que, a solicitud de ellas mismas, hayan recibido directamente la asistencia sanitaria; (2) a los sujetos o entidades sanitarias que actúan como usuarios indirectos del SNS, por actuar en relación con personas físicas frente a las que asumieron el compromiso de dispensarles asistencia sanitaria encuadrable en una relación de derecho privado y, ante las dificultades de hacerlo con sus propios medios derivaron a aquellas hacia el SNS y solicitaron de este que efectuara esta dispensa; y (3) que estos últimos resultan encuadrables en el supuesto de terceros obligados que enumera el apartado 7.c) del anexo IX al que se remite el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre».

Por todo ello: «La toma en consideración de estos mandatos permite, a su vez, estas conclusiones: 1) El deber de asistencia sanitaria a los internos que, por ser afiliados a un Régimen de la Seguridad Social, merezcan la condición de usuarios con derecho a la asistencia sanitaria de los Servicios de Salud, podrá ser cumplido por la Administración penitenciaria trasladando a esos internos al correspondiente Servicio de Salud; y así debe ser considerado en aplicación de lo establecido en el apartado dos del artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Y esta asistencia sanitaria deberá correr a cargo del Servicio de Salud según lo que se razonó con anterioridad. 2) En lo que hace a la asistencia sanitaria que por parte de la Administración Penitenciaria se reclame en cualquiera de los Centros del Sistema Nacional de Salud (SNS) para internos no afiliados en el sistema de Seguridad Social, dicha Administración Penitenciaria tendrá la condición de usuario privado indirecto del SNS; y, en consecuencia, el correspondiente Servicio de Salud podrá exigir y facturar el importe de la asistencia dispensada».

Desde nuestro punto de vista y como ya hemos adelantado, la clave del conflicto, el diferente enfoque de las posturas en choque, radica en la utilización, de nuevo, del concepto de relación de sujeción especial para dirimir el cómo y hasta dónde de los derechos de los internos. Si atendemos al art. 25.2 CE, los internos cuentan con los mismos derechos que los ciudadanos libres en tanto esto sea compatible con el cumplimiento de la condena de privación de libertad. Sin embargo, en la interpretación normativa, de forma prácticamente constante, situamos por encima su condición de internos antes que su

condición de meros ciudadanos privados de libertad. Ello provoca que, en la resolución de una controversia jurídica sobre la determinación de sus derechos, acudamos primero a la normativa penitenciaria, aunque, como sucede en el caso expuesto, solo alcance rango reglamentario, antes que a la normativa general de carácter legal.

Como resultado de este proceder, la resolución brevemente comentada alcanza un fallo que no solo establece un régimen específico dentro de la normativa sobre Seguridad Social, sino además contrario a la normativa básica cuyo análisis aborda. Como se refiere en su texto: «la disposición adicional sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, prevé la transferencia a los órganos autonómicos de salud, mediante real decreto y en el plazo de los dieciocho meses siguientes a la entrada en vigor de dicha ley, de los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias, que pasarán a integrarse en aquel Sistema conforme al método de traspasos establecido estatutariamente» (76). Esto es, a pesar de que está previsto que la sanidad penitenciaria se incorpore al sistema general transferido a las Comunidades Autónomas, la lógica jurídica de la relación de sujeción especial sigue justificando, por mayoría, el régimen específico de cobertura de los internos en centros penitenciarios.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016.
- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, J./ RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, MAD, Madrid, 2006.
- ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Seguridad en los centros penitenciarios», en De Vicente Martínez, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 263-302.
- ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Reforma del Reglamento Penitenciario en el laberinto», *Diario La Ley*, n. 7543, Sección Doctrina, 10 de enero de 2011.
- «La Sentencia del y Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 y las Instrucciones y Órdenes de Servicio de la Administración Penitenciaria», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, n. 7269, 26 de octubre de 2009.

