

**RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECIÓN
Y LEGALIDAD EN BRASIL. ANÁLISIS DE LA
APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE SUJECIÓN
ESPECIAL EN EJECUCIÓN PENAL BRASILEÑA***

SPECIAL RELATIONSHIP OF SUBJECTION AND LEGALITY
IN BRAZIL. AN APPLICATION ANALYSIS OF THE SPECIAL
RESTRAIN THEORY IN BRAZILIAN EXECUTION.

Nilson Dias de Assis Neto**

* Artículo de investigación postulado el 15/03/2023 y aceptado para publicación el 29/06/2023

** Investigador en la Universidad de Barcelona

nilsondiasdeassisneto@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-9212-7978>

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación es estudiar el desarrollo histórico que conllevó a la configuración actual de la teoría de las relaciones de sujeciones especiales desde su origen en la doctrina jurídica de la Alemania del siglo XIX hasta su reformulación en el siglo XX con el juzgado del Tribunal Federal alemán en 1972. En la búsqueda, verificamos que, tras permitir una actuación de la Administración sin respeto a la legalidad y, con efecto, sin un control judicial efectivo, la teoría fue cambiada, a partir de la influencia de doctrinas constitucionalistas, para respetar los derechos fundamentales y humanos de todos los ciudadanos. A partir de ello, analizamos la aplicación y la influencia de la relación de sujeción especial en la ejecución penal de Brasil, en la cual hallamos una fuerte resistencia en hacer la mudanza de paradigma que permitió a la teoría respetar a los derechos de los presos.

PALABRAS CLAVES

teoría de la relación especial de sujeción; Administración; derechos fundamentales; derechos humanos; límites; ejecución penal; y Brasil.

SUMARIO

Introducción.
La Teoría de la Relación Especial de Sujeción o de Sujeción Especial.
La Teoría de la Sujeción Especial en la Ejecución Penal en Brasil.
Conclusiones.
Referencias.

ABSTRACT

The purpose of this research is to study the historical development of how the current configuration of relation theory of special restraints transited from its origin in the German Legal Doctrine of 19th century to its reformulation in the 1972 German Federal Court of Justice in the 20th century. The search verifies that allowing the administration to act without regard for legality effects, the effectiveness of the judicial control. The theory was changed, based on the influence of constitutionalist doctrines. It allowed for the citizens fundamental human rights to be respected. The application and influence of the special subjection relationship in criminal execution in Brazil produces resistance in the paradigm change. This change would allow the theory to respect the prisoner's human rights.

KEYWORDS

Theory of the Special Subjection Relationship; Administration; Fundamental Rights; Human Rights; Limits; Criminal Execution; and Brazil.

Introducción

En Brasil, no son raras las limitaciones de derechos de las personas privadas de libertad realizadas por la Administración penitenciaria como, por ejemplo, restricción de consumo de determinados alimentos y obligación de los hombres de quitarse todo el pelo y la barba. Algunas pocas veces, las limitaciones impuestas por la Administración carcelaria llegan a salir en la prensa, cuando involucran derechos más sensibles como los del preso asistir al funeral de familiares y recibir visitas.¹

Eso es exactamente el tema de la presente investigación: la teoría de la relación de sujeción especial como fundamento para limitaciones de derechos fundamentales y humanos de los presos. Más específicamente, estudiaremos cómo la relación de sujeción especial nació y cómo pasó por un verdadero cambio de paradigma sin el cual la teoría deja de ser compatible con los ordenamientos jurídicos de los países democráticos, principalmente para su aplicación en el ámbito de la ejecución penal.

Preguntémonos: ¿qué es la doctrina de la relación de sujeción especial y cómo ella fue desarrollada?; ¿por cuáles cambios pasó la relación especial de sujeción que produjeron su arquetipo actual?; ¿cómo la teoría de la relación de sujeción especial influencia la ejecución penal, de forma más delimitada el sistema penitenciario de Brasil?; y ¿cómo el Poder Judicial brasileño compatibiliza actualmente en su jurisprudencia mayoritaria el principio de la legalidad con aquella relación?

Por lo tanto, nuestro objetivo general es investigar cómo la doctrina de la relación de sujeción especial surgió, con qué características y con qué configuración, por qué cambios pasó que resultaron en el paradigma actual de aquella doctrina. A partir del general, nuestro objetivo específico es verificar cómo aquella teoría influencia la ejecución penal y principalmente cómo la jurisprudencia dominante de Brasil sufre mayor influencia de su versión más antigua o de su concepción más moderna.

En este estudio, tendremos una metodología de análisis histórico de aquella doctrina en comparación con su consistencia en distintas épocas de la misma teoría, bien como de un análisis por inducción de ejemplos de entendimientos considerados dominantes en Brasil sobre aquella doctrina, por medio de los cuales buscamos verificar qué aplicación le da el Poder Judicial de Brasil.

Detalladamente, la metodología de la investigación de ese trabajo teórico de revisión bibliográfica consistió en la búsqueda de los términos “relación especial de sujeción”, “cárcel” o “prisión” o “penitenciaria” o “penal” y “Brasil”, en portugués, español e inglés, en la base de datos *Web of Science*, durante el curso de la asignatura Organizaciones e Instituciones del Sistema Penal en la Universidad de Barcelona.

