

REFLEXIONES SOBRE LA LEY 7/2003: EL INCREMENTO DE LA VIOLENCIA PUNITIVA.

DR. JULIÁN CARLOS RÍOS MARTÍN

Profesor de derecho penal en la Universidad Pontificia Comillas

Sumario

1.- Introducción. 2.- Período de seguridad. 2.1.- Excepción al período de seguridad. 2.1.1.- Procedimiento de aplicación. 2.2.- Valoración crítica del período de seguridad. 2.3.- Cuestiones controvertidas del período de seguridad: 2.3.1.- «Las penas superiores a cinco años», ¿se refiere a las penas consideradas individualmente, o al total de la condena siempre que la suma de la penas, aunque individualmente sean inferiores, sea superior a cinco años? 2.3.2.- ¿Qué debe entenderse por «las partes» a las que el juez de vigilancia penitenciaria debe oír para aplicar la exclusión del período de seguridad? 2.3.3.- ¿Qué ocurre si al penado estando ya clasificado en tercer grado, le apareciese una nueva causa, cuyo cómputo temporal fuese superior a cinco años? 2.3.4.- Acerca de la irretroactividad del período de seguridad (art. 36.2 CP) 3.- **La satisfacción a la víctima de la responsabilidad civil.** 3.1.- Valoración político criminal de esta norma. 4. **Colaboración activa contra la organización terrorista.** 5.- **Sistema de recursos en materia de ejecución de penas de prisión.** 5.1. Recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria. 5.2.- Recursos contra los acuerdos administrativos sobre clasificación inicial, progresiones y regresiones de grado. 5.3. Recursos frente a resoluciones de los Jueces de Vigilancia. 6.- **Incremento del límite máximo de prisión** 6.1.- Dudosa eficacia de prevención delictiva. 6.2.- Cuestiones acerca de la dudosa constitucionalidad del art. 76 CP. 1.- Razones basadas en la legislación internacional. 2.-

Razones de legalidad constitucional. 3.-Razones de política-criminal. 4.- Razones relativas al principio de proporcionalidad. 6.3.- No aporta solución al problema de las largas condenas. 6.3.1.- Evolución legal y del tratamiento jurisprudencial. 6.3.2.-Posibles soluciones jurisprudenciales, penales y penitenciarias en el ordenamiento español. **7.- Modificaciones en la libertad condicional.** 7.1.- Concepto. 7.2 Requisitos para su concesión 1.- Respecto de las penas que pueden ser objeto de libertad condicional. 2.- Respecto del requisito de que la persona se encuentre clasificada en tercer grado de tratamiento penitenciario. 3.- Respecto a la extinción de las tres cuartas partes de la condena impuesta. 4. Situaciones excepcionales respecto del cómputo de tiempo para la concesión de la libertad condicional: a) Libertad condicional establecida en el art. 78 CP; b) Adelantamiento a las 2/3 partes de la condena; c) Adelantamiento de 90 días por año de cumplimiento efectivo de condena a partir de la extinción de la mitad de la misma. 5.- Respecto del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el art. 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. **8. La nueva regulación penal para los extranjeros no residentes legalmente en España. 8.1. Valoración crítica de la reforma.**

1. Introducción

Somos protagonistas de un momento histórico singular. Desde luego, la profecía de F. Fukuyama, «el fin de la historia» dista mucho de ser real. A todos estos cambios no es ajeno el sistema penal. A las rápidas mutaciones políticas, a los cambios trepidantes en el imaginario social, se unen las reformas legales. Éstas requieren siempre serenidad de espíritu, sosiego y prudencia, evitando ese mal que ya denunciara Rousseau de legislar «ad casum» y con prisas. Ayuda no poco a precipitarnos por este peligroso sendero el concurso de unos medios de comunicación que han hecho de la página de sucesos portada permanente con la consiguiente crispación social. Es cierto que no puede sostenerse con rigor la eliminación del derecho penal como instrumento de solución de conflictos sin modificar las condiciones económicas y de organización social en las que se encuadra nuestro actual sistema sociopolítico de convivencia, y aún así sería harto discutible. Mucho más sensata es la postura de quienes abogan en las sociedades democráticas por un derecho penal «de mínima intervención». Sin embar-

go, contraria a ese postulado es la situación en la que actualmente nos encontramos: la expansión del derecho penal en todos sus ámbitos —penal, penitenciario y procesal—, auspiciada por la cada vez más palpable quiebra de la división de poderes y acompañada de una tendencia real encaminada al control político de la independencia judicial. Este control se materializa a través de las nuevas normas penales que reducen ampliamente el arbitrio decisorio, la presión de los medios de comunicación ante determinadas resoluciones judiciales —sirva como ejemplo el caso de Rocío Wanninkhof—, la intervención del Ministerio fiscal cada vez más sometido al gobierno y el escaso respaldo del Consejo General del Poder judicial, absolutamente sumiso a la ideología del partido mayoritario¹.

El sistema penal es presentado públicamente como el único y más eficaz instrumento de solución del fenómeno delictivo. Adquiere su legitimidad política por las adhesiones al mismo de la «opinión pública», deformada por el tratamiento informativo que de determinados delitos y de la inseguridad ciudadana desarrollan los medios de comunicación azuzados por los partidos mayoritarios. El partido en el gobierno inició, a comienzos del año 2002, una campaña para denunciar el incremento de la inseguridad ciudadana basándose en las estadísticas policiales, sin rigor científico alguno y con una intención que se nos antoja confusa pero directamente relacionada con la obtención de réditos políticos al tratarse de un tema tan sensible para los ciudadanos. La respuesta del partido gobernante no se hizo esperar. Obviamente, no podía ir encaminada en otro sentido que potenciar los instrumentos represivos y de control social. Lejos de lanzar un mensaje tranquilizador a la opinión pública, mantuvo la alarma social, vinculando erróneamente la inseguridad ciudadana a la extranjería y a la pequeña delincuencia. La expresión del presidente del gobierno: «hay que barrer de las calles a los pequeños delincuentes» marcó perfectamente los criterios a seguir por los ministerios de interior y de justicia: a) modificaciones legales encaminadas a reforzar los sistemas penales —procesales y de ejecución penitenciaria— algunos de ellos actualmente en fase de Proyecto, b) abandono de políticas de integración y de justicia social restaurativa, c) incremento de las penas y del

¹ A los habituales (frecuentemente interesados) ataques mediáticos, hay que sumar los que se refieren desde otros poderes del estado a la merma de independencia judicial, al acecho de apertura de diligencias informativas (pronto tornadas por los medios en expedientes disciplinarios con la consiguiente estigmatización social del juez, por más que luego todo se sobreesa) o al recorte de competencias que revelan una profunda desconfianza hacia el poder judicial y su necesaria independencia, máxime cuando en materia penitenciaria se trata de dirimir un conflicto entre un ciudadano privado de libertad y la administración con quien mantiene una relación de especial sujeción.

límite máximo de las mismas, d) imposición de límites temporales para el acceso al régimen abierto —período de seguridad—, e) creación de medidas de control al arbitrio de decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria —sirva como ejemplo el efecto suspensivo de su resolución a tercer grado hasta que la Audiencia Provincial resuelva el recurso de apelación interpuesto (art 2. LO. 7/2003), o la creación del Juzgado central de Vigilancia Penitenciaria cuya plaza no salido ofertada a concurso entre los jueces españoles, sino que se ha impuesto a uno concreto, lo que le vincula directamente con el control político—, f) concesión de la competencia al Juzgado o tribunal sentenciador para la resolución de los recursos de apelación en materia de clasificación en perjuicio de las Audiencias Provinciales de la demarcación territorial que lo resolvían antes, y en perjuicio claro de la inmediatez judicial y de las posibilidades reales de estimación del recurso (LO 5/2003, de 27 de mayo), g) implantación de los juicios rápidos (LO 38/02, sobre reforma de la LECr.), h) incremento de los requisitos para que el Juez de instrucción decrete la libertad provisional, i) restricción de derechos fundamentales en el ámbito de extranjería e incremento de la presión policial a determinados colectivos, j) implantación de criterios restrictivos para las propuestas de los centros penitenciarios de regímenes abiertos, libertades condicionales y permisos, j) modificación amplia del código penal incrementando los tipos delictivos y modificando las penas...

Estas medidas político-legales expuestas han tenido su eficacia, no en una disminución de la delincuencia, ni en la seguridad de los ciudadanos, sino en el incremento de personas encarceladas. En el año 1992 existían 40.950 personas encarceladas, en el año 2001, 46.594, y a fecha de septiembre de 2003, 55.223. El incremento del número de personas encarceladas en los dos últimos años (2002-2003) es notablemente superior al incremento acaecido en los diez años previos (1992-2002).

Estamos, pues, en la génesis de las políticas penales de «tolerancia cero»², cuyo origen deviene de la lucha contra el terrorismo, pero cuyos

² En los últimos años, estudios y denuncias han detectado grandes fisuras en el edificio global europeo del Estado Providencia. *Tolerancia cero* hacia «las nuevas clases peligrosas» (los jóvenes desempleados, las mujeres empobrecidas, las minorías desordenadas, los drogodependientes, los inmigrantes «sin papeles» y, al fin, los árabes) y *tolerancia infinita* hacia los delitos de prepotencia cometidos por los sectores poderosos de la sociedad. Una vez más, no se puede obviar el rol extrapenológico del sistema penal como instrumento para la gestión de colectivos deshonorados y desposeídos. Como concluye WACQUANT, EEUU está pasando del *Welfare al Workfare State* y, de ahí, al *Penitentiary State*. A lo que se ve, nosotros no llevamos una dirección muy diversa. (vid. *Las cárceles de la miseria*. Alianza. 2000).

efectos se despliegan a la delincuencia común³ y, sobre todo, hacia las personas más vulnerables socialmente que en su mayoría llenan las cárceles españolas. Este proceso de cambio de concepción del derecho penal se está materializando desde criterios políticos a espaldas de las personas e instituciones directamente afectadas. A este respecto, cabe preguntarse:

- ¿Se ha preguntado a los ciudadanos víctimas de los delitos si realmente se sienten acogidos, comprendidos y reparados en el daño y sufrimiento soportado, por el trato recibido en la comisaría, Juzgado de instrucción y Juzgado de lo penal?, ¿si realmente se han sentido escuchados y han tenido la posibilidad de expresar el sufrimiento, la rabia y la impotencia contenida hacia el infractor en un marco de seguridad física y emocional que le permita canalizar positivamente la angustia?, ¿les han permitido conocer directamente los motivos que llevaron al infractor a actuar contra ella?, ¿han podido acceder a un mínimo de certeza y seguridad hacia el futuro de que no volverá a ser víctima de delitos?, ¿intuyen que consecuencias va a tener una condena de cárcel para el delincuente y su familia?, ¿si la única forma de satisfacción es la emocionalmente vindicativa?, o por el contrario, ¿pueden existir otras?
- Sin desconocer la existencia real de delitos, ¿se ha preguntado a los ciudadanos si la inseguridad que sienten no es más subjetiva que objetiva?, ¿si realmente perciben la inseguridad respecto del delito como algo esencial e independiente de las inseguridades básicas —no acceso a vivienda, precariedad en el empleo, insatisfactoria atención sanitaria— motivadas por el desmantelamiento progresivo del Estado social, o por el contrario, si la insatisfacción en las necesidades básicas son el germen de la inseguridad que sienten?⁴; ¿se les ha preguntado si intuyen la influencia que gene-

³ El diario LA RAZON (29.09.2003) señala que El New York Times se hace eco de que «Las autoridades de los EE.UU están empleando de forma sistemática los poderes otorgados por la Ley Antiterrorista para perseguir otro tipo de delitos» Se objetiva, una vez más, el fenómeno tan peligroso de cómo la legislación excepcional, recortadora de derechos y garantías, acaba contaminando la totalidad del sistema legal.

⁴ Con esto estoy apuntando hacia el peligroso camino que se está produciendo como consecuencia de este sentimiento de inseguridad ciudadana. El destino final: sociedades autoritarias. De un estado del bienestar casi sin estrenar vamos avanzando en todo occidente hacia el estado autoritario y policial. Y esto tiene costes sociales a pesar de que se le quiera conceder la legitimidad democrática que da el asentimiento pasivo de buena parte de la población. En concreto, resulta singularmente grave, especialmente por la pasividad con que asiste complacida la ciudadanía, *el proceso de quiebra de pactos básicos de convivencia social* y eso no sale gratis. Me refiero al contrato social, asentado en el valor de la cooperación y la solidaridad, merced al cual en el Estado Social y Democrático los trabajadores sostienen a los que no trabajan, los sanos a los enfermos, los jóvenes a los

- ra en el ámbito emocional de la percepción subjetiva de la inseguridad el morbosos abordaje informativo de estos temas?
- ¿Se ha preguntado a los funcionarios de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado sobre sus condiciones laborales que afectan directamente a la eficacia en su trabajo?, ¿se les ha escuchado?, o, por el contrario, ¿se les ha silenciado desde el ministerio del interior?
 - ¿Se ha escuchado a los funcionarios de prisiones sobre las modificaciones penales que han originado una situación de hacinamiento en las cárceles españolas?, ¿les han preguntado si se sienten reconocidos profesionalmente, remunerados y con posibilidades materiales para poder ejercer su trabajo dignamente?, o por el contrario ¿si se ven desbordados, ineficaces en su trabajo e inseguros?
 - ¿Se ha escuchado a los jueces sobre las reformas penales, sobre las condiciones de trabajo, sobre las posibilidades reales de desempeñar su profesión con independencia y con el tiempo necesario para estudiar en profundidad cada asunto?, ¿sobre las posibilidades reales de la existencia de medios e instituciones para aplicar medidas legales alternativas a la prisión?; ¿se ha preguntado a los jueces de Vigilancia Penitenciaria si tienen la capacidad material por el número de personas que cada uno tiene a su cargo de prestar una auténtica protección jurisdiccional?
 - ¿Se ha preocupado el Ministerio del interior y del de justicia de diseñar la política criminal que subyace en las reformas legislativas en base a estudios empíricos y doctrinales sobre la incidencia que aquéllas pueden tener en la prevención y tratamiento de la delincuencia?, o ¿se han basado estrictamente en cuestiones de «opinión pública» y rédito político?
 - ¿Los operadores jurídicos se han cuestionado las consecuencias que realmente genera la aplicación del derecho penal, tanto en la víctima, como en el infractor?, o si ¿realmente el derecho penal previene el delito en mayor proporción que los diseños de otras políticas sociales y laborales?
 - ¿Se han preguntado sobre la destrucción emocional, relacional y la desresponsabilización que sufren las personas al adaptarse a la cárcel durante el tiempo de cumplimiento de condena?; ¿se han preguntado sobre la escasez casi absoluta de instituciones de apo-

viejos... Ello está dando paso a un modelo de corte ultraliberal e individualista que incentiva que cada uno se busque la vida con su plan privado de pensiones, su seguro privado médico... ¡quién pueda pagárselo, naturalmente! Y siempre en manos de particulares, con afán de lucro, obviando el interés general que se supone a lo público (SEGOVIA BERNABÉ, J. L. *Problemática en torno a la reinserción social*, curso de formación de derecho penitenciario. CGPJ, 2003.

yo a la reinserción social de las personas que salen de la cárcel?, ¿se ha preguntado sobre la relación directa entre reincidencia y la ausencia de tratamiento de medidas de apoyo a la reinserción social?, o ¿la relación entre reincidencia y la vida en el régimen cerrado?, o ¿la reincidencia y las condenas de prisión superiores a 15 años?

Las respuestas a estas y otras cuestiones quedan en el aire; yo, personalmente, tengo las mías. El derecho penal, aún siendo necesario, para que realmente posea legitimidad, tiene que estar sometido a un férreo garantismo procesal y una aplicación excepcional. Lo contrario, en mi opinión, conduce al incremento de la violencia, de la incomprensión, convirtiendo el sistema penal en un encuentro de perdedores. Posiblemente, desde una visión superficial no se llegue a comprender esta afirmación, pues perder, lo que se dice perder, en principio pareciera que solamente lo hace el delincuente. Pero no es verdad, pierde la víctima, pierde la seguridad ciudadana, los funcionarios, los policía y jueces. El delincuente no es que pierda, sino que queda semidestruido como ser humano que siente, piensa, se relaciona y asume la responsabilidad por los actos. Es posible que para caer en la cuenta de la violencia del derecho penal haya que percibir la realidad desde un lado. Es obvio que nadie tiene el monopolio de la verdad, ni siquiera mucho más que una pequeña parte desde la que se asoma a la realidad. El fenómeno delictivo es un poliedro de tantas caras como formas de acercarse al mismo. Y este acercamiento nunca es neutral, sino que parte de la preconcepción de los intereses de la institución en la que se trabaja, de la propia ideología, de la posición económica y sobre todo, del dolor con que se mire, pues las experiencias previas de sufrimiento cambian ampliamente la percepción. Por ello, hay funciones públicas y declaradas del derecho penal; pero hay otras que pertenecen a un mundo de sombras, un mundo oscuro y desconocido: el ámbito de las consecuencias de su aplicación en las personas —víctimas y agresores—. Esta perspectiva, parcial, sin duda, es necesaria tenerla en cuenta para trabajar por un derecho penal mínimo, garantista, humano, que afronte los conflictos desde la posibilidad de que las partes obtengan satisfacción a sus intereses: recuperación del sufrimiento para la víctima, y posibilidades de reinserción social, o al menos, de no destrucción, para el infractor.

Por ello, el camino tomado, posiblemente sin retorno, nos conduce a destinos muy preocupantes para muchos seres humanos: tanto víctimas como agresores, y en nada optimistas con la coonestación con una verdadera justicia restaurativa, que reequilibre la desigualdades y restablezca el diálogo social roto con el delito.

En este trabajo, desde un abordaje crítico, pero con planteamientos interpretativos de la nueva norma, contextualizados en la realidad penitenciaria, voy a plantear las cuestiones más controvertidas sobre la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: el período de seguridad y su excepción, la satisfacción a la víctima de la responsabilidad civil, la colaboración activa contra la organización terrorista, el efecto suspensivo de la interposición del recurso de apelación en materia de clasificación, el incremento del límite máximo de prisión y las modificaciones que afectan a la libertad condicional.

2. Período de seguridad

Cuando la duración de la pena sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta (art. 36.2 CP introducido por LO 7/2003). La imposición de este límite temporal para el acceso al tercer grado se denomina «período de seguridad». Tiene su origen en el derecho penal francés para el caso de la acumulación jurídica en el concurso real para los delitos de terrorismo. En España se ha ampliado a todos los delitos que conlleven penas de prisión superiores a cinco años.

2.1 *Excepción al período de seguridad.*

Excepcionalmente, y aunque la pena de prisión sea superior a cinco años, puede no aplicarse el período de seguridad. A este respecto, el párrafo segundo del artículo 36.2 CP exige como requisito que «el Juez de Vigilancia Penitenciaria previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución en el tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el fiscal, instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación de régimen general de cumplimiento».