(76) Se profundiza en LACAL CUENCA, P. SOLAR CALVO, P., «STS 222/2019, de 21 de febrero, sobre gastos sanitarios en prisión. De nuevo, la relación de sujeción especial», en *Diario La Ley*, n. 9406, 02 de mayo de 2019.

- ASENCIO CANTISÁN, H., «Régimen disciplinario y procedimiento sancionador», *REP*, n. extra, 1989.
- BARAS GONZÁLEZ, M., «El régimen penitenciario», en De Vicente Martínez, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 125-149.
- BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario)*, Dykinson, Colección Biblioteca de Criminología, Madrid, 2017.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA ROFRÍGUEZ, L. (Coords.), FERNÁNDEZ GERCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIES-1 (CD)», *EPyC*, n. 23, 2001-2002.
- BUENO ARÚS, F., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2010*, CGPJ, Madrid, texto refundido y depurado a mayo de 2010.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- «Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES», *La Ley Penal*, n. 72, 2010.
- «La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa», *EPyC*, n. 19, 1996.
- DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en De Vicente Martínez, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 303-342.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016.
- GALLEGO ANABITARTE, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad en la Administración», *Revista de administración pública*, n. 34, 1961.
- GALLEGO DÍAZ, M., «Tratamiento penitenciario y voluntariedad», *REP*, n. extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013.
- GARCÍA MACHO, A., *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992.
- JIMÉNEZ BLANCO, A., «Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la Jurisprudencia del TS», *La Ley*, n. 1968, 13.05.88.
- LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., «STS 222/2019, de 21 de febrero, sobre gastos sanitarios en prisión. De nuevo, la relación de sujeción especial», *Diario La Ley*, n. 9406, 02.05.19.
- LADRON PIJUÁN, L., «Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1. n. 1, 1998.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, en Landa Gorostiza, J. M. (Dir.), Garro Carrera, E., Ortuba y Fuentes, M. (Coords.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 37-71.

- LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Principios del Derecho Penal (I). El principio de Legalidad y las Fuentes del Derecho Penal», en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, p 59-88.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994.
- MALDONADO CANITO, P. J., «Limitaciones regimentales y medidas de protección personal», *CDP*, n. 3, mayo 1998.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.
- «Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)», *Eguzkilore*, n. extraordinario 12, 1998.
- «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *EPyC*, n. 16, 1993.
- MATA Y MARTÍN, R. M., «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *RGDP*, n. 14, 2010.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: Nociones generales», en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 255-293.
- PÉREZ YÁÑEZ, E. M., «Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1. n. 1, 1998.
- RENART GARCÍA, F., *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, Universidad de Alicante, 2002.
- RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABETIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.
- RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *La Mediación Penal y Penitenciaria: Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008.
- RÍOS MARTÍN, J. C., «Los ficheros de internos de especial seguimiento», *CDP*, n. 3, mayo 1998.
- SOLAR CALVO, P., «Fichero FIES y LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales. Una oportunidad para su legalización», *Diario La Ley*, n. 9365, 25 de febrero de 2019; de forma más resumida, «Límites al Fichero FIES en la nueva LO de Protección de Datos. Una oportunidad para el cambio», *Legal Today*, 15 de marzo de 2019.
- «¿Se debe castigar lo que sucede más allá de la prisión?», *Legal Today*, 27 de marzo de 2019.
- «Régimen disciplinario en las cárceles: cuestiones que motivan su reforma», *Diario La Ley*, 2010, n. 7440, 07 de julio de 2010.
- con ALONSO MARTÍNEZ, S., «La necesidad de reforma del régimen disciplinario en prisión», *Diario La Ley*, n. 9198, 16 de mayo de 2018.

- con LACAL CUENCA, P., «El aislamiento en prisiones: usos múltiples y múltiples justificaciones», *Diario la Ley*, n. 8154, Sección Doctrina, 20 de septiembre de 2013.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., SAPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», *ADPCP*, t. 52, 1999, pp. 323-338.
- VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.