Entre febrero y abril de 2022, fueron seleccionados alrededor de diez artículos que componen la bibliografía central del presente estudio con fundamento en el criterio de la relación con sus objetivos, sin perjuicio de que otras fuentes fueran añadidas por su pertinencia y representatividad para el tema. Por tanto, contaremos con marco teórico en investigaciones semejantes como las de Rivera, Adamy, Roig, Melo y Novais.²

1 Melo, João Marcos Braga de, A necessidade de se observar o princípio da legalidade na execução Penal, Consultor Jurídico, Brasil, 2019. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/joao-braga-melo-principio-legalidade-execucao-penal>. Sitio consultado el 15.03.2022.

2 Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

Así, nuestra investigación está dividida en dos capítulos en un estudio continuo: I) un primero capítulo en relación con el origen de la teoría de la relación de sujeción especial, con su desarrollo histórico que llevó a su configuración actual en los ordenamientos jurídicos de *civil law*; y II) un segundo capítulo relativamente a la aplicación de la doctrina de la relación de sujeción especial en el ámbito de la ejecución penal, especialmente en la aplicación de la jurisprudencia del Poder Judicial de Brasil.

La Teoría de la Relación Especial de Sujeción o de Sujeción Especial

En conformidad con la doctrina jurídica tradicional, no se puede poner en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica especial entre el Estado y la persona. Sin embargo, ¿cuál es la teoría que es fundamento de tal entendimiento jurídico? Esta es la teoría de sujeción especial o de especial sujeción desarrollada desde el final del siglo XIX, para justificar la distinción de algunas relaciones entre algunas personas y el Estado de la relación común Estado-ciudadano.

Desde 1885, el jurista alemán Otto Mayer ya utilizaba las expresiones “relaciones especiales de poder (*besonderes Gewaltverhältnis* en el original)”³ para hacer la oposición con las “relaciones generales de poder (*großes Gewaltverhältnis* en el original)”⁴. En tal diferenciación, Mayer conceptualizaba las relaciones especiales de poder como un espacio jurídico en el cual la Administración tendría un amplio poder de actuación, pudiendo restringir los derechos de los súbditos más fuertemente.

En el mismo camino, el profesor Ernest Forsthoff caracterizaba la relación especial de sujeción como una verdadera “brecha en el derecho”⁵, consistiendo en la posibilidad de determinación de la condición de los sujetos especiales por los poderes estatales que sobre ellos incidieran a partir de una relativización de la legalidad. Aunque sea una creación en el ámbito del Derecho Administrativo, los principales derechos involucrados son los derechos fundamentales, humanos y su protección jurisdiccional.

De hecho, conforme el profesor MONCADA, tales relaciones especiales de sujeción designaría “un sector de la actividad estatal marcado por un enflaquecimiento de la regla jurídica con todas las características que resultan de eso”⁶. Esa teoría, para algunos, representó una disminución de la efectividad de los derechos de las personas bajo sujeción especial, pero, para otros, representó la propia ausencia de juridicidad de las normas que reglaban la relación entre el súbdito y el Estado, que casi todo podía.

La teoría de sujeción especial, creada antes de la Constitución de Weimar, mantuvo su aplicación mismo delante de la Carta Magna de Bonn y, a partir de Alemania, influenció casi toda Europa como, por ejemplo, Italia y España. Mientras en su origen histórico la doctrina jurídica alemana utilizaba el término “relaciones de poder especial”, la expresión consolidada para el mismo objeto fue distinta: relaciones de sujeción especial, que también es la

3 Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

4 Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

5 Forsthoff, Ernest apud Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

6 Moncada, Luís S. Cabral de, *Lei e Regulamento*, Portugal, Coimbra Editora, 2002, p. 439.

utilizada por el Tribunal Constitucional de España.⁷

Según la profesora Ramírez, por la teoría de la sujeción especial o teoría del poder especial, “se diferenciaban dos tipos de relaciones que se tejían entre los ciudadanos y la administración. Así, la primera de las mencionadas conexiones hace referencia al vínculo existente entre el Estado y el ciudadano común: mientras que la segunda relación era la generada entre el Estado y determinados colectivos que ostentaban un estatus especial”⁸.

Exactamente en el segundo grupo de relaciones, estarían lo que hoy se ha consolidado bajo el nombre de relaciones de sujeción especial, es decir, un grupo de persona que, por su tipo de relación distinta delante del Estado, tiene un reglamento diferente de los demás ciudadanos. En esos grupos de personas, aunque surgidos originalmente con relación al Derecho Administrativo, se fueron poniendo colectivos como estudiantes, funcionarios, militares y presos⁹.

Esa teoría, así, tuvo aplicación hasta 1972 en el ordenamiento jurídico alemán, a partir de cuando fue modificada por una importante decisión del Tribunal Constitucional Federal en la cuestión de derechos fundamentales de personas bajo sujeción especial, como los presos. El nuevo planteamiento jurídico, a partir del debate alrededor del derecho constitucional al sigilo de la correspondencia, produjo una reformulación de la relación entre el Estado y las personas en respeto a los derechos fundamentales.