Esta norma posibilita que el Juez de Vigilancia pueda suprimir el período de seguridad. Para ello es muy importante que el penado participe en las actividades que desde la prisión se ofrezcan, intente tener buen comportamiento para no ser sancionado, circunstancias éstas que, unidas al apoyo familiar y posibilidades de trabajo, pueden hacer que la evolución en el tratamiento sea considerado oficialmente como positivo y que el pronóstico sea favorable. Quizás de aquí devenga la excep-

cionalidad de la aplicación de este párrafo pues, excepcional es la oferta de actividades en los centros penitenciarios, excepcional es poder sobrevivir en una cárcel sin ser sancionado, excepcional es tener un núcleo familiar positivo y más excepcional es tener posibilidades legales de trabajo. Sería recomendable que el Ministerio de justicia acompañase la implantación de estas medidas legales tan restrictivas con la creación de medios e instrumentos sociales de apoyo e intervención con las personas presas, pues de lo contrario, las excepciones pueden quedar vacías de contenido, como lamentablemente ocurrirá debido al desmantelamiento progresivo del Estado social.

2.1.1. Procedimiento de aplicación

La I 9/2003 de la DGIP regula el procedimiento a seguir cuando la Junta de tratamiento de un centro penitenciario considere que un penado al que no le es aplicable el «período de seguridad» de conformidad con el art. 36.2 CP por no haber cumplido aún la mitad de las penas impuestas, se encuentre pese a ello, en condiciones de acceder al tercer grado de tratamiento. En estos casos, la Junta de tratamiento podrá formular la correspondiente propuesta al Centro Directivo condicionada a la posibilidad de que el Juez de Vigilancia acuerde, en su caso, la aplicación del «régimen general de cumplimiento». En este caso se adjuntará a la propuesta un informe específico sobre el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social del interno, con valoración de sus circunstancias personales y la evolución del tratamiento reeducador. Para ello se tendrá en cuenta:

- Asunción o no del delito: reconocimiento y valoración por el interno del significado de su conducta recogida en los «hechos probados» de la sentencia.
- Actitud de respeto a la víctima o víctimas: compromiso firmado de arrepentimiento y asunción o reparación de las consecuencias derivadas del delito.
- Conducta efectiva llevada a cabo en libertad, en su caso, entre la comisión del delito y el ingreso en prisión, y pruebas que lo avalen.
- Participación en programas específicos de tratamiento tendentes a abordar las carencias o problemas concretos que presente y que guarden relación con la actividad delictiva, así como la evolución demostrada en ellos.
- Valoración de los anteriores extremos por parte de la Junta de Tratamiento, con emisión del pronóstico de reinserción.

A la recepción de dicha propuesta condicionada, el Centro Directivo adoptará decisión sobre la aplicabilidad o no del tercer grado al interno, sometiendo, en su caso, a la aprobación del Juez de Vigilancia la

posibilidad de aplicar al penado el régimen general de cumplimiento, de forma previa a la adopción de resolución de tercer grado. La administración penitenciaria no puede aplicar el art. 36.2 CP sin la autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Pero como acabamos de ver la I 9/2003 ha creado un procedimiento por el que se solicita al juez de vigilancia la aprobación antes de la resolución administrativa final de concesión del tercer grado con aplicación del art. 36.2 CP. El Juez no es un órgano informador, sino resolutorio, por ello no puede intervenir antes de la decisión administrativa final, sino con posterioridad a ella. Lo adecuado sería que el Centro Directivo (DGIP) sometiese al Juez de Vigilancia la decisión última de la concesión del régimen abierto con aplicación del art. 36.2 CP. Una posible solución consistiría en que la administración penitenciaria aprobase el tercer grado «ad cautelam», en espera de la aprobación ulterior del Juez de Vigilancia. Además, es criticable que sea una Instrucción de un órgano administrativo la que regule el procedimiento en la fase de ejecución penal en vez de ser una Ley Orgánica quien lo haga. Ésta es una oportunidad más para expresar la necesidad de que se legisle, de una vez por todas, un procedimiento en el ámbito penitenciario.

No puede quedar la aplicación del tercer grado con supresión del período de seguridad, exclusivamente, en la iniciativa de la administración Penitenciaria. La persona penada puede también acceder al Juez de Vigilancia para plantearse a través de los recursos contra la resolución de mantenimiento en segundo grado emitida por el Centro Directivo. Como las revisiones de grado se efectúan cada seis meses, la posibilidad de recurso es frecuente y en él se puede plantear la supresión de la mitad de la condena aportando todos los datos que se tengan para fundamentar una evolución en el tratamiento penitenciario y un pronóstico favorable de reinserción social.

La resolución judicial tiene que ser razonada. Por ello tienen que tomarse en cuenta tanto los datos oficiales aportados desde las Juntas de tratamiento, como los aportados por el penado y los que se soliciten de oficio. Por varios motivos. Uno, para contrarrestar la natural tendencia opositora de la administración a las medidas de excarcelación que tienen su origen en decisiones políticas del ministerio del interior y por tanto para hacer efectiva la misión que el art. 117 CE le otorga: «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»; función que quedaría cuestionada si no tuviese posibilidad para poder discrepar de la decisión administrativa. El segundo, para complementar la información de los informes oficiales, casi siempre incompletos por falta de profesionales y de tiempo, estando éstos más vinculados a las tareas burocráticas que al contacto, conocimiento, e intervención real con las personas presas. Estos informes pueden ser sociales, laborales, psicológicos o crimino-

lógicos. Pueden haber sido obtenidos por el penado debido a su vinculación con profesionales de entidades que trabajen dentro de la cárcel o asociaciones de apoyo a presos que los conozcan desde el exterior y que sin duda pueden aportar unos datos reales de la vida personal, social y laboral, así como facilitar los medios materiales y de apoyo para que el pronóstico de reinserción social pueda ser positivo. Podemos afirmar que el Juez puede valorar todos los informes que consten en el expediente penitenciario, sin tener que quedar sometido por la valoración final que se hagan de los mismos por parte de la Junta de Tratamiento. Lo contrario dejaría a este órgano jurisdiccional sin posibilidad de discrepar de la administración por lo que función constitucional del art. 117 CE de hacer «ejecutar lo juzgado» quedaría vulnerada. El juez no es un «corre ve y dile», es un órgano jurisdiccional que dicta resoluciones. Se trataría de conceder el valor de material probatorio a todo el expediente administrativo-penitenciario. Por otro lado, el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda solicitar de oficio los informes que considere convenientes a entidades u organismos públicos o privados que le permitan hacer la valoración del pronóstico final. Esta posibilidad se encuentra por aplicación analógica de la libertad condicional. El Código penal de 1995 profundiza en la anterior regulación de la libertad condicional para insistir en que es posible el asesoramiento de los especialistas que considerase necesario a los efectos de realizar la valoración del pronóstico favorable o desfavorable de reinserción social. La nueva regulación penal hace desaparecer esta posibilidad en materia de libertad condicional. No obstante, es claro que volvemos al sistema anterior al CP del 95 en el que el Juez podía valorar de oficio, con los informes que considerase convenientes el requisito de «hacer una vida honrada en libertad». Esta regulación, en comparación con la del CP 95 y la nueva radica en una única diferencia: la sustitución de los términos con contenido moral (vida honrada), por otros más técnicos (pronóstico favorable). El resto continúa igual. De manera que el Juez de Vigilancia tiene la posibilidad de realizar esa valoración con independencia de la que se realice por la administración penitenciaria, de lo contrario, no cumpliría la función del art. 117 CE; y para ello, necesariamente tiene que apoyarse en informes técnicos, que pueden ser penitenciarios o extrapenitenciarios. Un argumento más. El Juez en materia penal, de oficio, que no rogada como la justicia civil, tiene que tener la posibilidad de solicitar cuantas diligencias e informes considere convenientes a los efectos de fundamentación de sus resoluciones. Con fundamento legal tendríamos que acudir al ámbito civil en el que se permite al Juez de oficio, o a instancia de parte que se practiquen las pruebas sobre hechos relevantes si las pruebas existentes hubieran sido insuficientes para dictar la resolución final (Art. 435.2 LEC). El carácter supletorio del derecho civil respecto de los diferentes ámbitos del ordenamiento permitiría esta posibilidad.

2.2. *Valoración crítica del período de seguridad*

En mi opinión, esta nueva institución punitiva, es cuestionable por varios motivos:

- a) Destroza absurdamente y sin fundamento razonable el principio de individualización científica que se intenta conseguir a través del tratamiento penitenciario que postula la Ley Orgánica General Penitenciaria. Esta norma y su Reglamento cuentan con los suficientes mecanismos de control para evitar que las personas con penas elevadas obtengan inicialmente el régimen abierto, pero no lo hacen imposible para casos excepcionales. En todo caso, la fase de ejecución en el derecho penal tiene autonomía propia. Por ello, en mi opinión, el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional debería hacerse en función del tratamiento individualizado legalmente establecido y aplicado (en las cárceles en que existan medios para ello). Su aplicación no debería tener ningún límite temporal, sino que debería ser aplicado en función de las variables que establece la legislación Penitenciaria (posibilidad de hacer vida en semilibertad, factores relacionados con la actividad delictiva, historia individual, laboral, social, y delictivo, personalidad, duración de las penas, medio social al que retorne, facilidades y dificultades para el tratamiento) en relación con el fin de la pena y de los centros penitenciarios, establecidos en la Constitución y en la legislación Penitenciaria. Son estas variables criminológicas, valoradas por los equipos técnicos, y en último extremo supervisadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, las que deben determinar y dar «seguridad» de que quien sea clasificado o progresado a tercer grado, sea capaz de vivir en semilibertad, respetando la ley penal, con independencia de la condena que tenga.
- b) Uno de los fundamentos que da origen al período de seguridad es la prevención general positiva. Esta función del derecho penal se basa en el refuerzo de la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico gracias al mensaje normativo de que las penas superiores a cinco años se cumplirán dentro de la cárcel, sin posibilidad de aplicación de regímenes de semilibertad. En palabras del informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las penas realizado por el Consejo General del Poder Judicial sobre el Proyecto de Ley «el período de seguridad es una manera de defender el orden jurídico y el sentimiento de la comunidad frente a la vigencia de las normas jurídicas en la conciencia social a través de la pena». Esta concepción parte de la base de que en la

actualidad existe una desconfianza generalizada en la sociedad respecto del ordenamiento jurídico por el incumplimiento de las penas de prisión. Esto es falso. La desconfianza, de existir, tiene una doble vertiente: 1) Con la administración de justicia en su funcionamiento: lentitud en los procesos, mala acogida de los funcionarios, desconfianza ante los jueces; todo ello provocado por la mala gestión de un ministerio de justicia que no invierte lo necesario para crear los órganos jurisdiccionales suficientes; 2) La posible desconfianza, que en mi percepción no existe hasta el punto de la necesidad de introducir esta reforma penal, ha sido creada por los medios de comunicación que han servido a los partidos políticos de «voceros» para instrumentalizar la seguridad ciudadana para la obtención réditos políticos.

¿No se incrementaría la confianza de los ciudadanos en la norma penal, si se implantasen mecanismos procesales y penales tendentes a la reparación real, tanto material como emocional, de la víctima?, ¿si se dotasen de los medios materiales en los Juzgados para una rápida y garantista intervención jurisdiccional? ¿no se incrementaría la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico penal si se dedicasen más esfuerzos económicos en dotar a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de más medios materiales y personales para asegurar que el cumplimiento de la pena fuese más efectivo desde las posibilidades de reeducación, reinserción social y por tanto de prevención, pasando por un mayor control de los derechos fundamentales de las personas presas?; ¿no reforzaría y restablecería la confianza en la norma penal vulnerada con el delito si los centros penitenciarios tuviesen los medios personales y materiales para desarrollar la labor reeducadora constitucionalmente encomendada y que por ello el índice de reincidencia delictiva disminuyese?, ¿no se reforzaría la confianza en el sistema penal si todos los ciudadanos conocieran las consecuencias tan destructivas que genera la cárcel en las personas?, ¿no reforzaría la confianza en el sistema penal una información más objetiva, científica y alejada de las actuales tendencias morbosas con las que actúan los medios de comunicación más preocupados de la obtención de audiencia que de la información y de los efectos que produce en la opinión pública?

- c) El término «seguridad» más bien se trata de un tiempo de retribución y vindicación en el que la persona tiene que pasar un tiempo mínimo privado de libertad sin poder acceder al régimen abierto, es decir, de «seguridad de que está en régimen ordinario o cerrado» y de que el castigo se va a cumplir. Se ha divulgado la idea entre la «opinión pública» de que las penas no se cumplen

y por tanto, el delito queda sin castigo. Esta idea ha sido fomentada por medios de comunicación y alguna expresión malintencionada de ciertos políticos. No es cierto que las penas no se cumplan; las penas se cumplen, y aunque a una persona se le clasifique en tercer grado antes de la mitad de la condena, no por eso la pena queda sin ejecutar. El régimen abierto, en los casos en los que se aplica, además de seguir siendo cumplimiento de pena, la privación de libertad continúa, aunque más mitigada. La legislación Penitenciaria establece el régimen abierto restringido dentro de los centros penitenciarios (art. 82.1 reglamento penitenciario), o se puede cumplir en un centro de rehabilitación de drogodependientes (art. 182. RP). Desde un punto de vista de «seguridad», estas modalidades no suponen la excarcelación temporal, sino su estancia en centros cerrados, pero como posibilidades de tratamiento individualizado más efectivo para solucionar las conductas delictivas y evitar la reincidencia, circunstancias que desde luego redundan más en la pretendida seguridad de la reforma, que la estancia obligada en una cárcel cerrada, sin posibilidades de tratamiento.

Pero siempre es más fácil y superficial confundir a la ciudadanía con expresiones irresponsables como «por una puerta entran y por otra salen», quedando patente el desconocimiento absoluto e incomprensible de quienes ostentan cargos públicos, de la realidad procesal-penal y de las consecuencias de su aplicación. Sería más conveniente para la pacificación social y para la prevención de delitos que los partidos políticos impulsores de esta reforma, en vez de incrementar la sensación de inseguridad ciudadana con sus mensajes públicos, en vez de hacer propaganda con fines de obtención de réditos político, se preocuparan de dignificar las condiciones de las prisiones, de los ciudadanos que las habitan y de quienes trabajan como funcionarios, así como de las infraestructuras sociales para prevenir e intervenir posibilitando una mejor calidad de vida.

2.3. Cuestiones controvertidas del período de seguridad

2.3.1. «Las penas superiores a cinco años», ¿se refiere a las penas consideradas individualmente, o al total de la condena siempre que la suma de la penas, aunque individualmente sean inferiores, sea superior a cinco años?

Dos posibles soluciones. La primera es la que mantiene la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en la Instrucción 9/2003 sobre «Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las

Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas». Establece como penas susceptibles de ser sometidas al período de seguridad «las superiores a cinco años o varias que sumadas aritméticamente o refundidas excedan de esta duración, con independencia de que éstas vengan impuestas en una o varias causas o procedimientos; para ello todas las propuestas de clasificación inicial o progresión a tercer grado indicarán expresamente el total de la condena impuesta en la causa o causas penadas que se encuentre cumpliendo, así como la fecha de cumplimiento de la mitad de ellas».

La segunda interpretación, a mi parecer más correcta por ser más acorde con el principio de legalidad penal, es la contraria. El art. 36.2 CP establece el término «pena», la cual deberá entenderse como entidad individual, proporcional al injusto penal cometido y como reacción estatal al mismo. No puede extenderse este mecanismo legal restrictivo del valor superior de la libertad a supuestos no contemplados en la norma penal, o, si se quiere, que supongan una interpretación extensiva del término «pena», otorgándola un contenido genérico de acumulación de penas inferiores a cinco años. Si el legislador hubiera buscado la primera opción lo hubiera expresado textualmente de idéntica forma a como lo hace la I 9/2003. La interpretación contraria vulnera el principio de legalidad penal y una Instrucción de un órgano administrativo no puede crear ni desarrollar contenidos punitivos. De forma que si una persona está condenada a cinco penas de cuatro años, no es aplicable el período de seguridad, pues es distinto la «pena» —cuatro años— que la condena, que en este caso sería de veinte años. Como el artículo 36.2 habla de penas, y la del ejemplo es de cuatro años, podría aplicarse el régimen general de cumplimiento. Si una persona está condenada a tres penas de prisión de tres años y una de seis, podría considerarse el período de seguridad de tres años para la primera de las penas que tiene que cumplirse por ser más grave, pero no habría que esperar a la mitad del total, es decir de la suma de todas: 15 años, al no ser éstas —las tres de tres años— superiores a cinco años.

2.3.2. ¿Qué debe entenderse por «las partes» a las que el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe oír para aplicar la exclusión del período de seguridad?

El Juez de Vigilancia para aplicar la exclusión del período de seguridad, además de que concurra la evolución del tratamiento y el pronóstico favorable de reinserción social, debe oír al fiscal, a instituciones Penitenciarias y a las demás partes. Ninguna duda se presenta con las dos primeras instituciones, pues al fiscal siempre hay que darle

Audiencia y la institución Penitenciaria ya ha mostrado su parecer en el informe. Lo que no resultaría razonable por la pérdida de tiempo, que una vez completado el expediente con todos los informes se diese nuevamente traslado a la administración Penitenciaria para su opinión al respecto, cuando, repito, ya ha sido oída.

El problema que se puede plantear es la interpretación del término «partes». La más adecuada, en principio es vincularla a las procesales: acusación y defensa. De ello se deriva la exigencia de que la víctima esté representada por una acusación particular, pues de lo contrario, sería el fiscal quien tiene obligación legal de informar, el que cumpliría con tal misión. De todas formas, en la fase de ejecución, es muy cuestionable la participación de la víctima, posiblemente más movida por sentimientos naturales de venganza fomentados por la insatisfacción que suele generar el propio sistema penal en sus fases de instrucción y enjuiciamiento. En la fase de ejecución el interés principal que debe regir es la intervención reeducadora del penado. De manera que solamente sería positiva la intervención de la víctima para realizar trabajos de mediación que tendiesen a la responsabilización de la conducta del penado, o para aportar información necesaria para su seguridad personal en la medida en que el Juez de Vigilancia pueda adoptar alguna regla de conducta determinada si optase por aplicar el tercer grado o la libertad condicional. De manera que la simple oposición de la parte acusadora por motivos vindicativos no puede ser tenida en cuenta.

La otra parte, la defensa, obviamente debe ser oída. En principio a quien habría que escuchar es al penado directamente, salvo que expresamente remitiese a un letrado defensor concreto. Decimos esto para evitar la indefensión que se puede generar si el expediente se pasa al letrado que intervino en el juicio y que posiblemente haya perdido todo contacto con su defendido. La exigencia legal es obvia. El penado debe ser escuchado y debe tener la posibilidad de aportar todas las pruebas (informes) que avalen el pronóstico favorable de reinserción social. Como, previsiblemente, la supresión del período de seguridad se solicitará por el penado en vía de recurso ante la resolución administrativa de mantenimiento en segundo grado, no parece razonable que además de ese recurso, se le volviese a dar traslado una vez que esté completo el expediente para ser oído. Si ya ha sido oído, cualquier actividad procesal tendente a duplicar los actos de tal carácter supondrían un nuevo retraso temporal en la decisión judicial. Y si no ha sido escuchado porque no haya tenido la oportunidad de presentar alegaciones, debe dársele traslado. Ahora bien, el único motivo que fundamentaría la duplicidad de actos procesales para que el penado sea doblemente oído, sería que pudiera tener acceso a las alegaciones realizadas por la administración Penitenciaria, por el ministerio fiscal y por la acusación si la hubie-

ra a fin de poder contradecir los argumentos expuestos por ellos. Vendría a ser la «última palabra» del juicio oral a fin de salvaguardar plenamente el derecho a la defensa. Desde esta opción, podría tener valor jurídico que el penado fuese el último en ser oído, con independencia de que hubiese intervenido previamente con la presentación de un recurso.