La decisión en cuestión trataba de la posibilidad o no de lectura de la correspondencia de un preso, en la cual él hacía consideraciones ofensivas al director de la institución penitenciaria. Entonces, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania decidió que el preso, aunque sometido a una relación especial, todavía debería tener sus derechos fundamentales garantizados, especialmente, el derecho a la libre manifestación de su pensamiento.

Además, consideramos que la expresión sujeción es preferible a poder, contrariando la doctrina más antigua del instituto, porque consideramos que el poder estatal es uno y permanece siempre lo mismo en un caso u otro. En verdad, en conformidad con profesor el Novais¹⁰, lo que cambia es la sujeción de las personas o no, por alguna razón personal o institucional, que la imponga un régimen jurídico diferenciado o el régimen jurídico general.

Por lo tanto, a partir de 1972, el Tribunal Constitucional Federal alemán impone una nueva lectura de la teoría de la sujeción especial con un nuevo abordaje de las relaciones de especial proximidad entre el Estado y los ciudadanos, bajo la perspectiva de los derechos fundamentales. A partir de ahora, el Estado (la Administración) pierde la facultad de establecer un área afuera de los límites legales, o sea, un espacio que estaba afuera del control judicial (de no derecho).

A partir de la decisión de 1972, tenemos una nueva concepción de la relación entre el Estado y los ciudadanos, en la cual los derechos fundamentales de las personas ganan especial valor, porque, aunque eventualmente estén sometidas al poder estatal, las relaciones especiales de sujeción no están más exentas de la conformación a las normas constitucionales y legales. Esa nueva concepción está basada en una relación de proximidad que ahora pasa a

7 España, Tribunal Constitucional, STC 120 de 27 de junio de 1990.

8 Ramírez, María Lourdes, Consideraciones a la Figura Jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Ámbito Español, *Vniversitas*, Colombia, Número 118, pp 273-291, enero-junio de 2009, ISSN: 0041-9060.

9 Ramírez, María Lourdes, Consideraciones a la Figura Jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Ámbito Español, *Vniversitas*, Colombia, Número 118, pp 273-291, enero-junio de 2009, ISSN: 0041-9060.

10 Novais, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Portugal, 2a Ed., Almedina, 2010.

tener “previsión constitucional y condiciones”¹¹.

Con la decisión del Tribunal Federal de Alemania, las leyes con limitaciones fundadas en necesidad e idoneidad son nuevos parámetros de interpretación de la relación especial de sujeción. Además, para configuración de una relación especial de sujeción, sería necesario la pertenencia¹² de la persona a alguna entidad estatal en una relación de proximidad entre el ciudadano y el Estado, en que se establezca una relación siempre jurídica distinta de la determinada con los demás en general.

Por su turno, esas relaciones de proximidad pueden ser relaciones de: I) pertenencia, en la cual la persona asume una posición que la permite actuar como agente estatal, como, por ejemplo, los funcionarios públicos y miembros del Poder Judicial; o II) sumisión, en la cual la legislación tiene previsión de la proximidad como consecuencia de alguna conducta de la persona, como, por ejemplo, las personas privadas de libertad y el servicio militar obligatorio.

Con ello, a partir de 1972, mientras para algunos se pueda hablar de una muerte de la teoría de la sujeción especial, es más adecuado considerar que hubo una fuerte transformación de teoría que modificó su interpretación con la imposición de límites de aplicación, lo que llevó al profesor Rivera Beiras a afirmar, en conclusión, que, “por primera vez, los fines de la pena no se diseñaban contra el penado sino tratando de comprometerlo en un programa positivo para su propia biografía”¹³.

Así, la relación especial de sujeción es caracterizada por una autorización al Estado para que él interfiera en los derechos fundamentales de alguien, siempre respetando los límites constitucionales y legales. Asimismo, fuera de gran respeto al principio de legalidad (obligación de hacer o no sólo lo que la ley impone)¹⁴ y de reserva legal (las limitaciones solamente pueden ser impuestas por norma con rango de ley)¹⁵, a partir de 1972, la teoría de sujeción especial debe obediencia a algunos otros límites.

Los demás límites, para Rivera Beiras¹⁶, serían los siguientes: I) que haya justificativa de la teoría siempre por la necesidad imprescindible de prestación de un servicio público; II) que las limitaciones no se establezcan en carácter general sino como resultado de un conflicto individualizado; y III) que el núcleo fundamental de los derechos constitucionales y humanos sea respetado por la limitación impuesta por el Estado en sujeción especial.

11 Kielmansegg, Sebastian Graf apud Adamy, Pedro, *Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição*, Revista Brasileira de Políticas Públicas. *Braslian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

12 En conformidad con ADAMY, “la pertenencia debe entenderse como una relación jurídica derivada de forma legal y legítima entre el individuo y el Estado, y la sumisión debe entenderse como una relación derivadas de obligaciones y consecuencias impuestas por la constitución o la legislación” (Adamy, Pedro, *Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição*, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. *Braslian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677).