2.3.3. ¿Qué ocurre si al penado estando ya clasificado en tercer grado, le apareciese una nueva causa, cuyo cómputo temporal fuese superior a cinco años?

Va a depender de lo que se entienda por el término «pena»: o bien su consideración como entidad autónoma, o bien como suma de varias condenas que se estén cumpliendo aunque sean inferiores a cinco años, si su suma supera tal límite. Desde la primera interpretación que es por la que yo opto:

- Si la nueva pena fuese superior a cinco años y la persona se encontrase en tercer grado, el centro penitenciario de referencia en el que esté cumpliendo el régimen abierto debería, en la siguiente revisión de la clasificación y si el comportamiento fuese bueno y continuase con la actividad laboral o de tratamiento concreta (evolución positiva del tratamiento y pronóstico favorable de reinserción social), plantear ante el centro directivo el mantenimiento en tercer grado. En caso contrario —regresión a segundo grado por la aparición de la nueva causa—, el penado debería interponer recurso al Juez de Vigilancia Penitenciaria para que se aplicase la supresión del período de seguridad —art. 36.2 CP—, aportando los informes de seguimiento sobre su situación social y laboral, contrato de trabajo, nóminas, informes de conducta de la empresa, etc...—.
- Si la nueva pena no fuese superior a cinco años y al sumarse con las que estuviese cumpliendo superasen este límite, no habría ningún problema legal. La persona podría seguir en tercer grado.

Desde la segunda interpretación en la que el término pena se entiende como la suma de todas las condenas, y que es la interpretación, a mi parecer ilegal, seguida por la administración Penitenciaria, habría que seguir lo establecido en la I 9/2003: «Cuando a un interno clasificado en tercer grado le llegue una nueva responsabilidad penada, produciéndose así la situación de que pasa a no tener cumplida la mitad de todas las condenas, la Junta de Tratamiento procederá a revisar su clasificación con el fin de realizar una valoración actualizada de todas las variables del interno. En el caso de que el Juez de Vigilancia no hubiera efectuado con anterioridad pronunciamiento sobre la aplicación del régimen general de cumplimiento, dicha revisión de clasifica-

ción se remitirá de forma preceptiva al Centro Directivo, con sus informes complementarios».

Ahora bien, entiendo que el Centro Directivo no podría regresar de grado al penado por concurrir únicamente tal circunstancia (pena que exceda de cinco años) sin remitir el expediente al Juez de Vigilancia para que resolviese sobre la posible aplicación del régimen general —art. 36.2 CP—. Mantener una posición contraria llevaría a la regresión a segundo grado y la necesidad de que el penado interpusiera recurso directamente ante Juez de Vigilancia para que realizase una nueva clasificación de progresión a tercer grado con aplicación del régimen general. Este camino procesal, aún siendo formalmente más correcto, generaría unas graves consecuencias sobre la persona penada: ingreso en régimen ordinario y sus consecuencias: desvinculación familiar, vuelta a una anormal y desestructurante adaptación al sistema penitenciario, además de la pérdida de empleo. Consecuencias que se pueden evitar si se diese traslado del expediente al Juez de Vigilancia antes de la regresión de grado para que se manifieste sobre la posible aplicación del régimen general excluyendo la aplicación del período de seguridad.

2.3.4. Acerca de la irretroactividad del período de seguridad (art. 36.2 CP)

El informe que redactó el Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley, así como la Instrucción 9/2003 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, afirman la aplicación retroactiva de esta norma penal para aquellas personas que estuvieran cumpliendo pena de prisión y que aún no estuviesen clasificados en tercer grado. Jurídicamente esta posición es mantenible, pero a mi entender existen argumentos constitucionales y doctrinales para afirmar que la contraria debe ser la dominante.

1. El art. 2.3 Cc establece el principio general de la irretroactividad de las normas jurídicas, pero deja abierta la posibilidad de que la propia ley disponga su eficacia retroactiva. En este sentido, la Disposición Transitoria Única (LO 7/2003) establece la retroactividad los artículos 90 y 93.2 CP y 72.5 y 72.6 LOGP. No obstante, desde un punto de vista político criminal, como las leyes penales contienen normas de conducta destinadas a regular la convivencia social de futuro, el principio general debe ser que la ley penal despliegue sus efectos a partir de su entrada en vigor. Ello unido a la particular sensibilidad del Derecho penal hacia la certeza y seguridad jurídicas (art. 9.3 CE) determina que en este ámbito del ordenamiento jurídico el principio de irretroactividad debe regir con especial escrupulosidad, sobre todo teniendo en cuenta que el mismo art. 9.3 C.E. señala la irretroactividad de todo tipo de normas,

aun cuando no sean materialmente sancionadoras ni penales, en cuanto constituyan «restricción de derechos individuales» (Cfr. más genéricamente art. 49 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). La excepción que deja abierta el Código civil debe quedar vedada cuando se trate de fundamentar o agravar la responsabilidad penal, bien con delitos o penas nuevas, bien con la creación de situaciones jurídicas que impongan formas de cumplimiento más «penosas» que supongan una restricción de un bien jurídico protegido constitucionalmente: la libertad. El período de seguridad se llame como se llame, supone la creación de una nueva pena no prevista legalmente que prolonga en el tiempo la extensión de permanencia en régimen ordinario.

Desde el punto de vista de la prevención general del derecho penal, el período de seguridad debe ser irretroactivo. Su aplicación a quienes se encuentran cumpliendo condena en el momento de su entrada en vigor es ineficaz para prevenir delitos pues despliega sus efectos sobre hechos de pasado.

Por otro lado, de considerarse retroactivo el período de seguridad la seguridad jurídica en su vertiente del conocimiento de certeza de las situaciones jurídicas y del despliegue de consecuencias punitivas para los ciudadanos, quedaría groseramente vulnerada. Los ciudadanos que en la actualidad se encuentren cumpliendo una pena de prisión por conductas concretas se sometieron, desde su inicio, a unas «reglas de juego»: conducta tipificada en el Código penal, consecuencia jurídica en forma de pena de prisión y la expectativa de salida en aplicación de un programa de tratamiento individualizado, sin límite temporal alguno para el acceso al régimen de semilibertad. La variación de cualquiera de estas posibilidades atenta directamente a la seguridad jurídica y no genera ninguna expectativa positiva de mejor regulación de la convivencia social. No se olvide que el legislador se dirige al Juez para que aplique el derecho con certidumbre (función primaria de la norma), como a la población en general (función secundaria de la norma) para que conozcan no sólo el desvalor jurídico de la acción sino las eventuales consecuencias de su comportamiento, tanto en lo que se refiere al quantum de condena, como a las condiciones de ejecución de la misma.

Por tanto, las penas que se están cumpliendo cuando entró en vigor la LO 7/2003 y que son consecuencia de la comisión de delitos cometidos bajo unas premisas legales de descripción de conductas delictivas, unas consecuencias jurídicas, así como condiciones y formas de ejecución concretas y determinadas en cuanto éstas afectan directamente a la libertad como derecho fundamental (art. 17 CE) o, cuanto menos, como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE) hacen inaplicable retroactivamente el período de seguridad.

2. La Disposición Transitoria única establece la retroactividad de los art. 90 y 93.2 CP para acceder a la libertad condicional y 72.5 y 72.6 respecto de la clasificación o acceso al tercer grado. Esta norma concreta su contenido: expresa esto y nada más; no es posible que los aplicadores de la ley y los operadores jurídicos que intervienen en la fase de ejecución penal hagan una interpretación extensiva de la norma, singularmente en cuando supondría una quiebra del clásico principio jurídico «Favorabilia amplianda, sed odiosa restringenda». La DT Única no hace ninguna mención expresa al art. 36.2 que regula el período de seguridad; por ello debe ser excluida la posibilidad de la retroactividad.

En esta misma línea argumental y desde una interpretación sistemática de esta Disposición Transitoria, hay que tener en cuenta que tampoco incluye el art. 93.3 CP (pérdida del tiempo pasado en libertad condicional para el caso de quebrantamiento del art 90.2, precepto éste que sí tiene carácter retroactivo según esta Disposición); y no lo incluye por algo obvio: es absolutamente irretroactivo por el perjuicio que supone para el reo por afeción directa al bien jurídico «libertad» (como derecho fundamental el art. 17 CE o como valor superior del ordenamiento jurídico del art. 1CE), a la seguridad jurídica y al carácter preventivo que se otorga a la norma penal como fundamentos de la irretroactividad. Dicho de otro modo, los ciudadanos tienen que saber ante una determinada conducta, si es delictiva o no, y si lo fuere, qué consecuencia jurídica conlleva (pena o medida de seguridad), y cómo se va a ejecutar ésta (garantía de ejecución en el principio de legalidad). Naturalmente, el ciudadano puede desconocer ciertas normas de tipo interno y cuasi administrativo: tramitación de las quejas, de los recursos, de las formas de registro en celda, de las normas de la observación, de la fase de período, incluso de las formas de la práctica de los cacheos, etc..., pues éstas normas pueden no afectar directamente ni a la libertad, ni a la seguridad jurídica (aunque se ven comprometidas), ni a la futura prevención de delitos y por tanto pueden variarse y desplegar efectos retroactivos. Pero es claro que el ciudadano tiene que conocer, en el caso del art 93.3 CP, que si comete un delito y es condenado por ello, y se encuentra en fase de libertad condicional, que si la quebranta se le revoca y además pierde el tiempo de condena cumplida en este régimen. Lo que se traduce en una pérdida de libertad mayor. Y saberlo es importante para la prevención de quebrantamiento de la pena en fase de libertad condicional, y por seguridad jurídica. Por ello, creo que es pacífica la argumentación respecto de la irretroactividad del art. 93.3 CP.

Los mismos argumentos para fundamentar la irretroactividad cabría inferir del 36.2 CP; primero, porque no viene expresamente establecido en la DT única la igual que el art. 93.3 CP. En segundo lugar, porque los bienes jurídicos, valores, funciones y derechos que se pueden ver afec-

tados por la retroactividad son exactamente los mismos que los del art. 93.3 CP: la libertad, la función preventiva de la norma y la seguridad jurídica, que exigen que el ciudadano conozca, no sólo las conductas consideradas como delictivas, sino también la consecuencia jurídica y su forma de cumplimiento, no en cuanto a las normas adjetivas, sino en cuanto a su contenido sustantivo: la libertad. Con ello, no es difícil probar, y ahí se residencia explícitamente la intención de la reforma aprobada y su hipotética eficacia en este orden que no es lo mismo que un ciudadano, cuando cometa un delito, tenga la certeza de que no va a salir de prisión hasta que lleve la mitad de la condena cumplida, que lo pueda hacer en cualquier momento, incluso una semana después de ingresar. Imaginemos que la reforma penal hubiera establecido en sus disposiciones que las penas superiores a cinco años se deberían cumplir íntegramente en prisión, sin posibilidad de acceso al régimen abierto y que además su cumplimiento debería hacerse en régimen de aislamiento: ¿no sería considerado abiertamente un fraude de etiquetas si se le otorgase el carácter de retroactivo?, ¿quién se atrevería a decir que esa norma es retroactiva y a partir de la entrada en vigor todos los que actualmente cumplen penas superiores a cinco años tendrían que ser ingresadas en el aislamiento?; creo que nadie. A este respecto, el período de seguridad que introduce la LO 7/2003 y el supuesto ficticio que acabamos de referir, parten de idéntica afección a los mismos bienes jurídicos: la libertad, la seguridad jurídica y el mandato preventivo de la norma penal.

Por tanto, si la aplicación del art. 93.3 CP es irretroactiva, y también lo es el supuesto hipotético que anteriormente hemos relatado, necesariamente tiene que serlo también el art. 36.2 CP. De manera que nada más que se puede aplicar a quienes cometan hechos delictivos a partir de la entrada en vigor de la LO 7/2003, pues el 36.2 no viene expresamente establecido en la DT Unica.

3. El art. 9.3 de la Constitución establece la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos. No se puede escapar a cualquier razonamiento lógico y coherente con una visión sistemática de todo el ordenamiento jurídico penal que encontrarse cumpliendo una pena de prisión respecto de la que puede salir en libertad en un tiempo prudencial y que esta posibilidad/expectativa basada en la seguridad jurídica que genera la legalidad concreta, sea de imposible cumplimiento por la aplicación retroactiva del período de seguridad, genera un perjuicio, restringe un derecho —libertad o valor superior del ordenamiento jurídico— y supone una sanción no favorable desde el punto de vista de la consecuencia que despliega.

El informe del CGPJ entiende que se trata de una retroactividad impropia, porque despliega efectos hacia futuro respecto de situaciones jurídi-

cas aún no consolidadas. A este respecto cabe argumentar que sin duda despliega efectos hacia futuro pues las personas están cumpliendo condena, pero la imposibilidad de acceder al régimen abierto en un tiempo delimitado que al comenzar el cumplimiento y el tratamiento individualizado no existía, supone un claro y grave perjuicio, en cuya base está el valor superior de la libertad —art. 1 CE—. La presencia de la protección constitucional de este valor o derecho hace su aplicación irretroactiva. Por otro lado, con el respeto obvio que merece toda interpretación constitucional, introducir una clase nueva de irretroactividad, más allá de la auténtica, supone la creación de un nuevo género de irretroactividad, de dudosa justificación, si lo que está en juego es la libertad y su perjuicio, derechos y valores protegidos constitucionalmente. De idéntica forma y para hacer una interpretación global del ordenamiento penal, el Tribunal Constitucional establece que no caben situaciones intermedias entre la detención y la libertad, anulando cualquier efecto a una tercera figura creada por la policía: «retención» policial; o se está detenido y por tanto se aplican todos los derechos del art. 520 L.E.Cr. o se está libre. Similar argumentación cabría señalar para el tema que nos ocupa: si está en juego la libertad, la seguridad jurídica y la función preventiva del derecho penal, una norma o es retroactiva o no lo es en función del perjuicio que causa al reo; de ninguna manera se pueden crear nuevas figuras para justificar lo injustificable desde el punto de vista constitucional.

4. En una interpretación gramatical de la Disposición Transitoria Única no se puede inferir la aplicación retroactiva del período de seguridad. La única duda es si se puede aducir la retroactividad partiendo del art. 72.5 CP cuando establece: «La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento, requerirá, *además de los requisitos previstos en el Código penal*, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito...». ¿Puede suponer esta referencia a « requisitos previstos en el Código penal» la introducción del art 36.2 CP en la D.T única? En mi opinión, de ninguna manera. La retroactividad de las normas que restringen derechos tiene rango constitucional (art. 9.3 y 25 CE), afecta a valores superiores del ordenamiento jurídico: la libertad, la seguridad jurídica y hasta la función preventiva de la norma penal. Estos valores afectados gozan de tanta importancia/protección en el ordenamiento jurídico penal que no pueden ser hurtados ni por un legislador que por dudosas cuestiones de política criminal intenta crear confusión jurídica, ni por una norma de referencia o remisión a un artículo del Código penal. Con base en una interpretación unitaria del ordenamiento jurídico en el que estén afectados la libertad y la seguridad jurídica, hemos de hacer referencia explícita a la importancia y garantía que se despliega en la protección de esos valores por las resoluciones del Tribunal Constitucional en otros ámbitos penales: la motivación de las resoluciones y la prisión preventiva:

- a) Existen supuestos en los que *se exige un específico y reforzado deber de motivación de las resoluciones judiciales*, entre las que cabe citar aquellos en que se ven afectados otros *derechos fundamentales o libertades públicas o en que se incide de alguna manera sobre la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico* (STC 116/1998, 2.6 FJ 4).
- b) En cuanto a la excepcionalidad de la prisión preventiva: «por ello la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional «deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen. Por ello, en caso de duda, hay que optar por la Ley más favorable o sea, la menos restrictiva» (STC 88/1988, de 9 de mayo). Y las resoluciones deben venir apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, cuál ha sido su ratio decidendi (214/2000 FJ.4).

Estas dos reseñas nos sirven para explicitar la especialísima protección que el ordenamiento penal otorga a la libertad y a la seguridad jurídica, y que nos lleva a concluir que no pueden verse afectadas por aplicación retroactiva de leyes penales (art. 72.5 LOGP) por una remisión genérica a un artículo del Código penal (36.2 CP). La especial protección hubiese requerido una remisión expresa, clara y motivada en la exposición de motivos al art. 36.2 CP, tal y como se ha hecho con el 90 y 93.2 CP. En el ordenamiento penal no caben interpretaciones extensivas de las normas en cuanto perjudiquen al reo, y estén afectados los valores superiores de la libertad y de la seguridad jurídica.

5. En otro orden de argumentos, la expresión «además de los requisitos previstos en el Código penal», es más una aclaración necesaria de la propia redacción del art. 72.5 CP. Si se omite las expresiones objeto de debate, la redacción de la DT Única quedaría de la siguiente forma: «la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá (...) que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito ...». Nótese por el lector, que si se suprime la expresión objeto de análisis, la formulación legal es errónea, porque la clasificación en tercer grado requiere el pago de la responsabilidad civil, pero no sólo. Por tanto, para completar la definición legal tiene que introducir algo tan obvio como necesario: «además del requisito exigido en el código penal». Por ello, esta expresión no quiere introducir el período de seguridad a efectos de retroactividad, lo que quiere es completar la definición legal de los requisitos de acceso al tercer grado, pues no hay otra posibilidad de formulación normativa completa. Pero el único elemento que introduce realmente el art. 72.5 LOGP es sólo y únicamente la satisfacción de la responsabilidad civil, el pago de la responsabilidad civil.

6. En la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, que es expresión de la voluntad y razones de la reforma, se delimita claramente los delitos a los que va dirigida: «la sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una especial peligrosidad». Contextualizada la reforma en estos delitos, no cabe, en principio, extender la aplicación retroactiva a otros delitos castigados con penas superiores a cinco años, que no sean los expresamente definidos en esa exposición de motivos.

7. El informe del Consejo General del Poder Judicial informa en sentido favorable a aplicar la retroactividad del período de seguridad argumentando que el principio de legalidad en la fase de ejecución no exige la promulgación de leyes anteriores como se establece para el principio de garantía criminal y penal de los art. 1 y 2 CP. Pero el legislador penal, cuando establece en el art. 3... «no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o tribunal competente, de acuerdo *con leyes procesales*», no hace referencia a las leyes promulgadas con anterioridad por cuestión meramente legal/práctica, pensando en las modificaciones de procedimiento de ejecución que lógicamente deben aplicarse por igual a todos los que están cumpliendo condena. Recordemos que en materia procesal rige el principio «tempus regit actum», es decir, las leyes procesales han de aplicarse a los actos procesales que se desarrollen o efectúan a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, con independencia de la ley procesal vigente en el momento de la comisión del delito. Es por todo ello, por lo que el legislador penal en su art. 3, no puede hablar de leyes procesales anteriores a la perpetración de delito, pero no porque exista una auténtica fase de ejecución penal, distinta a las fases de instrucción y enjuiciamiento, en la que la retroactividad es posible.

A este respecto, la doctrina discute si la regla «tempus regit actum» tiene que regir con carácter absoluto para todas las leyes procesales; su aplicación no ofrece dudas con relación a las leyes procesales propiamente dichas, es decir aquellas que se refieren al mero desarrollo formal del proceso y competencia de los tribunales. Pero existen otras leyes procesales que, al exigir determinados presupuestos para la persecución y castigo de los hechos, determinan también efectos materiales decisivos, por los que cabe plantear la cuestión de si a las mismas les será aplicable la prohibición de retroactividad con referencia a la regla «tempus delicti comissi» (tiempo de comisión del delito) y no a la regla «tempus regit actum». Entre estas leyes procesales penales se incluyen por la doctrina las relativas al indulto, a la querrela o denuncia, la prescripción; y no cabe duda que se puede incorporar a este elenco las leyes de ejecución que tienen que ver con la imposición de límites temporales que afec-

tan a la libertad, tal y como establece el período de seguridad del art. 36.2 CP.

El legislador penal, cuando redacta el art. 3 CP, está pensando en las normas de proceso, pero de ninguna manera en normas de ejecución que, por su ubicación en el Código penal (art. 36.2 CP), dejan de ser procesales para tener el contenido sustantivo de «quantum» de pena; de ahí que su ubicación sistemática se encuentra en el art. 36.2 del Código penal en el que se establece la extensión de la pena de prisión. Por ello, la norma del 36.2 no es de ejecución strictu sensu, sino sustantiva en cuanto fija la cantidad de pena a cumplir en régimen ordinario, dicho de otra forma, la cantidad de pena que no permite salir en semilibertad, estando por tanto afectado este valor superior del ordenamiento jurídico y por tanto siendo aplicable los art. 25 y 9.3 de la Constitución.

3. La satisfacción a la víctima de la responsabilidad civil.

Para todos los condenados, con independencia de que la pena de prisión sea superior o inferior a cinco años, se exige, para tener acceso al tercer grado (art. 72.5 LOGP modificado por LO 7/2003), la satisfacción de la responsabilidad civil.

A estos efectos de satisfacción se establece la exigencia de:

1. «Pago efectivo de la responsabilidad civil».
2. «Una conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales».
3. «Las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera».
4. «Las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura».
5. «La estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición».

De la lectura del primer apartado, en principio, pareciera que solamente puede acceder al tercer grado y a la libertad condicional quien tenga dinero para pagar la responsabilidad civil, toda vez que se establece con rotundidad que «el penado haya satisfecho la responsabilidad civil». Y ¿quién no tenga bienes?, ¿es suficiente con saber que en un futuro los podrá tener?... En mi opinión es suficiente con la declaración de

insolvencia al igual que se establece en otras instituciones penales como la suspensión de la ejecución de la condena del art. 81.3º CP, «...después de oír a los interesados o al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas...», o del art. 136.2 1.º CP. para la cancelación de los antecedentes: «tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en supuestos de insolvencia declarada por el Juez o Tribunal sentenciador...». Por ello, no se puede denegar la clasificación en régimen abierto/libertad condicional, a una persona por carecer de dinero para satisfacer la responsabilidad civil, pues es incompatible con la idea misma y el concepto legal de reinserción social y de tratamiento. De lo contrario habría que afirmar que solamente puede ser objeto de tratamiento penitenciario en tercer grado o libertad condicional aquél que tenga bienes para pagar la responsabilidad civil. Se debería valorar el esfuerzo por reparar el daño causado y su tendencia para adecuar su conducta al respeto de la norma y a la víctima del delito. En este sentido se manifiesta el Informe del CGPJ sobre el anteproyecto señalando que «la concesión de la libertad condicional y del tercer grado no se pueden condicionar al pago de la indemnización, toda vez que la vía de apremio de la que disponen los tribunales constituye suficiente garantía para la reparación del daño. Por ello, lo que debe exigirse es una colaboración activa del penado en esa reparación y no una meramente inactiva como sujeto pasivo de investigación patrimonial».

El procedimiento a seguir por los centros penitenciarios en esta materia está regulado en la I 9/2003 de la DGIP. El centro penitenciario tiene que confirmar del tribunal sentenciador si el condenado ha pagado la responsabilidad civil o si se existe declaración de insolvencia del penado en la sentencia condenatoria. Con una u otra es suficiente. Para ello, desde las cárceles se tiene que solicitar del Juzgado o Tribunal Sentenciador el informe correspondiente o una copia de la pieza de responsabilidad civil. Estos procedimientos se están dilatando temporalmente en exceso. Existen personas con propuestas de tercer grado anteriores al 2 de julio de 2003 y como el Centro Directivo aún no se había pronunciado sobre ellas, han paralizado la resolución final de clasificación para la tramitación de la exigencia del cumplimiento de este requisito.

En todos los demás apartados —2,3,4 y 5— la satisfacción de la responsabilidad civil se basa en criterios amplios que necesitan ser objeto de valoración por el Juez de Vigilancia Penitenciaria con carácter previo a la decisión administrativa de clasificación del penado en tercer grado. Para la tramitación, la I 9/2003 DGIP establece que en todas las propuestas de tercer grado se adjuntará copia del «fallo» de las sentencias que se encuentre cumpliendo el penado. En el caso de que en alguna de ellas venga impuesta la responsabilidad civil, se recabará del Tribunal

sentenciador la pieza de responsabilidad civil o informe que acredite la satisfacción o no de la misma. Esta actuación deberá llevarse a cabo con la antelación suficiente que permita disponer de esta documentación a la hora de considerar la posible clasificación en tercer grado del interno. Si el penado no ha satisfecho aún la responsabilidad civil impuesta o ha sido declarado insolvente en la sentencia, la Junta de Tratamiento valorará la actitud y comportamiento efectivos del interno tendentes a resarcir el daño ocasionado por el delito, debiendo elaborar informe, de forma previa, sobre si el penado se encuentra en disposición de hacerlo y las condiciones que acepta para que ello se lleve a cabo en un futuro, durante el cumplimiento de la condena. Este informe relativo a los aspectos del comportamiento postdelictual del interno se remitirá, antes de formular propuesta de tercer grado, al Juez de Vigilancia, solicitando el pronunciamiento de dicho órgano judicial sobre si, a la vista del mismo, resulta satisfactorio el comportamiento y disposición del penado para hacer frente a su responsabilidad civil, de forma que posibilite una propuesta de tercer grado, de conformidad con el art. 72.5 de la LOGP, quedando a lo que disponga este órgano judicial. Dicho pronunciamiento deberá adjuntarse, en su momento, a la propuesta de tercer grado».

Es cuestionable que sea una Instrucción la que establezca un procedimiento en el que se involucre directamente a los órganos jurisdiccionales, en vez de ser la esperada ley de procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, la que lo desarrolle. No parece adecuado el paso intermedio de la valoración por parte del Juez de Vigilancia de la idoneidad de la promesa o actitud de reparación del penado. Causa dilaciones temporales que perjudican al penado. Esa valoración debería hacerse directamente por las Juntas de tratamiento y una vez aprobada o denegada la clasificación en tercer grado, es cuando el Juez de Vigilancia podría intervenir señalando la idoneidad, en sentido positivo o negativo, de las promesas o garantías de satisfacción de la responsabilidad civil. En este momento es cuando tiene que valorar si la promesa o la disposición del penado de satisfacer la responsabilidad civil es adecuada o no, pero nunca antes como paso intermedio. A mi parecer podría ser suficiente la reparación simbólica consistente en escribir una carta de arrepentimiento a la víctima a través del Juzgado o tribunal sentenciador o la consignación de una parte del dinero que se pudiera obtener por trabajos realizados dentro del centro penitenciario, o la promesa de futuro de satisfacer la responsabilidad civil aportando del futuro trabajo, una cantidad de dinero⁵. En todo caso, para las situaciones de insolvencia sería positivo la creación de programas de compensación con dine-

⁵ El T.S a la hora de interpretar la «reparación del daño» para la apreciación de la atenuante, ha considerado en las STS 04.02.00 y 05.09.01 para reparaciones parciales y

ro público cuyo fundamento se encontrase en la idea de solidaridad social hacia la víctima inocente y la necesidad de que el Estado asumiese unos costes originados en su propio fracaso de la prevención del delito.

Añade la nueva normativa penal que «singularmente se aplicará esta norma, cuando se trate de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas; delitos contra los derechos de los trabajadores; contra la hacienda pública y contra la seguridad social, contra la administración Pública comprendidos en los capítulos V al IX del Título XIX del libro II del Código penal». El término «singularmente» puede interpretarse como la necesidad de que el Juez tenga una mayor exigencia en la valoración de los avales o promesas de pago futuro. En estos casos, según la I 9/2003 será preceptivo para la formulación de propuesta de tercer grado, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil o exista informe judicial que acredite que el mismo se encuentra en condiciones de hacerlo por la existencia de aval o cualquier otra fórmula considerada suficiente por el Tribunal.

Desde un punto de vista práctico de la defensa del acusado y satisfacción del interés de la víctima, habría que reflexionar sobre las posibilidades reales de aplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5°. Esto permitiría la aplicación de una atenuante, incluso como muy cualificada cuando se unen la reparación económica —del total— y la simbólica: relatar los hechos tal y como ocurrieron, petición de perdón expreso a la víctima, haber intervenido en alguna mediación penal. La consecuencia penológica de la atenuante muy cualificada es la rebaja en uno o dos grados de la pena. La apreciación de la atenuante simple es la aplicación de la pena en la mitad inferior, pero si concurriese junto a otra atenuante, la pena podría rebajarse en uno o dos grados. Además de esta atenuación en la pena, la clasificación en tercer grado inicialmente o a lo largo de la condena sería posible por haber satisfecho la responsabilidad civil, y por ser, además, un indicio claro de asunción de la responsabilidad personal por el hecho delictivo cometido. Es conocido por todos que este factor es decisivo en las clasificaciones. Por otro lado, se da posibilidades a que la víctima se vea reparada en el daño, y comprendida en su situación; nuevamente insistimos en la importancia de reflexionar sobre las positivas consecuencias que para todas las partes tiene la mediación penal.

otras formas simbólicas, p.e. STS 12.02.00, de mostrar el propósito de minorar el daño causado. Cuando se trata de salvaguardar el interés de la víctima, obviamente no puede hacerse una lectura tan restrictiva que impida la misma por no ser la reparación total (peor sería nada) o por impedir la efectiva reinserción social del infractor (con el consiguiente riesgo de potenciales nuevos delitos.

En caso de oposición al pago de la responsabilidad civil, se exige la práctica de los trámites para hacer efectivo el embargo de los bienes. A estos efectos se modifica el art. 989 de la Ley de Enjuiciamiento criminal estableciéndose un nuevo apartado 2^a: A efectos de ejecutar la responsabilidad civil derivada de delito o falta y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los jueces o tribunales podrán encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, los organismos tributarios de las Haciendas Forales, las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en la sentencia».

3.1. Valoración político criminal de esta norma

Estamos asistiendo a modificaciones legales de protección a la víctima de los delitos violentos: terrorismo y los sufridos en el ámbito doméstico. Pero, son innovaciones recientes y sólo para determinados delitos. Es patente que la víctima ha padecido un deliberado abandono que se manifiesta en todos los ámbitos. No sólo soporta los efectos del crimen -físicos, psíquicos y económicos-, sino también la insensibilidad del sistema legal y la indiferencia de los poderes públicos. El Derecho Penal se vuelca unilateralmente hacia la persona del infractor, relegando a la víctima a una posición marginal. La criminología ha centrado todo su interés en la persona del delincuente en aras de investigar el delito, su etiología y prevención; la víctima se presenta como mero objeto neutro, pasivo, fungible, estático, que nada aporta a la explicación científica del suceso criminal. El sistema legal define con precisión los derechos del inculcado, a diferencia de los de la víctima. El Estado —y los poderes públicos— orientan la respuesta oficial al delito en criterios vindicativos, retributivos, desatendiendo las exigencias reparatorias, de manera que la víctima queda sumida exclusivamente en el papel de testigo. Esta falta de atención a la víctima es enormemente peligrosa, no sólo por la situación de desamparo en que se queda, sino porque la impotencia y angustia pueden ser canalizadas en exigencias de mayor represión, castigo y endurecimiento de las penas, incrementándose el riesgo de retornar a la venganza y a la justicia privada.

El origen de este abandono no reside en una cuestión estrictamente económica, sino que hunde sus raíces la esencia del sistema penal. Éste objetiva y despersonaliza la rivalidad entre las partes contendientes. El lenguaje simbólico del derecho y el formalismo de la intervención jurídica han convertido a la víctima real y concreta del drama criminal en un mero concepto. El delito es tratado como un enfrentamiento sim-

bólico del infractor con la norma penal, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico ideal. En este sistema, la víctima se desvanece, se hace fungible e irrelevante. De este modo el derecho penal no sólo distancia a las partes en conflicto criminal, sino que abre un abismo irreversible entre las mismas y escinde artificialmente la unidad natural histórica de un enfrentamiento interpersonal⁶.

Ante esta situación valoramos como positiva la entrada del interés de la víctima a través de la exigencia de reparación del daño al infractor como condición, entre otras, para ser clasificado en régimen abierto. La cuestión a reflexionar radica en valorar si esta reforma penal se encuadra en una política global de atención a las víctimas, o se hace dentro de un marco en el que subyace la idea retributiva/vindictiva y se trata exclusivamente de un «brindis al sol». Tenemos la impresión de que su creación como requisito esencial para conseguir el tercer grado es desproporcionado y además es una medida tan parcial que no consigue los efectos de satisfacción y reparación buscados. Motivos para justificar esta afirmación existen y son los siguientes:

- La reparación conviene a todas las partes, también al ordenamiento jurídico en general. Pero reparar el mal no significa necesariamente y solo, indemnizar a la víctima, pues ni los efectos más perniciosos del crimen son de naturaleza económica, ni la compensación pecuniaria es la única y principal modalidad reparatoria.
- La víctima suele esperar más del infractor, no sólo el castigo y la compensación económica, sino actitudes y comportamientos personales —no procesales— que exigen un reencuentro interpersonal en un espacio seguro física y emocionalmente impensables en el marco rígido y poco comunicativo del proceso penal, ¿no sería más positivo para la reparación a la víctima, sin excluir la reparación económica, fortalecer su posición en el procedimiento penal, buscando una mayor participación activa en el mismo, además de incrementar la atención global inmediata, la información del proceso, el acompañamiento en el mismo y su protección física?
- Un mecanismo legítimo de control social necesita demostrar el significado de las normas y facilitar su reconocimiento mediante medidas positivas. En consecuencia, «reparar» y mediatizar el conflicto víctima-delincuente, parece ser una manera sensible y razonable de actualizar la validez de las normas sociales, por ello ¿no sería conveniente reflexionar acerca de las posibilidades de

⁶ GARCÍA PABLOS, A., *Manual de criminología*. Madrid, 1988. Espasa Calpe, págs. 76 y ss.

la mediación penal y sobre sus elevadas potencialidades en orden a la satisfacción emocional de la víctima y así compensar la neutralización que de ella hace el proceso penal?

Por estos motivos, aún valorando positivamente la aportación de la atención a la víctima en la forma de la satisfacción de la responsabilidad civil nos resulta por un lado escaso y, por otro, desproporcionado y contraproducente para la recuperación personal del penado y por tanto para la evitación de la reincidencia, porque puede quebrar la posibilidad de acceso a un tratamiento individualizado en tercer grado del penado. Salvaguardar los intereses de la víctima tiene caminos diferentes del enfrentamiento con los intereses legales del infractor basados en su recuperación personal y el acceso a los diferentes grados de clasificación. Era de esperar una mayor creatividad y sin duda, un esfuerzo económico que los partidos impulsores de la reforma no están dispuestos a hacer.

4. Colaboración activa contra la organización terrorista.

En el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección 2ª del capítulo V del Título XXII o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales se exige que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, para atenuar los efectos de su delito, para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. Estas circunstancias se podrán acreditar mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia, así como una petición expresa de perdón a las víctimas del delito. Además se acreditarán por los informes técnicos que expresen que el penado está realmente desvinculado de la organización terrorista, del entorno y de las actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean.

Se puede entender como un signo inequívoco de reinserción social y de respeto absoluto a la norma penal la exigencia de que se abandonen los fines y medios de la banda armada. Ahora bien, condicionar la concesión de la libertad condicional a la eficacia policial es cuestionable, toda vez que puede ocurrir que pasados los años en prisión, la información que tenga el penado sea ineficaz a tales efectos. Además puede suponer una instrumentalización del penado no acorde con los princi-

pios preventivo especiales que rigen en la fase de ejecución penal. En este mismo sentido la previsión se basa en una incorrecta comprensión del art. 6 de la decisión marco de la UE de 13 de junio de 2002 sobre terrorismo; dicho artículo no condiciona la libertad a la delación, sino que obliga a prever en las legislaciones la figura del arrepentido y a tener en cuenta la colaboración activa para la determinación de la pena a imponer. Por eso la decisión de la UE lo refiere al momento posterior a la detención y hasta la imposición de la sentencia; con el pronóstico favorable de resocialización es suficiente conforme al espíritu del instituto de la libertad condicional. Se busca con la pena evitar la reincidencia del condenado, y no puede convertirse la libertad condicional en una manera de favorecer la confesión o la delación (Enmienda 22 EA –Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII legislatura. 25 de marzo de 2003) En estos aspectos y de forma contraria se manifiesta el informe del CGPJ que señala que «la ausencia de colaboración, con la consiguiente reserva de información eficaz, es un signo claro de que el penado aún no ha tomado conciencia de la necesidad de contribuir a la finalización de tan graves ilícitos por otros integrantes de la organización»; en todo caso, la existencia o no de este requisito depende, en último extremo de la valoración judicial que se realice de la «colaboración» prestada.

5. Sistema de recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas de prisión

5.1. Recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene competencia para resolver los recursos interpuestos contra los acuerdos adoptados por la administración penitenciaria en tres ámbitos: sanciones disciplinarias (art. 76.2.e), resoluciones sobre clasificación penitenciaria inicial, progresiones y regresiones de grado (art. 76.2.f) y peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos. Únicamente se ha modificado por LO 5/2003 la normativa de los recursos relativos a la clasificación del penado.

5.2. *Recursos contra los acuerdos administrativos sobre clasificación inicial, progresiones y regresiones de grado.*

El Juez de Vigilancia tiene competencia para conocer de los recursos que se interpongan contra los acuerdos de la Administración Penitenciaria sobre clasificación inicial, progresiones y regresiones de grado (art. 76.2.f) de la Ley y 103.5 y 105.2 del Reglamento). Estos recursos, al no existir una norma de procedimiento, se regirán por el respeto a las garantías jurídicas y a los principios de flexibilidad y brevedad (criterio 78, XII, reunión 2003).

5.2.1. **Acuerdos recurribles.**

La LOGP establece la posibilidad de recurrir directamente los acuerdos administrativos de clasificación inicial, de progresión o regresión, pero no los de mantenimiento en el mismo grado. En estos supuestos el interno tiene que recurrir (solicitar que se reenvía el expediente para que se pronuncie sobre la decisión) al centro Directivo la decisión de la Junta de tratamiento y cuando conteste se puede interponer recurso (art. 105 RP). Un camino alternativo para conseguir que el Juez de Vigilancia Penitenciaria se pronuncie directamente sin tener que pasar por el trámite del Centro Directivo, es la interposición de una queja o petición en vez de un recurso discutiendo la decisión de la Junta⁷. Esta solución no es admitida por los jueces de vigilancia.