13 Ribera Beiras, Iñaki, “La Doctrina de las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Comparado y Español”, Artículo presentado a las alumnas y los alumnos en el Máster de Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico-Penal entre enero y marzo de 2022 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

14 Mendes, Gilmar Ferreira & Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Brasil, Saraiva, 12a. Edición, 2017.

15 Mendes, Gilmar Ferreira & Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Brasil, Saraiva, 12a. Edición, 2017.

16 Ribera Beiras, Iñaki, “La Doctrina de las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Comparado y Español”, Artículo presentado a las alumnas y los alumnos en el Máster de Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico-Penal entre enero y marzo de 2022 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

Por lo tanto, en el ámbito de las relaciones públicas entre el Estado y los particulares, conforme al profesor Canotilho¹⁷, la comprensión de la teoría de las relaciones de sujeción especial cambió de una concepción en que la teoría sería impedimento para toda y cualquier eficacia de los derechos fundamentales a un entendimiento, en el cual la teoría no quita la aplicación de aquellos derechos, sino que puede añadir nuevos límites con fundamentación a las restricciones a su ejercicio.

Así, para la manutención del instituto de la teoría de la sujeción especial, creada antes de la moderna teoría constitucional y de los importantes desarrollos de los derechos fundamentales tras la segunda guerra mundial, según Adamy¹⁸, es condición sine qua non para la manutención de ella en los ordenamientos jurídicos democráticos su resignificación, que impone no tanto una relación con el Derecho Administrativo Sancionador en el cual nació, sino ahora con el Derecho Constitucional.

Con efecto, las Constituciones moderna todavía tienen relaciones jurídicas que son establecidas especialmente entre el Estado y las personas, reduciendo la distancia entre ellos. Por ejemplo, en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988¹⁹, son casos de especial proximidad entre el Estado y los ciudadanos previstos constitucionalmente: I) la limitación a los derechos políticos de militares (art. 14, § 2o, de la CF); y II) la limitación al derecho de huelga a los militares (art. 14, § 3o, de la CF).

Asimismo, también son: III) la limitación a los derechos laborales de los jueces y juezas (art. 95 de la CF); IV) la limitación a los derechos de locomoción de los jueces y juezas (art. 93, VII, de la CF); V) la limitación a los derechos políticos de la magistratura (art. 95 de la CF); VI) la limitación de los derechos laborales de los miembros de la Fiscalía (art. 129, § 5o, de la CF); VII) la limitación a los derechos de locomoción de los miembros de la Fiscalía (art. 129, § 2o, de la CF); entre otros ejemplos.

Por ello, corroborando el pensamiento del jurista Adamy²⁰ (2018), nos parece que sea más provechoso no negar la existencia de la teoría de la sujeción especial en los ordenamientos jurídicos modernos, como proponen algunos que hablan de la muerte de la teoría. En verdad, si el instituto murió, no hace sentido el estudio de su conformación a los derechos fundamentales y humanos para verificar sus puntos en que debe sufrir una limitación.

Así, para un mayor respeto a los derechos de las personas (súbditos, ciudadanos...), es necesaria un cambio de paradigma de la teoría, lo que, por supuesto, presupone su existencia. En el capítulo siguiente, investigaremos la necesidad de aplicación de aquella transformación de la teoría de sujeción especial en un campo específico, la ejecución penal: ¿cómo una perspectiva u otra de la misma teoría pueden tener distintas consecuencias para los derechos de los presos?

La Teoría de la Sujeción Especial en la Ejecución Penal en Brasil

Las teorías de las relaciones especiales de sujeción ejercieron y ejercen enorme influencia en

17 Canotilho, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Portugal, 7a Edición, Almedina, 2003, p. 468.

18 Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

19 Brasil, *Constitución de la República Federativa de Brasil* de 1988. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Sitio consultado el 25.02.2022.

20 Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

el ámbito del derecho, principalmente en el área de ejecución penal de condenas a presos. La influencia, por supuesto, no se restringió a Alemania, país donde fue inicialmente desarrollada, porque, en verdad, tuvo su aplicación a partir de una exportación germánica a distintos países de Europa y de las diferentes metrópolis europeas se hizo el traslado para sus colonias.

En tal punto, es importante percibir la relación entre la teoría de la sujeción especial y la teoría del *less eligibility*. Ya conociendo el origen de la primera, la segunda tiene su génesis en la regulación de las casas de trabajo, como antecedente histórico de la cárcel, a partir de las cuales se intentaba mostrar a la clase trabajadora que la opción por las casas de corrección sería menos ventajosa que vivir libremente, o sea, que el sufrimiento intramuros era mayor que en la fábrica.

En conformidad con profesor Pavarini²¹, la doctrina *less eligibility* estaría inherentemente relacionada con la necesidad correccional de la cárcel por medio del sufrimiento de los penados²². En tal contexto, las dos teorías son, en verdad, medio y fin para un mismo objetivo, es decir: es a partir de las relaciones especiales de sujeción que el Estado, como Administración penitenciaria, gana la libertad normativa para regular la cárcel de forma que produzca aquella *less eligibility*²³.

La ideología de superioridad del Estado, que generaba la inferioridad del preso, llegó a Brasil, donde fue y es el marco teórico para la posibilidad de producir la *less eligibility* por medio de la relativización y alejamiento de los derechos fundamentales y humanos de las personas privadas de libertad, porque “permitirían la inobservancia de derechos fundamentales y flexibilizarían el principio de la legalidad, con permisivo de tránsito en un campo enteramente ajeno al derecho, no valorado jurídicamente”²⁴.