5.2.2. **Legitimación para recurrir.**

Solamente pueden interponer recurso en estas materias el Fiscal y la persona condenada. Así se deduce de la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La acusación particular, legalmente, no puede recurrir las decisiones administrativas pues, en mi opinión, en la fase de ejecución de la pena de prisión el interés preponderante es el de la reeducación y reinserción de la persona penada (art. 25.2 CE) a través de tratamiento individualizado (art. 1 LOGP). Obviamente la víctima tiene otros legítimos: su seguridad física cuando el penado quede en libertad y la reparación del daño⁸. Estos intereses pueden quedar salvaguardados con la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medi-

⁷ COSMELLI MAROTO, R., *Temas concretos de vigilancia penitenciaria*, págs. 138 y 139, ponencia presentada al Seminario sobre Vigilancia Penitenciaria citado en la nota 6.

⁸ En este sentido se manifiesta el abandonado Proyecto de Ley reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de 1997, aún partiéndose del rechazo a la intervención de las acusaciones en los procesos ante los Jueces de Vigilancia como principio general, se hacía alguna concesión: el Juez podía acordar una audiencia a

das de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, pues el juez de vigilancia debe «oír» a las partes en los siguientes supuestos: concesión de la libertad condicional anticipada del art. 91 CP, aplicación de los beneficios penitenciarios sobre los límites del art. 76 CP en vez del total de la condena en los casos del art. 78.3 CP y para autorizar la clasificación en tercer grado en penas superiores a cinco años antes del cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. No se puede dejar en manos de la víctima la posibilidad de incidir sobre la clasificación del penado. Reitero que la víctima podría ser oída, bien en los supuestos contemplados en la LO 7/2003, o bien, a través de la solicitud de una audiencia al Juez de Vigilancia penitenciaria para exponer la situación sobre la posible repercusión de la libertad del penado en su seguridad física.

5.2.3. Plazo para interponer el recurso.

En este tema no existe una única solución, pero los jueces de vigilancia han optado por el de un mes (criterio 92, XII reunión, 2003), en base a una aplicación analógica de lo previsto en el art. 114.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para el recurso administrativo «ordinario». El mes ha de computarse de fecha a fecha por aplicación del art. 48 de la citada Ley. Éste es el criterio que ha venido aplicando la Administración Penitenciaria Autonómica de Cataluña.

5.2.4. Acerca de la eventual suspensión cautelar del acuerdo administrativo.

El acuerdo administrativo de clasificación en tercer grado inicial o a través de la progresión de grado puede ser suspendido respecto de su eficacia hasta la resolución del eventual recurso interpuesto por el fiscal, si el Juez de vigilancia Penitenciaria así lo decide cuando admita a trámite el mismo, siempre que el fiscal lo haya solicitado. El fundamento se encuentra en la aplicación supletoria bien de la legislación del procedimiento administrativo, bien de la regulación de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

la acusación particular en «aquellas materias que por su trascendencia puedan afectar a la seguridad personal de la víctima o a una más completa reparación del daño causado por el delito».

5.3. Recursos frente a resoluciones de los Jueces de Vigilancia.

El régimen de recursos de las resoluciones dictadas por los Jueces de Vigilancia viene regulado en la Disposición Adicional 5ª LOPJ. Esta norma ha sido muy criticada doctrinal y jurisprudencialmente, valorándose como «poco clara e insatisfactoria»⁹. La disposición ha crecido en las últimas reformas legales (Leyes Orgánicas 5/2003, de 27 de mayo y 7/2003, de 30 de junio) hasta convertirse en un artículo de párrafos y subpárrafos que quieren salir al paso de problemas particulares concretos, de los que muchos de ellos quedan sin respuesta.

5.3.1. Resoluciones recurribles.

Para que sea más clara la exposición vincularemos las resoluciones recurribles a los posibles recursos:

- a) *Recurso de reforma*. Se puede interponer, en principio, contra todos los autos dictados por el Juez de Vigilancia (Disposición Adicional 5ª.1 de la LOPJ). Se excluyen de la posibilidad de recurso las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia que sean irrecurribles por aplicación de una normativa específica (v.gr., auto de abstención —art. 55 LECrim—; o auto planteando o denegando el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad —art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—, así como los autos del Juez de Vigilancia no admitiendo a trámite un recurso de reforma o de apelación. Estas resoluciones son recurribles solo en queja tal y como se desprende del nº 4 de la Disposición Adicional reiteradamente citada.
- b) *Recurso de apelación*. En este tema la redacción de la Disposición Adicional 5ª es muy confusa. Se establece la posibilidad de recurso de apelación contra todas las resoluciones del Juez de Vigilancia que no se dicten resolviendo un previo recurso contra un acuerdo de la Administración Penitenciaria. Este principio general va acompañado de una excepción: se admite la apelación siempre, aunque la resolución del Juez de Vigilancia se dicte conociendo de un recurso contra acuerdo administrativo, cuando éste verse sobre la clasificación del penado. Dicho de otro modo más sencillo, es posible interponer recurso de apelación contra todas las resoluciones que dicte el Juez de Vigilancia con excepción de aquellas que se dicten resolviendo un recurso interpuesto por el interno contra una san-

⁹ Fundamento Jurídico 3º de la sentencia 54/1992, de 8 de abril.

ción disciplinaria¹⁰. Y hubiese sido mucho más simple y fácil decirlo así¹¹ en lugar de la redacción con excepciones, contraexcepciones y reiteraciones, de las que están repletas los números 4 y 5 de la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ.

Los redactores de la LOPJ (1985) y los de la LO 5/2003 que ratifica en esta materia el mismo criterio, no hicieron más que plasmar, ante la ausencia de toda normativa, el criterio que habían asumido los Jueces de Vigilancia en su primera reunión celebrada en abril de 1982: «Parece procedente que existan recursos contra las resoluciones del Juez de Vigilancia cuando éste resuelva en primera instancia por exigirle así las garantías procesales del justiciable, resultando en cambio, innecesarios cuando el Juez de Vigilancia resuelve recursos interpuestos contra decisiones de la Administración Pública en que ya quedan satisfechas»¹². Si bien, quiso establecer una importante salvedad —los acuerdos sobre clasificación del penado— en atención a su trascendencia. En la última reunión de Jueces de Vigilancia (enero 2003) se ha vuelto a debatir sobre la bondad del actual sistema, llegándose a propugnar una modificación legal en virtud de la cual se limitase la posibilidad de apelación a las resoluciones de los Jueces de Vigilancia en las siguientes materias: permisos de salida, clasificación, libertad condicional, redenciones y cuando se alegue la violación de derechos fundamentales. En materia disciplinaria se considera que debiera admitirse la apelación en los casos de sanciones por faltas muy graves (criterio 94, XXI reunión, 2003). Pero en la práctica actual, únicamente, es en este ámbito disciplinario en el que la resolución del Juez de Vigilancia, al resolver el recurso interpuesto contra una sanción, cierra la vía judicial ordinaria, pero abre la posibilidad del recurso de amparo. Es por esta ausencia de apelación por lo que al verse afectados derechos fundamentales, existe una jurisprudencia constitucional tan profusa en este ámbito.

En conclusión, es posible interponer recurso de apelación contra todos los acuerdos del Juez de Vigilancia que no se refieran a la materia sancionadora. En concreto, es predicable esta aseveración de las decisiones sobre permisos (lo que ha sido discutido por alguna Audiencia Provincial), así como de las adoptadas al amparo del art. 76.2.j de la Ley General Penitenciaria —«conocer del

¹⁰ Punto 83 de los criterios de actuación aprobados en la VI reunión ya citados.

¹¹ REIGOSA GONZÁLEZ, *Recursos contra las resoluciones del Juez de Vigilancia*; en «Revista de Estudios Penitenciarios», n.º 236; 1986, pág. 146.

¹² Apartado A de la conclusión 6 de los criterios de actuación aprobados. Pueden consultarse en el «Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial» n.º 4, junio de 1982, págs. 47 y ss.

paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento»¹³. Del mismo modo también cabrá apelación contra los autos del Juez de Vigilancia que aprueben las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días (art. 76.2.d), pues también aquí es el Juez de Vigilancia el órgano que decide en primera instancia¹⁴.

- c) *Recurso de queja*. Este recurso solo puede interponerse frente a las resoluciones del Juez de Vigilancia que rechacen la admisión de un recurso de apelación DA 5^a.4.
- d) *Recurso de casación*. Esta reforma (LO 5/2003) ha establecido la posibilidad de interposición de recurso de casación «para unificación de doctrina» en materia penitenciaria. Frente a los autos dictados por las Audiencias Provinciales o la Audiencia Nacional resolviendo un recurso de apelación podrá interponerse casación para unificación de doctrina, cuando no quepa casación ordinaria (DA 5^a.7) (que no cabe nunca). Se atribuye la legitimación, en armonía con lo dispuesto para la apelación, al Ministerio Fiscal y al penado. Se establece que los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver este recurso, en ningún caso afectarán a «situaciones creadas por las sentencias precedentes a la impugnada»¹⁵. La creación de un recurso de casación no parece acertada. Anula la diversidad y riqueza de interpretaciones de los juzgados de vigilancia penitenciaria, hecho que pasaría a depender de la interpretación realizada por unos magistrados alejados del terreno penitenciario y, en ocasiones, determinados políticamente. Por su propia naturaleza esta materia exige respuestas ágiles y rápidas poco compatibles con la lentitud de la casación. No concuerda bien la admisibilidad de la casación en estos autos recaídos en ejecución, aunque se acompañen de la etiqueta «para unificación de doctrina» con las limitadas posibilidades de casa-

¹³ Así lo declaró el TC en su sentencia 54/1992, de 8 de abril, dejando sin efecto la resolución de un Juez de Vigilancia que había inadmitido a trámite el recurso de apelación por entender que se trataba de una decisión resolviendo un recurso previo contra decisión no referente a la clasificación del penado.

¹⁴ En idéntico sentido, ROIG BUSTOS, *Procedimiento Sancionador en el ámbito penitenciario*, en «Fiscales de Vigilancia Penitenciaria»; Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1988; pág. 151.

¹⁵ Estamos ante una mala copia del art. 80 del Proyecto de 1997 en que se regulaba ese recurso frente a los Autos de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia pero se atribuía la legitimación exclusivamente al Ministerio Fiscal y se precisaba con claridad que el único valor de la sentencia que recayese sería el de formar «doctrina jurisprudencial». Esos matices han desaparecido en el trasvase que se ha hecho de esa novedad a la reforma de 2003, lo que va a ser un semillero de problemas. No parece además que esa previsible «avalancha» de recursos de casación sea muy operativa a los fines de unificar doctrina.

ción que existen en el proceso penal y en concreto en su fase de ejecución. No parece muy lógico que decisiones tan relevantes como una declaración de prescripción de una pena estén excluidas de la casación y, sin embargo, deba pronunciarse el Tribunal Supremo en casación sobre una queja de un interno relacionada con una recepción de paquetes o una comunicación. Solo se permite la casación contra Autos de las Audiencias. Por tanto, si de la apelación previa conoció un Juzgado de lo Penal (por tratarse de materia de ejecución de penas impuesta por tal órgano) estará excluida la casación; que, en su literalidad, tampoco sería factible cuando la resolución provenga de un Tribunal Superior de Justicia (aforados).

El fiscal Del MORAL afirma que «tratándose de un recurso contra un auto y para unificación de doctrina» lo lógico es que solo se admitiese el recurso por infracción de ley al amparo del art. 849.1º. O, en todo caso por infracción de precepto constitucional si se conviene que el art. 5.4 de la LOPJ (art. 852 LECrim en la actualidad) pero se introduce un tercer tipo de casación a caballo entre la casación por infracción de ley y la casación por quebrantamiento de forma. Los motivos por quebrantamiento de forma de los arts. 850 y 851 están pensados para una sentencia tras la celebración de un juicio oral, por lo que no son aplicables a los recursos contra autos. Infracciones de carácter formal que hayan causado indefensión tendrán mejor cobijo en el art. 852 LECrim. Tampoco el motivo del art. 849.2º parece muy acorde con la naturaleza de estas resoluciones pues se parte de una valoración probatoria propia de un juicio oral y no en un expediente de vigilancia. No obstante, la genérica remisión de la disposición adicional 5ª es terreno poco apto para introducir este tipo de matizaciones y se corre el riesgo de desvirtuar el carácter de recurso extraordinario de la casación en este ámbito»¹⁶.

- e) *Recurso de amparo constitucional*. Procederá recurso de amparo constitucional si se invoca lesión de alguno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo. En consecuencia quedará abierta la vía constitucional con el auto resolviendo el recurso de reforma en materia de sanciones disciplinarias dictado por el Juez de Vigilancia; y, en los demás casos, con el auto dictado por el órgano ad quem (Audiencia o Juzgado de lo Penal) resolviendo el previo recurso de apelación contra la resolución del Juez de Vigilancia. La cuestión que se abre es si es necesi-

¹⁶ DEL MORAL, A, *Recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad*, Curso de formación en derecho penitenciario, septiembre 2003. CGPJ.

rio para agotar la vía ordinaria y despejar el horizonte hacia la interposición del recurso de amparo, agotar el recurso de casación para unificación de doctrina. Aunque algún viejo precedente del TC (sentencia de 26 de enero de 1981) podría servir para sostener una respuesta negativa, tal y como ha quedado configurado ese recurso en la Ley creo que la jurisprudencia constitucional optará por considerar necesario acudir previamente al Tribunal Supremo, lo que siempre podrá hacer por definición (art. 852 LECrim) si estamos ante un auto dictado por una Audiencia Provincial resolviendo el recurso de apelación contra una decisión de un Juez de Vigilancia. Solo podrá eludirse la previa casación cuando estemos en materia de ejecución de penas y el órgano sentenciador sea un juez unipersonal que, en consecuencia, se haya constituido en órgano ad quem de la apelación frente al acuerdo del Juez de Vigilancia.¹⁷

5.3.2. Partes: legitimación para recurrir.

Solamente pueden recurrir el fiscal, el interno o el liberado condicional (párrafo 8º de la Disposición Adicional). Se excluye a la acusación particular y popular, siguiendo a la mayoría de la doctrina¹⁸ y la jurisprudencia del TC que por auto de 3 de julio de 1989 se inadmitió a trámite el recurso de amparo planteado por una acusación particular contra la resolución de la Audiencia Provincial que rechazaba su legitimación para recurrir la decisión de conceder a uno de los penados un permiso de salida. Por otro lado, en materia de régimen penitenciario, surge la cuestión de si la administración penitenciaria puede o no interponer recurso contra la resolución administrativa. La solución es claramente negativa. No puede.

Cuando el interno manifieste su deseo de recurrir, el juzgado de vigilancia tiene suspender el plazo y designar un abogado de oficio. No es necesaria la presencia de procurador para la interposición del recurso de apelación, derivándose la representación procesal al abogado defensor. Para el recurso de reforma, debido al silencio que manifiesta la Disposición Adicional en su n.8, no es necesaria la presencia ni de aboga-

¹⁷ En el campo laboral el TC no ha vacilado al considerar que el recurso para unificación de doctrina cuando procede debe interponerse antes de acudir al amparo (por todos, Auto 206/1993, de 28 de junio).

¹⁸ En ese sentido, BUENO ARÚS, Los permisos de salida y las competencias de los jueces de vigilancia en «Poder Judicial», 2ª época, n.º 2, junio de 1986, pág. 29; ASENCIO CANTISÁN, Recursos contra las Resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Tomo XL, fascículo I, enero-abril de 1987, págs. 158 a 160.

do ni de procurador. En todo caso, siempre tiene que salvaguardarse la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales.

5.3.3. Órgano competente para conocer de los recursos.

Para resolver el recurso de reforma es competente el Juez de Vigilancia Penitenciaria, al ser un recurso no devolutivo. El de casación tiene que ser resuelto por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El de queja, por su parte, tendrá que de ser resuelto por el órgano competente para conocer de la apelación.

Ahora bien, en materia de recurso de apelación la cuestión se complica al tener que diferenciarse entre materias de ejecución, de régimen y otras que no sean de estos ámbitos. Las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación ante el Tribunal Sentenciador (DA 5^a.2 LOPJ), las demás ante la Audiencia Provincial de la demarcación territorial donde se encuentre la cárcel (DA 5^a.3 LOPJ). Son materias referentes a ejecución de penas: la libertad condicional, los beneficios penitenciarios que supongan un acortamiento de la condena, los temas relacionados con la clasificación penitenciaria, el período de seguridad, el artículo 78, el conocimiento del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del Establecimiento (art. 76.2.j) de la Ley General Penitenciaria). En materia de régimen y otras materias se encuentran: los permisos¹⁹, quejas y peticiones formuladas por los internos al amparo del apartado g) del art. 76.2 de la Ley General Penitenciaria, la aprobación de sanciones de aislamiento en celda de duración superior a 14 días (art. 76.2.d) de la Ley General Penitenciaria), las peticiones o quejas relativas a temas no propios de ejecución (apartado g del art. 76.2) Las facultades del Juez de Vigilancia a que se refiere el art. 77 de la Ley General Penitenciaria, son también encuadrables en general dentro de las materias no ejecutivas.

Si la última sentencia fuese dictada por el Tribunal Supremo en base a un recurso de casación, el Tribunal sentenciador (Audiencia Provincial) será quien conozca del recurso de apelación. El Tribunal Supremo será el órgano competente para conocer de estas apelaciones, únicamente, cuando se trate de un proceso contra aforados. Como podrá serlo también en su caso un Tribunal Superior de Justicia.

¹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, considera que la materia de permisos pertenece al régimen penitenciario (ob. cit., pág. 159). En igual sentido se pronuncia BUENO ARÚS (ob. cit. pág. 28). El Auto de la Audiencia Nacional de 14 de febrero de 1986, modificando el criterio sostenido en anteriores resoluciones, convino igualmente que se trata de materia de régimen y no de ejecución.

Si se trata de un proceso con Jurado la competencia vendrá atribuida bien al Magistrado-Presidente correspondiente, bien a la Audiencia Provincial en cuyo seno se constituyó el jurado, según el entendimiento que se tenga de las funciones del Magistrado-Presidente y la Audiencia en los procesos con Jurado.

En el marco de actuación de los Juzgados Centrales de Vigilancia, la apelación, sea la materia de régimen o de ejecución y sea cual sea el órgano sentenciador, será competente siempre la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y no en el Juzgado Central de lo Penal, aunque la pena haya podido ser impuesta por éste (DA. 5^a.5 LOPJ).

Cuando se trata de una sentencia de conformidad en el ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, aunque sea el Juzgado de Instrucción el órgano sentenciador, dado que la ejecución compete al Juzgado de lo Penal (art. 801.1 LECrim) será éste el llamado a conocer de eventuales apelaciones contra las decisiones del Juez de Vigilancia relativas a la ejecución de la pena impuesta.

Si, como sucede con frecuencia, son varias las penas que se encuentra cumpliendo una persona presa, el criterio se complica. La reforma de la LO 5/2003 ha previsto la solución en base al establecimiento de unos criterios (DA 5^a.2 LOPJ). Cuando el penado se encuentre cumpliendo varias condenas, la competencia para el recurso corresponderá al juzgado o Tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave (siguiendo el criterio del orden de cumplimiento de la pena más grave establecido en el art. 75 CP), y en el supuesto de que concurren varios juzgados o tribunales que hubieren impuesto pena de igual gravedad, el último que haya dictado sentencia entre ellos (siguiendo el criterio de los trámites de la limitación de penas del art. 76 CP —988 LEcr—). En el supuesto de que un Juez o Tribunal haya impuesto varias penas privativas de libertad, la comparación a efectos de fijar la competencia habrá que hacerla con la pena más grave de las impuestas, y no con la suma de todas ellas. Para el caso de limitación de condenas del art. 76: hay que estar a las penas todavía no acumuladas. Si una de las condenas ha sido impuesta por la Audiencia Nacional o el Juzgado Central de lo Penal, la competencia para conocer de la apelación será siempre de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, puesto que la competencia de los Juzgados Centrales de Vigilancia es excluyente (art. 94.4.2^o LOPJ). No importa que existan condenas más graves impuestas por otros órganos jurisdiccionales.

5.3.4. Normas de Tramitación

La tramitación de los recursos de reforma y queja no ofrecen peculiaridad alguna frente al régimen general de recursos contra autos. En cuanto a la apelación la Disposición Adicional 5ª en su nueva redacción se remite en su párrafo 8 a las normas previstas en la LECrim para el procedimiento abreviado. La remisión ha de entenderse hecha a la regulación de la apelación frente a autos y no sentencias, es decir al actual art. 766 (Ley 38/2002). El recurso de reforma, pues, ha de considerarse facultativo. El plazo para la interposición de la apelación será de cinco días y la tramitación se lleva a cabo ante el propio Juzgado de Vigilancia: vista al resto de las partes durante cinco días para impugnación y remisión al órgano encargado de su decisión (Audiencia Provincial o Tribunal sentenciador) junto con los particulares que hayan sido designados. En determinados casos —y teniendo en cuenta la naturaleza del expediente de que se trate— puede prescindirse de la remisión de particulares y enviar directamente las actuaciones del expediente que siempre podrán también ser reclamadas por el órgano ad quem conforme previene el art. 766.3. No está prevista la celebración de vista en ningún caso. Esta regulación simplifica mucho la tramitación, sobre todo pensando en que el recurso debe resolverse en lugares físicos (juzgado o tribunal sentenciador) alejados de la demarcación del juzgado de vigilancia penitenciaria, a diferencia de la anterior normativa en que la Audiencia Provincial de la demarcación territorial también resolvía los recursos de apelación. El problema surge en los recursos de casación pues se necesitarán hasta tres profesionales distintos: uno para interponer el recurso de apelación; otro —en las sede del órgano sentenciador— para recibir la notificación y preparar en su caso la casación; y un tercero en Madrid para formalizar la casación.

En cuanto al recurso de casación no existen peculiaridades respecto al régimen ordinario del recurso (DA 5ª.7 LOPJ), a salvo las particularidades que de su finalidad se deriven. Debiera haberse previsto algo más pues el régimen común del recurso de casación está pensando en sentencias dictadas por las Audiencias y el hecho de tratarse de autos recaídos en apelación impone de hecho alguna especialidad. En los autos normalmente no hay hechos probados; no están siempre bien reflejados los antecedentes necesarios para la resolución del recurso; es necesario en ocasiones tomar vista de todas las actuaciones. Esas deficiencias se suplen en la práctica con la habilitación de trámites inexistentes en la ley (como la reclamación de antecedentes del órgano a quo previa a la resolución del recurso); o llegando a una resolución declarando la nulidad²⁰.

²⁰ Vid., por ejemplo, la sentencia 502/1998, de 13 de abril.

Por último, habría que señalar que la admisión del recurso en ambos efectos no debe rechazarse automáticamente con base en una interpretación literal de los arts. 217 o 766.1 LECrim. Tiene que ser el Juez quien acuerde el efecto suspensivo al recurso. El art. 202 LECrim, puede servir de base legal para depositar en manos del órgano judicial la decisión sobre la suspensión o no de la resolución impugnada. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio vuelve a modificar la Disposición Adicional 5ª añadiendo en su num. 5 una previsión a tenor de la cual el acuerdo debe ser suspendido en determinadas situaciones: «cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión». «Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente». Este sistema es claramente negativo. Se desconfía del arbitrio del juez y se puede retraer al fiscal a recurrir debido a la incidencia vinculante de su recurso a la privación de libertad. Además, debido a la tramitación del recurso (art. 766 LECrim) que se lleva a cabo ante el juzgado de vigilancia penitenciaria puede haber transcurrido mucho tiempo hasta que llegue el momento en que el tribunal o juzgado sentenciador tenga que conocer de los hechos. Por ello, no cabe más remedio que además de realizar una valoración muy negativa de esta norma, efectuar interpretaciones negativas de la misma:

1. La redacción: «... o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del penado» es una incorrecta desde un punto de vista jurídico y gramatical, toda vez que toda libertad condicional da lugar a la excarcelación del penado. No hay ninguna figura legal de esta institución que suponga el mantenimiento dentro del centro penitenciario. Por ello, la redacción correcta hubiese sido: «se refiera a materia de clasificación que pudiera dar lugar a la excarcelación del penado o a la concesión de la libertad condicional».
2. Esta Disposición Adicional no es aplicable al tercer grado régimen del art. 182 RP (tercer grado para ingreso en un centro extrapenitenciario de rehabilitación de drogas), ni de los arts 166-167 RP (tercer grado para ingreso en una unidad dependiente) ni el tercer grado restringido a cumplir en las secciones abiertas (art. 82.1 RP), toda vez que en estos casos el penado permanece el mayor tiempo de la jornada diaria en un centro cerrado. La «excarcelación» supone disfrutar de libertad absoluta la mayor parte del día, y esto solamente ocurre en el régi-

men abierto previsto en los arts. 84.2 y 86.4 RP. A mayor abundamiento de esta interpretación restrictiva habría que señalar que se podrían alcanzar los mismos efectos respecto de la libertad del régimen previsto en el art 82.1 RP —régimen abierto restringido— por vía de la aplicación del régimen ordinario (segundo grado) con la aplicación del art. 100.2 RP, (sistema de flexibilización de grados de tratamiento) aplicando parte del régimen del segundo grado y las salidas de fines de semana, correspondientes al régimen abierto. De esta manera se podría burlar mediante un fraude de Ley la ejecutoriedad del régimen abierto de la DA 5ª, aplicando por el Juez de Vigilancia el art. 100.2 RP. Al tratarse de una resolución de segundo grado, en caso de recurso del fiscal, no se suspendería la ejecutoriedad de la resolución. Por ello, no es posible aplicar esta disposición adicional a los terceros grados cuyos regímenes de vida puedan también alcanzarse por otras vías jurídicas (segundo grado con aplicación del art. 100.a RP).

3. Incomprensiblemente se da trato de favor a las resoluciones de tercer grado dictadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias frente a las dictadas por el Juez de vigilancia. Las primeras, cuando sean recurridas por el fiscal ante el Juez de vigilancia no se suspenden y, por tanto, se hacen efectivas. Las segundas, ante el recurso del fiscal, se suspenden. Se da un trato de mayor credibilidad a las resoluciones administrativas que a las judiciales; o dicho de otra forma, la desconfianza frente a las resoluciones judiciales es un ejemplo más de la desconfianza del legislador y del poder ejecutivo frente a la autonomía e independencia del poder judicial.
4. Una vez interpuesto el recurso y sin necesidad de esperar a su tramitación completa el Juez de Vigilancia debería dirigirse al órgano competente para conocer de la apelación remitiéndole los antecedentes necesarios a los únicos efectos de que pueda pronunciarse sobre la necesidad de mantener o alzar la suspensión que se produce por ministerio de la ley.
5. Únicamente es aplicable cuando el Juez de Vigilancia se haya limitado a desestimar el recurso interpuesto contra la decisión de la Administración Penitenciaria pues en tales supuestos la excarcelación no es consecuencia de la resolución judicial, sino de la previa decisión administrativa.
6. Que se trate de delitos graves, lo que exige que tenga una pena superior a tres años de prisión, aunque el proyecto de ley de reforma del código penal otorga la consideración de delito grave a los que tengan penas superiores a cinco años de prisión. En todo caso habrá que estar a lo que establezca la futura regulación penal. Pero, a partir de la futura reforma, si la pena para considerar que

el delito es «grave» se eleva de tres a cinco años de prisión, con independencia del momento de la comisión del delito –antes o después de la futura reforma- únicamente pueden ser suspendidas las resoluciones de tercer grado referidas a delitos graves, es decir, cuyas penas sean superiores a cinco años de prisión. Si esta norma tiene carácter retroactivo, lo debe tener en toda su extensión, por ello, también para la extensión de las penas. De ninguna manera se podría argumentar que la suspensión lo fuese para la suma de las penas que excedieren de cinco años de prisión aunque fueran inferiores a ese tiempo, porque la calificación de delito «grave» lo es en base al art. 33.2 CP, sin que sea posible una aplicación analógica «contraria al reo» que ampliase la condena «grave».

6. Incremento del límite máximo de prisión

El límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión se eleva de 30 a 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a veinte años, o cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Libro II del código penal y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años (art. 76.c.y d CP). Estos límites se pueden establecer aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en un solo (art. 76 CP reformado por LO 7/2003). De esta reforma legal se pueden extraer tres cuestiones para la reflexión: 1. ¿Es eficaz para prevenir la delincuencia y evitar la reincidencia el incremento de las penas de prisión? 2. ¿La pena de 40 años de prisión es compatible con el principio constitucional que recoge la prohibición de penas y tratos inhumanos y degradantes (Art. 15 CE)? ¿Salvaguarda los contenidos del derecho constitucional a la dignidad y la orientación reeducadora y de reinserción social de las penas (art. 25.2 CE)? 3. Deja sin resolver el problema de las condenas que exceden de los límites legales por hechos delictivos que no sean conexos.

6.1. Dudosa eficacia de prevención delictiva.

Desde la experiencia de personas que llevan años trabajando con personas presas, se afirma que cuando una persona sufre un encierro penitenciario de más 15 años, la destrucción como ser social, relacio-

nal y emocional es una realidad. En principio, la extensión temporal de las penas se fija en función de la gravedad de las conductas delictivas, pero habría que reflexionar sobre la oportunidad de una revisión de tal extensión temporal desde el punto de vista de las consecuencias de la cárcel en la eficacia resocializadora de la misma. Este camino de pensamiento exige abandonar la idea de que existe un incremento de la eficacia del sistema penal en orden a la prevención del delito cuanto más se eleven las extensiones temporales de la pena de prisión. La ecuación que se proclama desde la calle y ciertas posiciones ideológicas: más cantidad de pena, más severidad en el régimen penitenciario = más seguridad/menos reincidencia, es errónea. A más tiempo en la cárcel, le corresponde un incremento del número de presos y más desestructuración psicológica de los mismos, pero no un descenso de la reincidencia. En un estudio reciente de la Central de Observación de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre la reincidencia, elaborado a partir de una muestra de 330 presos estudiados en la Central, se concluye afirmando que los datos reflejan «la existencia de una relación entre la reincidencia y los antecedentes de estancia en régimen cerrado» (ESTUDIOS 2001:236) de manera que según los autores, aquellos que han estado en régimen cerrado, tienen un porcentaje de reincidencia al cabo de los tres años siguientes a su salida de un 57%, frente a un 42% de reincidencia que aparece entre los que no tienen antecedentes de haber estado en primer grado. Es verdad que resulta difícil hablar de causalidad entre ambas variables, puesto que se trata más bien de una simple correlación, pero en cualquier caso, no parece que la aplicación del régimen más duro, sirva para evitar la «vuelta a las andadas» de quienes lo han sufrido, más bien parecería que la estimula. De hecho, en las conclusiones del citado estudio se afirma que los datos muestran que «los antecedentes de cumplimiento más rígido y penoso, la mayor desadaptación en prisión, la no participación en actividades programadas, el consumo de sustancias tóxicas y algunos trastornos psicopatológicos, son causas determinantes de mayor reincidencia». Por todo lo cual, si bien se puede llegar a entender que las demandas expresadas por la opinión pública en el sentido de endurecer y ampliar las penas y las condiciones de cumplimiento, pueden estar justificadas desde «sentimientos como la ira, la venganza, la rabia, la impotencia, el miedo o la angustia», sin embargo «la demostración empírica nos muestra, que, aquellos que son excarcelados en libertad condicional reinciden menos que los que son excarcelados en libertad definitiva, y, ello significa que el cumplimiento de la pena ha sido mejor en todos los aspectos, pues, en general, ha tenido menos infracciones disciplinarias, ha participado en actividades de tratamiento y ha sido clasificado en tercer grado de tratamiento, precedido por el disfrute de permisos de salida para preparar su salida en semilibertad o libertad, en resumen, su estancia en prisión

ha sido menos penosa y rígida, por lo que, si realmente queremos defendernos de nuevos delitos, el camino no parece ser el endurecimiento de las penas y de las condiciones de cumplimiento» (ESTUDIOS 2001:274). Esto exige la apuesta estatal por una política criminal que vaya acompañada de política sociales de prevención, tratamiento y modificación de la estructura social que sea injusta.

6.2. *Cuestiones acerca de la dudosa constitucionalidad del art. 76 CP.*

La permanencia de 40 años en la cárcel, teniendo en cuenta que la edad penal comienza a los 18 y la edad laboral finaliza a los 65, supone un encierro durante el período vital en el que la existencia cobra sentido. Vivir a partir de los 65 o 70 años, habiendo pasado los últimos 40 en la cárcel, no puede ser nada gratificante y mucho menos por la tremenda destrucción personal que se puede haber causado. De manera que si una persona es condenada cuando tiene 22 años a una pena de 40 años de prisión, hasta los 62 estará preso. Es decir, toda la vida.

Esta situación, ¿es compatible con la dignidad que reconoce la Constitución a todas las personas?, ¿es una pena inhumana y supone un trato cruel o degradante? El método que se utiliza en la argumentación jurídica permite dar respuesta en los dos sentidos posibles. Mi posición es abiertamente contraria a esta elevación de la pena, pero desde el partido popular, el partido socialista obrero español y el Consejo General del Poder Judicial se mantienen posturas legitimadoras de tan brutal incremento penal. Los argumentos esgrimidos por el órgano de representación judicial son los siguientes:

- a) «Los ordenamientos europeos contemplan la cadena perpetua. En este sentido, en Alemania, la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 21 de junio de 1977 declaró que la pena perpetua resultaba necesaria para mantener en la población la conciencia del derecho y el sentimiento de seguridad en el caso de delitos especialmente graves de extraordinario contenido de injusto y de culpabilidad. En ese caso, las consideraciones humanitarias ceden a favor de la prevención general. Ahora bien, la constitucionalidad está condicionada a que la prisión perpetua no lesione la dignidad humana, y siendo cierto que toda prisión de larga duración puede producir trastornos de la personalidad, ello debe contrarrestarse con una configuración adecuada a la ejecución, y es presupuesto de esta configuración que el condenado conserve la esperanza de ser liberado, aunque sólo sea después de largo tiempo».

- b) «Es distinta la prisión perpetua ineludible, contraria a los derechos consagrados en el Convenio, y la prisión perpetua discrecional, que permite la excarcelación del condenado conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 25 de octubre de 1990, caso Thynne, Wilson y Gurmell contra Reino Unido, y 16 de octubre de 2001, caso Einhorn contra Francia».
- c) «El Tribunal Constitucional Español en la sentencia 91/2000, de 30 de marzo, en un caso en que se analizó la extradición de un súbdito italiano reclamado por la autoridades de su país de origen por hechos que podrían dar lugar a la imposición de la pena de «reclusión perpetua» desestimó el amparo al no apreciar lesión de los arts. 15 y 25 CE, toda vez que la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues «depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste. De forma que por su naturaleza, la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4).
- d) Tampoco, afirma el informe del CGPJ, «este límite temporal no es contrario al derecho a la reeducación y reinserción social del art. 25.2 CE. toda vez que para el caso de delitos especialmente graves, de gran contenido de injusto y culpabilidad, puede ser consecuencia de la ponderación del legislador sobre los intereses contrapuestos de prevención general y especial, y su compatibilidad con la prohibición de penas inhumanas se garantiza suficientemente con un moderno sistema de ejecución de penas como el que inspira nuestra legislación Penitenciaria».

En mi opinión, estas expresiones son fruto de un desconocimiento de la forma real de cumplimiento de las penas, no solo desde el punto de vista material sino del jurídico, así como de los efectos o consecuencias que genera el encerramiento penitenciario en las personas presas. Frente a estos argumentos que defienden la constitucionalidad de la pena de 40 años, existen otros que, desde diferentes ámbitos, nos permiten mantener con firmeza una abierta oposición a tal norma:

1. *Razones basadas en la legislación internacional.* El art 10.3 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, proclamado y adoptado por la asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2.200 a (XXI); vigente en España desde 27.7.77.

BOE 103 de 30.4.1977 establece que «el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados». No existen formas de ejecución planteadas para las largas condenas en la administración Penitenciaria española. ¿Qué profesional del ámbito del derecho o de las ciencias sociales o de la conducta es capaz de afirmar que un ser humano encerrado en una prisión entre 30 y 40 años no acaba destruido como ser social, relacional y emocional? La experiencia diaria de trabajo como personas encarceladas nos afirma algo radicalmente distinto del razonamiento estrictamente jurídico.

El artículo 58 de la Resolución de 31 de julio de 1957 y 13 de mayo de 1977 sobre Reglas Mínima para el tratamiento de los reclusos. Aprobada en el I Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención Económica y social y tratamiento del delincuente, Ginebra 1955, establece que «el fin y justificación de las penas y medidas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Solo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo. ¿Con 30 ó 40 años ininterrumpidos de prisión es alguien capaz de respetar la ley una vez alcanzada la libertad?... La experiencia nos habla de la enorme dificultad, por no decir imposibilidad para ello». Por otra parte el art.59 establece que para lograr este propósito, «el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades de tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales». ¿Que tratamiento se puede aplicar a un recluso con cuarenta años de condena en una cárcel? Sencillamente, no existe. No hay otra respuesta posible. Por último el artículo. 60.2 afirma que «el tratamiento no deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario el hecho de que continúan formando parte de ella», ¿con 40 años de condena, quien es capaz de sostener realmente una repuesta afirmativa?

El artículo 1 de la Declaración de 9 de diciembre de 1975 sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanas y degradantes, Asamblea General de las Naciones, Unidas; resolución 3452 (XXX) establece «a los efectos de la presente declaración, ...No se considerará tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos». ¿Si se reflexiona desde la propia experiencia personal, sería posible afirmar que estar 40 años encerrado no es una tortura? Imagínese el lector esa situación, quítese la toga y contéstese sinceramente.

2. *Razones de legalidad constitucional.* En nuestra opinión, la situación descrita y, en concreto, las condenas que rebasan en ocasiones la cronología de una vida humana vulneran los principios constitucionales de reeducación y reinserción social —art. 25.2 CE—, la dignidad —art. 10 CE— y la proscripción de tratos inhumanos y degradantes —art. 15 CE—. Ciertamente es que el art. 25.2 CE no contiene un mandato normativo de carácter vinculante. Pero no estamos aquí discutiendo si se trata de un mero «principio constitucional orientador de la política Penitenciaria» (SSTC 21.1.87, 16,2 88, 4.2.91) o si se trata de un auténtico derecho fundamental lo que ciertamente se ha rechazado por la doctrina constitucional hasta la fecha. Más bien estamos en la línea de evitar que sea cual fuera la naturaleza del fin último de la pena y el orden de prevalencia de sus fines (resocializadores, preventivo generales, etc) la orientación de las penas contenida en el mandato constitucional no se refiere a la expresión de las finalidades de la pena, retribución o prevención, sino que constituye un principio que se erige como límite último infranqueable proscriptor de cualquier posible situación penal que excluya materialmente *a priori* cualquier mínima posibilidad de reeducación y reinserción social.