De hecho, no sólo en Europa, sino también en América Latina y, por supuesto, en Brasil, las relaciones especiales de sujeción permitieron y permiten que el Estado, como Administración penitenciaria, prive a los presos de derechos no limitados por la ley o por la sentencia penal condenatoria, con lo que se pasó a conocer como privaciones colaterales del estado de cumplimiento de condena, lo que amplió el margen punitivo del Estado brasileño, en violación al principio de legalidad.

En Brasil, todavía hay una gran tendencia, especialmente en los teóricos más tradicionales, de valorar más la teoría de sujeción especial desde su perspectiva original en el ámbito de ejecución penal. De hecho, muchos juristas brasileños definen la naturaleza de la ejecución penal como mixta, porque la ejecución penal sería “la actividad compleja, que se desarrolla conjuntamente en el plan jurisdiccional y administrativo. No se desconoce que de esa actividad participan dos Poderes estatales”^{25,26}.

21 Conforme el criminólogo crítico Pavarini, el modelo carcelario se realiza como pena en un tiempo cronológicamente posterior a la oferta como lugar de prácticas de exclusión. La prisión surgió originalmente para satisfacer una autoridad disciplinaria, por lo que es ontológicamente un espacio de prácticas pedagógicas, donde las personas son formadas para que sean mejores, es decir, para que vengan a ser más útiles. Recuperando la influencia de profesores como Rusche y Kirchheimer, la prisión mantiene un nivel muy alto de refractabilidad en el enfrentamiento de las relaciones sociales existentes en el libre mercado, aunque éste tiende a funcionalizarse a través de la regla de menor elegibilidad (*less eligibility*).

22 Roig, Rodrigo Duque Estrada, *Execução penal: teoria crítica*, Brasil, 4a Ed, 2018, p. 53.

23 Rusche, G. & Kirchheimer, O., *Pena y estructura social*, Colombia, Temis, 2015.

24 Roig, Rodrigo Duque Estrada, *Execução penal: teoria crítica*, Brasil, 4. Ed, 2018, p. 52.

25 Grinover, Ada Pellegrini, *A natureza jurídica da execução penal*, *Execução penal*, Brasil, Max Limonad, 1987, p. 7.

26 Según la doctrina brasileña, los Poderes estatales que estarían involucrados en la ejecución penal serían exactamente el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

Esa teoría de la relación especial de sujeción tuvo como consecuencia alejar, por lo menos parte de los conflictos vividos adentro de la cárcel, de la posibilidad de control por el Poder Judicial. En consecuencia, aislando la prisión de la posibilidad de control jurisdiccional, posibilitaron la creación de normativas internas adentro del sistema penitenciario, verdaderos “códigos de conducta externos al derecho”²⁷, que ponía el penado en una categoría inferior con violación de sus derechos, como ciudadano de segunda clase.

Algunos de los mayores reflejos de tal teoría de la relación de sujeción especial en la ejecución penal de Brasil son los derechos de los presos, más específicamente en el derecho a la convivencia familiar y comunitaria. En conformidad con la Ley de Ejecución Penal (LEP) brasileña, Ley 7.210/1984²⁸, aunque sea producto del régimen militar autoritario de Brasil, a los penados son asegurados todos los derechos no atingidos por la sentencia (art. 3o de LEP).

Aquel derecho a la convivencia familiar y comunitaria está previsto en el artículo tercero de la ley de ejecución penal con el derecho de visita del cónyuge, de la compañera, de parientes y de amigos en días determinados, el cual es una de las expresiones de aquel derecho. Sin embargo, la jurisprudencia superior de Brasil considera que este derecho está bajo las posibilidades y la discrecionalidad de la Administración penitenciaria, necesitando verificar la conveniencia de la administración carcelaria.

De hecho, el Superior Tribunal de Justicia de Brasil, que uniformiza la interpretación de la ley federal brasileña, ya decidió que “el traslado del penado a la unidad penitenciaria más cercana a su familia no constituye su derecho subjetivo y **va más allá del ámbito exclusivamente judicial**. Así, en el análisis de la remoción, el Juez debe guiarse por la conveniencia del proceso de ejecución penal, ya sea por garantizar la aplicación de la ley, o por el propio poder de cautela del Magistrado”²⁹.

Igualmente, el mismo STJ ya decidió que “la transferencia de la pena privativa de libertad aplicada por la Justicia de un Estado (art. 86 de la LEP) para ser ejecutada en otra Unidad Federativa no constituye un derecho absoluto del penado, **aunque se base en la proximidad familiar**. Corresponde al Juez de Ejecución analizar la viabilidad del traslado, basándose en la decisión no sólo en las conveniencias personales del condenado, **sino también en las de la administración pública**”³⁰.

Además, la cuestión de la transferencia de penados para sitios más cercanos de su entorno familiar y social como derecho del preso a la convivencia familiar y comunitaria, a partir del cual se pueda incluso visibilizar la resocialización de penado, no sólo es violado por la ausencia de respeto por la Administración Penitenciaria a ese derecho y por la ausencia de posibilidad del Poder Judicial hacer el control que determine cumplimiento, sino también por la utilización de transferencias como medida de sanción.