Desde esta perspectiva la reinserción y la reeducación proclamadas en el art 25.2.CE obligan al legislador a diseñar políticas legislativas desde perspectivas que tenga en cuenta que el penado deberá retornar a la libertad; con idéntico criterio debe intervenir el aplicador de la legislación penal y Penitenciaria. Por ello, se considera la preparación para la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena como *minimum innegociable* (STC 112/96), y quedaría vaciado de contenido constituyendo una burla al mandato constitucional si por la excesiva duración de la condena la libertad resultase ilusoria o por producirse tan tarde y con consecuencias tan penosas para el sujeto que llegara a constituir un trato inhumano degradante. Situados en penas tan extensas, se puede afirmar que la pena no cumple ya ninguna función preventivo general ni preventivo especial, ni tiene virtualidad para producir efectos reeducadores o resocializadores (STS 14.3.1998). Según señalan las sentencias del TS 15.2.96 y 18.7.96, el art. 25.2 CE tiene un alcance genérico que ha de tenerse en cuenta por el legislador al fijar las penas aplicables a cada delito por los Juzgados y Tribunales en aplicación de las normas penales y Penitenciarias. Por ello, todo cuanto contradiga o se enfrente a la resocialización del individuo empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde el punto de vista constitucional que exigirá la rectificación del acuerdo judicial correspondiente (STS 30.01.1998).

En esta línea y con un desarrollo más detallado la STS 27.01.99 explicita como lo que el legislador no ha querido regular (la cadena pepe-

tua) no puede ser introducido por vía de acumulación aritmética de condenas. Pues «es indudable que una pena que segrega definitivamente al condenado de la sociedad no puede cumplir tales objetivos (los del art.25.2 CE) y es, por tanto, incompatible con ellos. Por otra parte los especialistas, y ahondando en el mismo fundamento, han comprobado empíricamente que una privación de libertad prolongada y continuada produce en no pocos casos graves perturbaciones de la personalidad. Por tales razones se considera en la actualidad que una configuración razonable de la ejecución de las penas privativas de larga duración requiere que el condenado pueda albergar la posibilidad de un reintegro a la sociedad libre, dado que lo contrario podría constituir, además de la vulneración del principio de humanidad y reinserción, anteriormente referidos, un «trato inhumano y degradante» al suponer el quantum de la pena a cumplir una humillación o una sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, proscrito en el art. 15 de la Constitución» (STC 65/1986, de 22 de mayo)²¹. En este mismo sentido la STS 20.04.1999, ponente MARTÍNEZ ARRIETA, señala que «Los especialistas han comprobado empíricamente que una privación de la libertad prolongada y continuada produce en no pocos casos graves perturbaciones de la personalidad... una configuración razonable de la ejecución de las penas privativas de larga duración requiere que el condenado pueda albergar la posibilidad de un reintegro a la sociedad libre, dado que lo contrario podría constituir un «trato inhumano» en el sentido del art. 15 CE».

Este reintegro a la sociedad debe garantizarse con un mínimo de posibilidades de vivir con dignidad en libertad; o dicho de otro modo, que la cárcel, como espacio donde cumplir la pena de prisión, orientada según las Exposiciones de Motivos de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del Reglamento Penitenciario a la preparación de los reclusos para la vida en libertad, no genere daños psicológicos y sociales de difícil o imposible recuperación que impidan el desarrollo digno de la vida en libertad. A partir de 15 años de prisión, las experiencias de trabajo resocializador con personas que sufrieron la privación de libertad, señalan que los daños en los ámbitos emocional, senso-

²¹ En este sentido la Audiencia Nacional, sala de lo penal, (autos de 30.1.92, 5.3.92) señala en una caso de extradición que «en ningún caso el reclamado cumpliría de condena más de 30 años de prisión continuada efectiva, por así imponerlos principios constitucionales que vinculan directamente a este Tribunal en sus resoluciones, tales como los que se refieren a las funciones que cumple las penas en nuestro ordenamiento jurídico (el art. 25 CE habla de que las penas están orientadas hacia la reeducación y la reinserción social, y estos fines excluyen la pena de prisión a cadena perpetua). También otros principios como el respeto a la dignidad humana —principio de humanidad de las penas— a través del sometimiento a penas o tratos inhumanos o degradantes».

rial, relacional y afectivo son casi irreparables, convirtiéndose, la pena de prisión en un tratamiento inhumano como respuesta institucional al delito.

Ahondando en este tema habría que analizar, siquiera brevemente, las graves consecuencias que la cárcel genera en la personalidad del recluso; y, obviamente, a más tiempo en la cárcel, más desestructuración en la línea anteriormente comentada.

Las cárceles están diseñadas de tal modo que hacen imposible una intervención educativa. Están organizadas para que la persona presa interiorice determinadas formas de conducta especialmente polarizadas en la sumisión a la disciplina carcelaria. La mayoría de las personas presas tiene que adaptarse a la dinámica desestructuradora de la prisión para poder sobrevivir cada día. En la práctica, de hecho, no se barajan más indicadores objetivos de maduración personal que los disciplinarios, y no existe, desde luego, ninguno que detecte los deterioros personales que inevitablemente produce la progresiva prisionización en las personas reclusas. Un análisis de trabajos de sociología y psicología, unidos al conocimiento de la realidad Penitenciaria, nos conduce a afirmar que la dinámica Penitenciaria imposibilita que la persona presa adquiera estos niveles de responsabilidad individual y social. La prisión se organiza bajo un régimen que, además de despersonalizar y disocializar origina, en las personas presas, graves problemas de desestructuración personal. Las personas reclusas pasan a ser una cifra, una unidad que se mueve en torno a un sistema automático de vida a fin de conformar estrictos esquemas de dominio y disciplina. La acción despersonalizadora de la cárcel tiene como función la adaptación del preso al sistema penitenciario. La disocialización comienza con una interrupción o, como ocurre con frecuencia, con una pérdida de la relación de la persona presa con su medio familiar, social y laboral. Esta ruptura con el mundo exterior va a provocar el comienzo de procesos de distanciamiento y desarraigo. Además, implica el alejamiento de los valores, de las normas de comportamiento, y de las leyes del mundo exterior. De esta forma se origina un sentimiento de desamparo, de vacío normativo, y de rechazo social.

La persona presa empieza a sufrir una indeterminable experiencia de convivencia que le conduce, a través de una adaptación anormalizadora y animalizadora, a un medio social caracterizado por la violencia, omnipresencia de relaciones de dominación, disciplina, obediencia irracional, estancia obligada, sumisión permanente, y tensión violenta en las relaciones. Mediante el proceso adaptativo al medio carcelario se origina una quiebra del yo y una pérdida definitiva de los roles y status sociales anteriores al ingreso. La adquisición de una nue-

va identidad, como consecuencia de la alteración de la forma de ser anterior, viene impulsada por el aislamiento de su entorno social y la imposición de los nuevos marcos de referencia psicológicos y relacionales de la prisión²².

La persona presa tiene que afrontar una situación desconocida de incierta duración, de relación de dominación/sumisión, de permanente peligro, en la que es imposible controlar los acontecimientos. Por otra parte, altera los ritmos vitales, y origina una dependencia absoluta, falta de iniciativa y una ausencia de expectativas de futuro. Todo ello, unido a las humillaciones, amenazas, monotonía, violación de la intimidad, origina nuevas pautas de comportamiento. La actitud permanente de desconfianza ante todos los que le rodean, frente a los compañeros, a los funcionarios e incluso con la propia familia, se hace manifiesta. Esta actitud viene motivada por la necesidad de desarrollar mecanismos de defensa y de autoconservación en un ambiente hostil y agresivo. Al ser la institución Penitenciaria una estructura poderosa frente a la cual el recluso se vivencia a sí mismo como débil, se ve obligado a autoafirmarse frente a ese medio hostil para mantener unos niveles mínimos de autoestima. En este contexto, el preso, con frecuencia, adopta una actitud violenta y agresiva. Ello origina la intervención de los mecanismos penitenciarios de disciplina que motivan la pérdida de posibilidades de obtener permisos, progresiones de grado, imposibilidad de acceder a situaciones de contacto con el exterior, aislamiento, etc., estados o modos de vida que conllevan un agravamiento en la anormalización y en la desestructuración personal. Al salir de la prisión existen una serie de condiciones objetivas que influyen en el desarraigo social. En este sentido, los graves trastornos psíquicos originados por la cárcel, la falta de posibilidades de trabajo, la carencia de habilidades socio-laborales, la situación familiar y del entorno social próximo y, en no pocas ocasiones, la necesidad de un tratamiento socio-sanitario ante graves problemas de salud creados frecuentemente por el consumo de drogas, hacen muy difícil la inserción social y, por ende, la no reincidencia en las conductas delictivas. La cárcel sumerge a muchos sumergidos. La sociedad y los medios de control social se encargarán de ratificarlo.

3. *Razones de política-criminal.* Todo ser humano privado de libertad debe albergar la esperanza de que un día pueda salir en libertad. Si este horizonte penal queda cerrado por las condenas de tal manera que una de ellas o la suma de varias se haya convertido en una cadena perpetua

²² Para un mayor conocimiento de este tema acudir al interesantísimo libro, entre otros de VALVERDE MOLINA, Jesús, *La Cárcel y sus Consecuencias*, Popular, Madrid, 1991.

las consecuencias que esta situación genera son graves desde el punto de vista de la prevención de delitos y del mantenimiento del orden dentro del centro penitenciario. En este sentido, se puede generar la misma impunidad hacia la comisión de delitos futuros si se limita el tiempo máximo de condena a 20 años, que si el quantum de condena impide la salida de por vida. Las personas en esta situación «no tienen nada que perder» pues las condenas que sobrevengan no se cumplirán por la limitación temporal de la vida física de las personas. Por ello, la comisión de nuevos delitos o faltas disciplinarias dentro de la cárcel se convierten en un posibilidad real.

En otro orden de cosas y además, *ad absurdum*, este exceso de condena del que venimos hablando genera efectos criminógenos. Tenemos conocimiento directo y real de las motivaciones de algunas personas presas para la comisión de delitos dentro de prisión. A este respecto, durante los años 93 y 94, personas presas en diversas cárceles emprendieron una campaña consistente en amenazar y coaccionar a Jueces. El objetivo último era el intento de fuga cada vez que eran excarcelados para declarar o para acudir a las sesiones del juicio oral. Ello originó nuevas causas penales, nuevas condenas y, por ende, mayor criminalización al ser condenados por delitos de desacato. Asimismo, algunas de las agresiones a funcionarios (detenciones ilegales) tienen como objeto alcanzar la libertad que la legalidad impide de por vida. Así pues, la inaplicación de un máximo de cumplimiento de estas situaciones de condena perpetua de hecho, no solamente no preserva el principio de prevención especial que debe inspirar el derecho penal, sino que por el contrario en muchas ocasiones determinará la perpetración de nuevos delitos y, por ende, más condenas, más víctimas y más gasto del dinero público.

Por otro lado, como señala el Tribunal Supremo, si el penado ha cometido nuevos hechos delictivos después de pasar varios años en prisión, revela que no se han conseguido los efectos resocializadores, hecho que supone un fracaso del sistema y que no debe pesar solamente sobre la libertad del sujeto, sino que, al menos en parte, tiene que ser asumido por los órganos encargados de la aplicación del derecho punitivo y de velar por el cumplimiento de las penas (STS 14.3.1998).

5. *Razones relativas al principio de proporcionalidad.* En esta misma línea podríamos referirnos al concepto mismo de proporcionalidad penal. Si bien existe en la fase de individualización legal de las penas que lleva a cabo el legislador, e incluso en la judicial cuando el Juzgador tiene que imponer una pena concreta dentro de los marcos penales establecidos atendiendo a las circunstancias personales del autor y a la

gravedad del hecho, también adquiere protagonismo en la fase de ejecución de la pena de prisión. En esta fase la proporcionalidad no es meramente aritmética y no puede seguir los mismos postulados que en fases anteriores del proceso penal. Este principio básico del derecho penal debe aunar tanto el reproche jurídico previsto por el legislador como la necesidad de preservar la dignidad de la persona sin comprometerla con un encarcelamiento tan prolongado que acabe destruyendo sus posibilidades de resocialización. Ello no obsta para que se deba reducir al máximo la eventual utilización de estas concesiones del humanitarismo penal en forma de patrimonio penológico que proveerían a una persona de inmunidad penal de cara al futuro.

6.3. No aporta solución al problema de las largas condenas

El tercer problema que tratamos es que la reforma no ha aportado solución viable al problema de las largas condenas que exceden de los límites máximos de condena. En efecto, en la actualidad existen personas en el Estado Español condenadas por varios delitos que tienen varias liquidaciones de condena que exceden en suma aritmética de los límites establecidos en el Código Penal para la pena de prisión. Recordemos que, según el nuevo Código, el límite ordinario es de 20 años (art. 36 CP), al que deben añadirse cuatro límites extraordinarios: triple de la pena más grave, 25, 30 y 40 años (art. 76 CP).

El máximo de cumplimiento efectivo de la condena (triple de la más grave, 20, 25, 30 o 40 años) se viene aplicando en la práctica forense cuando todos los delitos pudieran haber sido enjuiciados en un mismo proceso. Este requisito legal se concreta en la existencia de la denominada conexidad cuyo contenido ha ido variando en los últimos años en función de criterios interpretativos de Tribunal Supremo, como ya tendremos ocasión de desarrollar posteriormente. Pero, a pesar de que el concepto normativo de conexidad se viene interpretando en el último criterio jurisprudencial de forma amplia, en algunos supuestos que son objeto de estudio de este trabajo subsiste un importante problema que hace de imposible cumplimiento la orientación última que debe tener toda pena por mandato del art. 25.2 de la Constitución²³: la posibilidad de reinserción social.

²³ Defendiendo el humanitarismo penal entre otras STS 15 y 27 de abril 1994. Por su parte, las STS 30.5.92, 7.7.93, 20.10.94, 4.11.94, y 27.1.95 mantienen que una duración excesiva del encarcelamiento pudiera imposibilitar la reeducación y reinserción social y pudiera ser constitutiva de un trato inhumano y degradante incompatible con la dignidad de toda persona humana consagrada constitucionalmente (arts.10 y 15 CE). Profundizando en la misma línea, la STS 30.01.98 señala que el art. 25.2 tiene vocación generalizadora de todo el sistema penológico, por cuanto todo lo que contradiga o

Nos referimos al supuesto que condiciona la refundición de condenas a efectos de las limitaciones temporales establecidas en el art. 76.1 a la inexistencia de condena firme preexistente, a partir de la cual, ninguna condena por hechos cometidos con posterioridad a aquella, puede refundirse. A modo de ejemplo, esto ocurre en personas que han sido condenados por hechos delictivos cometidos con posterioridad a la firmeza de otras sentencias anteriores²⁴. En estos casos, con los criterios interpretativos actuales de la ley penal, la limitación de condena de prisión a los límites máximos establecidos no es viable²⁵. Según datos de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a septiembre de 2001, de 47.034 personas encarceladas, 2.700 tienen condenas de más de 20 años.

6.3.1. Evolución legal y del tratamiento jurisprudencial

La existencia del artículo 76.1 CP 1995 tiene su origen en el Código Penal de 1870. Con anterioridad al mismo, los códigos de 1848 y de 1850 mantenía sistemas de acumulación aritmética absoluta, pero la doctrina del momento se mostraba en contra de la acumulación material por el desprestigio que suponía para los Tribunales la imposición de penas superiores a la duración ordinaria de la vida humana, por sustracción al delincuente de toda esperanza de reinserción social y por la posibilidad de castigar más duramente la sucesión de delitos no tan graves como otros de extrema gravedad²⁶. Los Códigos posteriores fijaron un límite temporal a la suma aritmética siempre que se tratase de penas impuestas en un mismo proceso:

adultere el fin último de la pena comportará una tacha desde el punto de vista constitucional; en virtud de todo lo cual limita el cumplimiento máximo en 30 años (antiguo CP) sin ningún requisito.

²⁴ La práctica más habitual es la comisión de delitos dentro del centro penitenciario, o durante permisos, régimen abierto o libertad condicional. Es posible, incluso, hasta la comisión de delitos posteriores a la firmeza, pero previos al inicio de la ejecución.

²⁵ Estos supuestos pueden darse en diferentes situaciones, por ejemplo con delitos cometidos dentro de la propia cárcel. Pongamos un ejemplo. N es condenado por varias sentencias, ya firmes, que suman un total de 20 años de prisión. Cuando lleva cumplidos 10 comete varios delitos cuya condena total asciende a otros 20 años. Las condenas primeras no se pueden refundir a las segundas, de manera que esa persona tiene una nueva liquidación de condena de 40 años. Como, ya llevaba 10 años efectivos de cumplimiento le quedan por cumplir otros 30 años. Estamos ante una pena de prisión perpetua de hecho. Peor aún, pues las penas de cadena perpetua en nuestro entorno no suelen hacerse efectivas más allá de los 15 años.

²⁶ SALCEDO VELASCO, A, «La refundición de condenas: acumulación de penas» en «La ejecución de la sentencia penal», Cuadernos de derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994, pág.209.

a) En 1870 la Ley de 18 de junio —Gaceta de Madrid de 30 de agosto de 1870—, introduce el art. 89.2 CP: «Sin embargo de lo dispuesto en la regla anterior, el máximun de duración de la condena del culpable, no podrá exceder del triplo del tiempo por el que se impusiere la más grave de las penas en que hubiere incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde las que ya impuestas cubrieran el máximun del tiempo predicho. En ningún caso podrá dicho máximun exceder de cuarenta años».

b) Posteriormente, en el CP de 1928, Ley de 8 de septiembre —Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928— se estableció: (art. 163.1): «no se podrá imponer a un reo en una misma sentencia penas privativas o restrictivas de libertad que, en conjunto sumen un tiempo mayor del triplo de la mayor duración en que incurra, ni en ningún caso cuarenta años, y por tanto el Tribunal sentenciador dejará de imponer, aunque declare al reo responsable de mayor número de infracciones, todas las penas procedentes cuando excedan del triplo expresado».

c) En el Código de 1932, art. 74 se señalaba: «sin embargo de lo dispuesto en la regla anterior, el maximun de duración de la condena del culpable, no podrá exceder del tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de imponérseles las que procedan desde las que ya impuestas superen el máximo del tiempo predicho».

d) El texto refundido de 1944 modificará la expresión «dejando de imponérsele», por la actual «dejando de cumplir».

e) Reforma de 1967, L.3/1967: «no obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximun de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por la que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubriesen el máximun de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años. La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos, si los hechos por su conexión pudieran haberse enjuiciado en uno sólo».