Aunque no haya previsión legal en el ordenamiento jurídico brasileño de la transferencia del local de cumplimiento de condena como medida sancionatoria el en ámbito de ejecución

27 Melo, João Marcos Braga de, A necessidade de se observar o princípio da legalidade na execução Penal, *Consultor Jurídico*, Brasil, 2019. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/joao-braga-melo-principio-legalidade-execucao-penal>. Sitio consultado el 15.03.2022.

28 Brasil, Ley 7.210 de 11 de julio de 1984. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Sitio consultado el 15.03.2022.

29 Brasil, Superior Tribunal de Justiça, HC 353.797/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, juzgado el 17/11/2016, DJe 24/11/2016 (traducción propia y énfasis añadido).

30 Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RHC 58.528/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, juzgado el 14/03/2017, DJe 22/03/2017 (traducción propia y énfasis añadido).

penal, no es raro en Latinoamérica y, por supuesto, en Brasil, que el traslado de presos asuma forma de sanción encubierta, en la cual, sin respeto a los derechos fundamentales y humanos y sin respeto a los principios de legalidad y de reserva legal, se impondrá un aumento de la pena con más sufrimiento.

Una verdadera política de emergencia y de excepcionalidad penal produjo lo que es designado por profesor Ribera Beiras como política de “dispersión carcelaria”³¹, o sea, el constante traslado de los presos a las cárceles más alejadas de su entorno socio-familiar. Tal procedimiento, a veces realizado para inducir el recluso al arrepentimiento, representa múltiples violaciones de los derechos no sólo de los presos sino también de las personas de su entorno familiar y social.

Con la política de dispersión carcelaria, los familiares y los amigos pierden el derecho de convivencia con el preso, lo que no debería ser restringido por la limitación de la pena que debería ser sólo de locomoción del recluso, principalmente si no hay previsión legal. Así, los familiares y los amigos son transformados también en figuras delincuentes, al aplicárseles una pena incluso por hecho de tercero, lo que caracteriza nuevamente verdadero derecho penal del autor sin cualquier ideal resocializador³².

Aquí, es importante recordar que el traslado ilegal de presos ya fue objeto de decisión por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuando concluyeron por la inconvencionalidad de las medidas de emergencia y de excepcionalidad penal aplicadas por la República Argentina con la política de dispersión carcelaria en el CASO LÓPEZ Y OTROS VS. ARGENTINA (TRASLADOS) juzgado por sentencia de 25 de noviembre de 2019³³ en relación con conducta muy común en Brasil.

Con efecto, exactamente para garantizar el principio de la legalidad establecido en el Pacto de San José de Costa Rica y considerando el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias (art. 11.2)³⁴ y el derecho a la familia (art. 17.1)³⁵, la CIDH determinó a la República Argentina que “el Estado adoptará todas las medidas necesarias de orden legislativo, administrativo o judicial para reglamentar los traslados de personas privadas de libertad condenados de acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”³⁶.

Por lo tanto, lo que se verifica a partir del estudio del estado actual de la jurisprudencia en ejecución penal en Brasil es que hay una aplicación muy fuerte de la teoría de las relaciones especiales de sujeción sin influencia del cambio que se produjo en ella a partir de 1972. Sin un respeto a los principios de legalidad y de reserva legal, la jurisprudencia dominante brasileña

31 Ribera Beiras, Iñaki, *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, España, 1a. Ed. Anthropos Editorial, Universidad de Barcelona, 2005, p. 125.

32 Rivera Beiras, Iñaki, *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*, España, 2a Ed. Anthropos Editorial, 2011.

33 Organización de los Estados Americanos (OEA), Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López y Otros Vs. Argentina*, Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf. Sitio consultado el 08.11.2021.

34 Art. 11.2: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” [Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)* de 22 de noviembre de 1969. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>. Sitio consultado el 15.03.2022].

35 Art. 17.1: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” [Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)* de 22 de noviembre de 1969. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>. Sitio consultado el 15.03.2022].

36 Organización de los Estados Americanos (OEA), Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López y Otros Vs. Argentina*, Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf. Sitio consultado el 08.11.2021.

permite que la Administración penitenciaria limite derechos fundamentales y humanos de presos, creando verdaderos espacios de no derecho.

Por ejemplo, creaciones jurisprudenciales que permiten a la Administración carcelaria hacer traslado de presos para prisiones más lejanas a su entorno familiar y social, bajo el argumento de conveniencia y discrecionalidad de la Administración, que incluso instrumentaliza eso como herramienta de sanción encubierta (dispersión carcelaria), construyen una zona sin control judicial de no derecho, en la cual los derechos fundamentales y humanos de los presos son violados sin ceremonia.

Por ello, el profesor brasileño Rodrigo Roig, criticando la jurisprudencia de Brasil, afirma que “ya no hay lugar para los legados de ideas de retribucionismo, menor elegibilidad o supremacía estatal especial. Estos legados deben dar paso a la posición concreta de que, salvo las restricciones manifiestamente inherentes a la propia condición de reclusión, todos los demás derechos y garantías de los internos deben ser preservados escrupulosamente”³⁷.

Los derechos fundamentales y humanos de los presos sólo pueden ser reglados por ley y, en aquella protección, el Poder Judicial tiene una función fundamental, aunque haya resistencia en Brasil. Asimismo, ya antes de la decisión del Tribunal Federal de Alemania de 1972, era posible verificar que los ordenamientos jurídicos de los países occidentales y democráticos seguían en dirección hacia la necesidad de respeto a la legalidad en el ámbito penitenciario.

Un ejemplo de ello anterior a la decisión alemana de 1972 fue el caso *Coffin Vs. Reichard*, juzgado en 1944 en Estados Unidos de América por la *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*³⁸, en el cual se aseguró que los presos tienen derechos sustanciales que deben ser garantizados por el Poder Judicial, bien como que sólo la ley puede limitar derechos individuales de los penados, lo que va en el sentido contrario a la poca valorización del principio de legalidad penitenciaria en Brasil.

Igualmente, en el plan internacional, todavía podemos citar la necesidad de respeto al principio de legalidad en la ejecución penal en el caso *Neira Alegria y Otros Vs. Perú*³⁹, en que la CIDH decidió que, aunque haya una relación específica entre el Estado y el preso, eso no justifica ninguna flexibilización o relativización de las garantías reconocidas a todas las personas. Por lo contrario, la relación específica produce garantías acentuadas, conjugando garantías generales con especiales (posición de garante).

Así, asegura el profesor Melo que “el hecho es que existe una tradición bien asentada [en Brasil] en el sentido de otorgar menor protección jurídica a los penados y existe la necesidad de una actuación sustancial del Poder Judicial para garantizar una protección especial a la persona presa”⁴⁰. En ese objetivo, aquel respeto al principio de la estricta legalidad y de la reserva legal es fundamental, a partir de los cuales las personas privadas de libertad sólo pueden tener sus derechos limitados por la ley y por la sentencia.

37 Roig, Rodrigo Duque Estrada, *Execução penal: teoria crítica*, Brasil, 4a Ed, 2018, p. 57 (traducción propia).

38 Estados Unidos de la América, Tribunal de Apelaciones de EE.UU para el Sexto Circuito, *Coffin V. Reichard*, 143 F.2d 443 (6° Cir. 1944). Disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/143/443/1478341/>. Sitio consultado el 15.03.2022.

39 Organización de los Estados Americanos (OEA), Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Neira Alegria y otros Vs. Perú*, Sentencia de 19 de enero de 1995. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf. Sitio consultado el 15.03.2022.

40 Melo, João Marcos Braga de, A necessidade de se observar o princípio da legalidade na execução Penal, *Consultor Jurídico*, Brasil, 2019. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/joao-braga-melo-principio-legalidade-execucao-penal>. Sitio consultado el 15.03.2022.

Conclusiones

Personas privadas de la libertad, que sólo pueden comer algunos alimentos y otros no, donde los hombres están siempre sin pelo, no pueden recibir visitas de familiares y amigos; porque hay una prohibición por un acto administrativo penitenciario o fueron trasladados para muy lejos de su entorno social y no tienen condiciones para verlos; esa es una imagen relativamente común en el sistema carcelario de Brasil, pero ¿cómo es posible la creación de esos espacios sin control judicial, de no derecho?

La teoría de la relación especial de sujeción o de sujeción especial, antigua doctrina del poder especial, y su configuración actual está en el origen de la manutención de aquel sistema de violación de los derechos fundamentales y humanos de los presos. Aquella teoría surgió en Alemania ya en el siglo XIX y del pensamiento jurídico alemán influenció toda Europa, principalmente España e Italia, así como a los países que fueron colonias de metrópolis europeas como Brasil.

Una relación especial de sujeción originalmente es una relación en la cual el Estado, la Administración, puede imponer un régimen jurídico distinto y, en general, más restrictivo del régimen a los que están sujetos los demás ciudadanos sin necesidad de una observación fuerte del principio de legalidad y de reserva legal. Para algunos, sería una mitigación de los derechos fundamentales y humanos y, para otros, sería la propia ausencia de juridicidad de las normas de la Administración que, así, todo podría.

Tal concepción originaria de la doctrina fue cambiada en el ordenamiento jurídico alemán por una decisión de su Tribunal Federal en 1972, a partir de la cual la teoría ganó una nueva conformación con la imposición de límites constitucionales y legales proporcionales y fundamentados a las restricciones que la Administración intente poner a las personas sujetas a una relación de proximidad con ella. Por ello, con los límites, la relación de sujeción especial ganó contenido jurídico y, con efecto, control judicial.

Sin embargo, investigando la ejecución penal en Brasil, se verifica una fuerte influencia de la teoría de la sujeción especial en su concepción más antigua. De hecho, quizás para posibilitar a que la Administración penitenciaria produzca un ambiente carcelario adecuado en respeto a la teoría de la menor elegibilidad, el ordenamiento jurídico brasileño permite que la Administración cree normas de restricción a los derechos de los presos sin previsión legal y basadas en su propia conveniencia y discrecionalidad.

Los ejemplos de decisiones de la jurisprudencia mayoritaria brasileña que legitiman la imposición de espacios de no derecho para los presos como verdaderos ciudadanos de segunda categoría son muchos. Uno de los ejemplos más importantes de eso y que produce más daños es la posibilidad de que la Administración de prisiones realice traslado de presos lejos de su entorno socio-familiar, como herramienta de punición encubierta consistente en la dispersión carcelaria ya condenada por la CIDH.⁴¹

Por lo tanto, en el caso del mantenimiento de la teoría de la relación especial de sujeción
41 La contradicción no es sólo con las modernas decisiones de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, sino también con la propia normatividad internacional. Con efecto, la Regla 5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, Reglas Nelson Mandela, determina que “el régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su **dignidad como ser humano**” [Organización de las Naciones Unidas (ONU), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) de 17 de diciembre de 2015. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf. Sitio consultado el 15.04.2022 (énfasis añadido)].

en Brasil, es necesario y fundamental su adecuación a los cambios por los cuales ya pasó la teoría, en *Civil Law*, con la decisión del Tribunal Federal de Alemania en 1972 y, en *Common Law*, con, por ejemplo, la sentencia *Coffin V. Reichard* de 1944 en Estados Unidos. Por ello, sólo así sería posible compatibilizar la teoría que explica una mayor proximidad del Estado con los modernos derechos fundamentales y humanos.

En consecuencia, interpretada a partir de la moderna hermenéutica constitucional y no como mero instituto administrativo, la teoría de la relación especial de sujeción no permite que la Administración carcelaria cree zonas de no derecho en las cuales pueda imponer restricciones a derechos de los reclusos sin previsión legal, sino impone una protección especial a los presos por la posición especial de garante del Estado. Ello, porque, como ya aseguró la Suprema Corte de los Estados Unidos: “no existe ninguna cortina de hierro entre el preso y la Constitución”⁴².

Referencias

Bibliografía

Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

Bernal Sarmiento; Cabezas Chamorro; Forero Cuellar; Rivera Beiras & Vidal Tamayo, *Estudio preliminar a la obra de Wayne Morrison. Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, España, Anthropos, 2012.

Canotilho, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Portugal, 7a Ed., Almedina, 2003.

Grinover, Ada Pellegrini, A natureza jurídica da execução penal, *Execução penal*, Brasil, Max Limonad, 1987.

Hillyard, P. & Tombs, S., ¿Más allá de la criminología?, *Revista Crítica Penal y Poder*, España, Nº 4, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, 2013.

Melo, João Marcos Braga de, A necessidade de se observar o princípio da legalidade na execução Penal, *Consultor Jurídico*, Brasil, 2019. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/joao-braga-melo-principio-legalidade-execucao-penal>. Sitio consultado el 15.03.2022

Mendes, Gilmar Ferreira & Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Brasil, Saraiva, 12a. Ed., 2017

Moncada, Luís S. Cabral de, *Lei e Regulamento*, Portugal, Coimbra Editora, 2002.

Novais, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Portugal, 2a Ed., Almedina, 2010.

Ramírez, Maria Lourdes, Consideraciones a la Figura Jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Ámbito Español, *Vniversitas*, Colombia, Número 118, pp 273-291, enero-junio de 2009, ISSN: 0041-9060.

Ribera beiras, Iñaki, *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, España, 1a. Ed., Anthropos Editorial, Universidad de Barcelona, 2005.

42 Melo, João Marcos Braga de, A necessidade de se observar o princípio da legalidade na execução Penal, *Consultor Jurídico*, Brasil, 2019. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/joao-braga-melo-principio-legalidade-execucao-penal>. Sitio consultado el 15.03.2022 (traducción propia y énfasis añadido).

Rivera beiras, Iñaki, *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*, España, 2a Ed., Anthropos Editorial, 2011.

Ribera Beiras, Iñaki, La Doctrina de las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Comparado y Español, Artículo presentado a las alumnas y los alumnos en el Máster de Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico-Penal entre enero y marzo de 2022 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

Roig, Rodrigo Duque Estrada, *Execução penal: teoria crítica*, Brasil, 4a Ed., 2018.

Rusche, G. & Kirchheimer, O., *Pena y estructura social*, Colombia, Temis, 2015.

Normas

Brasil, *Constitución de la República Federativa de Brasil* de 1988. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Sitio consultado el 25.02.2022.

Brasil, *Ley 7.210* de 11 de julio de 1984. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Sitio consultado el 15.03.2022.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* (Reglas Nelson Mandela) de 17 de diciembre de 2015. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-Seebook.pdf. Sitio consultado el 15.04.2022.

Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)* de 22 de noviembre de 1969. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>. Sitio consultado el 15.03.2022.

Procesos

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *HC 353.797/SP*, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, juzgado el 17/11/2016, DJe 24/11/2016 .

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *AgRg no RHC 58.528/DF*, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, juzgado el 14/03/2017, DJe 22/03/2017.

España, Tribunal Constitucional, *STC 120* de 27 de junio de 1990.

Estados Unidos de la América, Tribunal de Apelaciones de EE.UU para el Sexto Circuito, *Coffin V. Reichard*, 143 F.2d 443 (6° Cir. 1944). Disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/143/443/1478341/>. Sitio consultado el 15.03.2022.

Organización de los Estados Americanos (OEA), Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López y Otros Vs. Argentina*, Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf. Sitio consultado el 08.11.2021.

Organización de los Estados Americanos (OEA), Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Neira Alegria y otros Vs. Perú*, Sentencia de 19 de enero de 1995. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf. Sitio consultado el 15.03.2022.