La Ley 3/1967 supuso un cambio esencial en tanto que, con anterioridad a esta Ley, no se podía aplicar la limitación de penas si los hechos enjuiciados no eran objeto de un único proceso²⁷. Con esta modificación

²⁷ Vid. consulta FGE 1/53 de 30 de noviembre y memoria de 1955. No obstante existían voces discrepantes a este criterio. En este sentido las STS 14 de noviembre de 1881 y STS 16 de junio de 1919 entre otras, señalaban: «para que tenga lugar la acumulación de penas lo mismo da que el culpable esté sometido a uno o varios procedimientos, y por tanto que haya sido condenado por una o varias sentencias, porque en ambos casos son idénticas las razones en que se funda el precepto legal, por lo que no debe faltarse a él, privando al reo de un beneficio que le otorga la ley por una cuestión de procedimiento a la que es ajeno».

legal se amplió la posibilidad de limitar las penas impuestas aunque fueran impuestas en diferentes procesos siempre que concurriese un requisito que se ha mantenido en el CP 1995: «que los hechos por su conexión hubieran podido imponerse en un solo proceso». Esta ampliación a la limitación de penas tuvo su fundamento en razones de política criminal enfocada hacia el humanitarismo y la contribución resocializadora y de reinserción valoradas por la jurisprudencia en aquél momento. La LO 7/2003 añade a la conexidad, el momento de la comisión como criterio para poder aplicar los límites legales si hubieran podido enjuiciarse en un solo juicio. De manera que la conexidad se remite al ámbito procesal; y el momento de su comisión, que las causas con las que se quiere refundir no estuviesen juzgadas y sentenciadas en firme en el momento de comisión del hecho delictivo cuyas condena se quiere refundir.

La dificultad principal del tema tratado ha quedado reducida a la interpretación del término conexidad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando progresivamente introduciendo derechos fundamentales (libertad, dignidad) como elementos necesarios para la interpretación gramatical y teleológica de este término. Si bien se adoptan diferentes criterios en función de la propia evolución jurisprudencial y del ponente de cada sentencia, el tratamiento interpretativo realizado es el siguiente:

- a) Momento de mera acumulación matemática con interpretación restrictiva de la conexidad desde el punto de vista procesal (STS 15.03.1985), vinculada a la comisión de hechos cometidos en fechas temporales próximas, «modus operandi», y que fuesen de similar naturaleza.
- b) Interpretación amplia de la conexidad (STS 27.05.1988; 31.05.1992).
- c) Más allá de las matemáticas y la idea misma de conexidad se pone en relación el techo máximo con los principios de dignidad, humanidad, resocialización, y perfectibilidad anejos al ser humano (STS 15 y 27.04.1994), por ello se refunden condenas sin requisito alguno cuando la suma aritmética exceda de 30 años. Aunque existan condenas no refundibles porque no se puedan enjuiciar en un solo acto, las sentencias de 15.2.96 y 18.7.96 señala que las finalidades de reeducación y reinserción social que las penas privativas de libertad imponen, así como el art. 25.2 CE que tiene un alcance genérico han de tenerse en cuenta por el legislador al fijar las penas aplicables a cada delito por los Juzgados y Tribunales en aplicación de las normas penales y Penitenciarias. Por ello, todo cuanto contradiga o se enfrente a la resocialización del individuo empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde el punto de vista constitucional que exigirá la rec-

tificación del acuerdo judicial correspondiente (STS 30.01.1998). La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la legalidad ordinaria (STS 4.11.1994 y 27.12.1994).

- d) Con posterioridad a las sentencias anteriormente reseñadas, el Tribunal Supremo se inclinó por matizar las consecuencias de aquél planteamiento manteniendo la primacía de la interpretación a favor del reo y el respeto de los principios de carácter constitucional. Con estas premisas se proclama la exigencia de evitar en el infractor penal la sensación de impunidad ante la perspectiva de que las consecuencias jurídicas de sucesivos delitos pudieran no cumplirse al incluirse las nuevas penas en los límites de condena ya prefijados. Por un parte, la conexidad se interpreta desde el punto de vista de derecho sustantivo y no desde los criterios procesales del art. 17 L.E.Cr. Y por otra, el límite de la acumulación se establece en los hechos delictivos cometidos con posterioridad a la firmeza de anteriores sentencias ya que, en caso contrario, se produciría una peligrosa sensación de impunidad en el infractor basada en el conocimiento de que nunca podría rebasar el límite máximo de prisión señalado en el código. Esta es la posición jurisprudencial mayoritaria y casi unánime actualmente.
- e) Se acumulan sentencias no refundibles según el criterio mayoritario, para no vulnerar el derecho a la reinserción social proclamado en el art. 25 CE y «para facilitación a los centros penitenciarios de su labor y del mejor desarrollo de la denominada unidad de ejecución penal», porque se reconoce el fracaso de la administración Penitenciaria respecto de quien pasa años en la cárcel y vuelve a delinquir (STS. 14.3.1998).
- f) Se vuelve a la necesidad de que no existan condenas firmes anteriores, pero, cuando la acumulación supere los límites del art. 76.1 CP se podrá disfrutar, a partir de esos límites legales, de la libertad condicional (art. 91 CP y 206 RP), con el elenco de medidas tanto educativas, terapéuticas o de control que el nuevo Código posibilita, de cara a aunar la efectiva inserción social del liberado con el derecho de la colectividad a no sufrir consecuencias indeseadas (STS 30.01.1998, STS 28.12.1998).

6.3.2. Posibles soluciones jurisprudenciales, penales y Penitenciarias en el ordenamiento español

En la actualidad se hace necesaria la búsqueda de soluciones al problema planteado. Ellas deben encontrarse en ámbitos del poder judicial, ejecutivo y legislativo, siendo compatible las mismas con posibles soluciones en el orden penitenciario. Sin perjuicio de la conveniencia de una necesaria reforma del artículo 76 —y de su precepto procesal correlativo, el párrafo tercero del art. 988 L.E.Cr.— vamos a avanzar unas posi-

bles correcciones jurisprudenciales en la interpretación de dicha disposición, así como a subrayar la obligada potenciación de determinados mecanismos penales, así como de unos mecanismos de actividad Penitenciaria, paliativos de estas situaciones de hecho de cadena perpetua, que cuentan además de adecuada cobertura *de lege data*.

a) *En sede Jurisdiccional*. Conveniencia de un nuevo rumbo jurisprudencial. Seguidamente procederemos a analizar una serie de consideraciones que, partiendo de reconocer los avances experimentados por nuestra jurisprudencia desde el abandono de la doctrina de la conexión por relación o analogía, deben profundizar en su interpretación constitucionalista, impulsando un nuevo cambio tendente a evitar cadena perpetuas

- *Limitación de condenas a los límites legalmente establecidos (20,25 30 o 40 años)*.

Para no reiterar los argumentos ya expuestos, exponemos brevemente justificaciones jurídicas que podrían servir de base para esta interpretación de la norma:

- **La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la legalidad ordinaria** en los casos en los que la exasperación de las penas tiene como consecuencia la imposibilidad o alta dificultad de la consecución del mandato constitucional de resocialización del art. 25. 2 CE (STS 7.7.1993, 30.5.1992, 30.1.1998). Asimismo, el desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social llevaría a un trato inhumano a quien se viese abocado al cumplimiento de más de veinte años de prisión; tal intensidad supondría una privación de oportunidad de reinserción que generaría una humillación o envilecimiento superior del que acompaña a la simple imposición de la condena, contradiciendo, por tanto el art. 15 CE que prohíbe los tratos inhumanos y penas degradantes (STC 65/1986).
- **Razones de política criminal** que deben orientar el cumplimiento de la pena de prisión a fin de garantizar la prevención de nuevos delitos hacia futuro, tanto fuera como dentro de la cárcel, objetivo que exige el respeto a la dignidad del penado y el fomento de sus posibilidades de recuperación. El penado sometido a largas condenas sufre un deterioro tan intenso en su personalidad (ámbitos emocional, relacional, físico) que dificulta enormemente su integración social aumentando las posibilidades de nuevos delitos. De igual forma quien sabe que no puede salir de prisión, nada tiene que perder con la comisión de nuevos delitos, pues «saldrían gratis» ya que su pena no se cumpliría. En esta misma línea argumentativa habría que señalar la importancia de

la limitación de penas a fin de evitar los efectos criminógenos que genera la cárcel para quien no tiene salida e intenta conseguirla por cualquier medio, incluso el delictivo (detenciones ilegales, lesiones, fugas, etc...). En otro orden de cosas, se hace necesario despejar el horizonte penal para que el penado albergue la conciencia de una posibilidad real y tangible de salida en libertad. Por otro lado, si nuevos hechos delictivos han ocurrido después de que el penado pasara varios años en prisión, ello, sin duda revelaría que no se han conseguido los efectos resocializadores, hecho que supone un fracaso del sistema y que no debe pesar solamente sobre el sujeto, sino que de alguna manera tiene que ser asumido por los órganos encargados de la aplicación del derecho punitivo y de velar por el cumplimiento de las penas (STS 14.3.1998).

- **Respeto al principio de proporcionalidad.** Este principio básico del derecho penal debe aunar tanto el reproche jurídico previsto por el legislador como la necesidad de preservar la dignidad de la persona sin comprometerla con un encarcelamiento tan prolongado que acabe destruyendo sus posibilidades de resocialización. En este sentido, resulta injusta la acumulación de penas como valor absoluto, pues nos lleva, en la práctica, a que penas de prisión temporales, en principio, produzcan como consecuencia una pena única y distinta de las anteriores de prisión, casi perpetua. Dicho de otra manera la suma sin límites de penas individuales de poca gravedad relativa, podría conducir a una pena prácticamente perpetua (STS 700/1994), lo que es injusto y desproporcionado.
- **Cuestionamiento del valor absoluto que se otorga a la sanción de impunidad** que se concede al penado que se le limita las penas a los límites legales, tal y como ya hemos desarrollado en líneas anteriores.
- **En el ordenamiento penal se establece la posibilidad de extinguir condena pendiente de ejecución cuando ponga en peligro la recuperación y reinserción social del penado, sin que ello suponga una merma a la seguridad jurídica ni a la conciencia de la colectividad social.** En este sentido, el art. 60 CP establece la posibilidad de «restablecida la salud mental del penado, este cumplirá la sentencia, sin perjuicio de que el Juez o tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida o reducir su duración...»; similar contenido se establece en el art. 99 CP cuando se aplica una medida de seguridad y una pena — sistema vicarial—.

- *Cómputo para la libertad condicional se realice sobre 20/25,30 o 40 años*

El art. 78 CP regula la aplicación de los beneficios penitenciarios para aquellas condenas que en virtud del art. 76.1 del CP resultasen inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, estableciendo que la libertad condicional y demás beneficios se realizarán sobre el total de las condenas. La reforma exige que el Tribunal sentenciador lo acuerde de forma obligatoria en los supuestos del apartado 76.1 CP. No obstante, este artículo, en el párrafo tercero, posibilita al Juez de Vigilancia que pueda ordenar la vuelta al régimen normal de cumplimiento (cómputo de libertad condicional sobre 20 años, 25, 30 o 40), valorando en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

Esta disposición podría aplicarse también a aquellas condenas que aún no siendo subsumibles en el art. 76.1 por no poder ser aplicados los límites del art. 76.1 al no poderse refundir, o por no ser, en su caso estos límites inferiores a la mitad del total de las condenas. Es decir, si una persona tiene una liquidación de condena de 43 años, constituida por tres bloques de condenas no refundibles por basarse en hechos cometidos cada una de ellas con posterioridad a la firmeza de las anteriores, el último tribunal sentenciador podría dictar una resolución por la que la libertad condicional o los permisos, se realizasen sobre el total de las condenas; en este caso sobre 43 años. Ello nos permitiría que aplicando el párrafo tercero de este mismo artículo, el Juez de Vigilancia pudiese aplicar el régimen normal de cumplimiento sobre los límites máximos establecidos en la ley. Para ello habría que hacer uso de la analogía «*in bonam partem*» permitida por la doctrina penalista y con mayores razones cuando el *quantum* o suma aritmética de las penas efectivamente impuestas excediese de cuarenta años. El legislador penal permite este beneficio a quienes tienen más de 60 años de condena, y no a quien tiene menos, de manera que se hace de peor condición a aquel que tiene menos condena frente al otro que tiene más. Una interpretación lógico-racional de este precepto, nos llevaría a esta conclusión, sin perjuicio de una modificación del texto *de lege ferenda*.

- *Cumplimiento de la pena de prisión en régimen de semilibertad o libertad condicional a partir de los veinte años de cumplimiento efectivo.*

En esta línea se manifiesta la más reciente jurisprudencia del TS (STS 20.04.99): «...esta Sala ha declarado en supuesto similar al presente STS 27.01.99 que el derecho penal presenta instituciones que permiten remediar aquellos supuestos en que la pena resultante puede ser equivalen-

te a una cadena perpetua aún cuando la Constitución y el legislador ha prescindido de ella. Reproduciendo la anterior consideración, el remedio a una penalidad excesiva, y por tal se entiende la que de forma ininterrumpida, y sin nuevos hechos delictivos, supere los límites del art. 36 CP, complementado con las disposiciones del art. 76 CP, debe encontrarse mediante el instituto de la libertad condicional, arts. 90 y ss. Cuando concurren los presupuestos que para ella se previenen, si bien la extinción de las tres cuartas partes de la condena que requiere el art. 90.1.2 CP deberá ser interpretado teniendo en cuenta el transcurso en prisión que supere el límite máximo de la pena privativa de libertad».

Nuestra propuesta va un poco más lejos. Consideramos que la pena de prisión puede seguir cumpliéndose como reproche social por los delitos cometidos, pero a partir de 20 años, debido a las consecuencias tan destructivas que el internamiento penitenciario genera, y con ello la vulneración de las normas constitucionales —art. 25.1 y 15 CE—, se hace necesario que la forma de cumplimiento de la pena de prisión sea en régimen abierto, en todo caso, como mínimo, debiéndose tender hacia la concesión de la libertad condicional.

— *Concesión de la libertad condicional sin esperar a las 3/4 ó 2/3 partes cuando el penado cumpla 70 años durante el tiempo de extinción de la condena.*

El legislador ha previsto en el artículo 92 CP la posibilidad de concesión de la libertad condicional sin la concurrencia de los límites temporales (3/4 o 2/3 partes del total de la condena) a «los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años o *la cumplan durante la extinción de la condena*». De manera que cuando una persona tenga cuarenta años de edad y por delante un título de condena de más de 30, como quiera que cumple los setenta durante la extinción de la condena, la aplicación del artículo 92 CP sería perfectamente posible. Claro está, que parecería un fraude la aplicación de este beneficio cuando se lleve un tiempo escaso de condena cumplida, porque podría hacer de peor condición a quien tuviese una condena más corta y por lo tanto no llegase a los 70 años en su cumplimiento. En este supuesto tendría que cumplir más pena en espera de la libertad condicional que quien tuviera un título de condena más amplio y en su extinción excediere de los 70 años de edad. Pero, el legislador lo ha previsto y es perfectamente aplicable, sobre todo cuando hayan transcurrido un tiempo de exasperación penal importante, por ejemplo más de diez años de prisión ininterrumpida.

- *El título de condena de la pena de prisión nunca puede exceder de 20 años.*

Según el artículo 36 CP, la pena de prisión no puede exceder de 20 años. En este sentido, la totalidad de las penas de prisión impuestas que forman un título de condena que no puede superar el límite establecido en ningún caso. Ello supondría que cuando se cometa un hecho delictivo posterior a sentencias firmes anteriores el máximo de cumplimiento desde ese momento no podrá exceder en ningún caso de veinte años salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del código (veinticinco o treinta años).

b) Soluciones a través de mecanismo penales.

- *Aplicación artículo 60 CP, para aquellas personas que previo informe psicológico/psiquiátrico, bien por profesionales de la administración Penitenciaria, bien de red de salud pública o particulares acreditasen un trastorno mental grave, con la consiguiente aplicación de la atención médica adecuada.*
- *Prescripción de las penas que no hayan iniciado su cumplimiento dentro de los períodos establecidos en el Código penal.*

Si una sentencia condenatoria a una pena de prisión se hace firme, es decir, que no se puede recurrir porque ya lo ha sido o porque han pasado los plazos para hacerlo el Juzgado o Tribunal tiene que ejecutarla y hacer que comience su cumplimiento. Ahora bien, si transcurre el plazo de tiempo que establecido en el Código penal sin que esa condena haya comenzado a cumplirse, prescribe, es decir, se extingue la responsabilidad penal (art. 130.6º Código penal), y ya no se puede exigir su cumplimiento.

El plazo de tiempo de prescripción comienza cuando la sentencia se hace firme (el Juzgado o tribunal dicta auto declarando la firmeza de la sentencia) hasta que se inicia el cumplimiento de esa condena. También comienza nuevamente el plazo para la prescripción desde que se quebranta la condena hasta que el quebrantado es detenido nuevamente.

Esos plazos son:

- Las penas leves (arresto de 1 a 6 fines de semana) prescriben al año desde que la sentencia se hizo firme o desde que la persona condenada quebrantó la pena.
- Las penas menos graves (arresto de 7 a 24 fines de semana y prisión de 6 meses a 3 años) prescriben a los cinco años desde la firmeza de la sentencia o desde que la persona quebrantó la condena.

- Las penas de prisión entre 3 y 5 años prescriben a los 10 años desde la firmeza de la sentencia o desde que la persona quebrantó la condena.
- Las penas de prisión de más de 5 y menos de 10 años a los 15 desde la firmeza de la sentencia o desde que la persona quebrantó la condena.
- A los 20 las penas de prisión de más de 10 años y menos de 15 desde la firmeza de la sentencia o desde que la persona quebrantó la condena.
- A los 25 las penas de prisión de 15 o más años desde la firmeza de la sentencia o desde que la persona quebrantó la condena

El plazo de la prescripción de la pena «comienza desde que la sentencia sea firme o desde el quebrantamiento de condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse» (Art. 134 Código penal 1995).

Puede ser que una persona esté cumpliendo varias penas de prisión. No se pueden cumplir a la vez, sino una a continuación de otra. Para ello, la oficina de régimen de la cárcel indica a cada Juzgado el día que tiene que comenzar a cumplir su condena y se dicta una resolución denominada liquidación de condena en la que viene reflejado el día que debe comenzar a cumplir la condena y el día en que debe finalizarla.

Aquí se encuentra nuestro planteamiento. Puede ocurrir que una persona no comience a cumplir una condena porque esté cumpliendo otras anteriores. Y puede ocurrir que desde la fecha en que se hizo firme hayan pasado los plazos de prescripción sin que haya comenzado a cumplirse la pena porque está cumpliendo otra. Los fundamentos jurídicos que avalan esta propuesta son los siguientes:

- a) El plazo de la prescripción de la pena «comienza desde que la sentencia sea firme o desde el quebrantamiento de condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse» (art. 134 CP 1995). El legislador NO ha establecido que el cumplimiento previo de una condena suspenda el plazo de prescripción. Además, el CP 1995 suprime el segundo párrafo del art. 116 del derogado CP que interrumpía la prescripción cuando el reo cometiera otro delito antes de completar la prescripción del anterior. De esta manera, y a diferencia de la prescripción del delito, tratándose de la prescripción de la pena, al menos legalmente, ésta no puede interrumpirse por ningún medio.
Cuando el Código penal no prevé ninguna posibilidad de interrupción, deducimos que el cumplimiento de una condena previa tampoco puede interrumpir el plazo.

- b) Para las medidas de seguridad se prevé la interrupción o inicio del plazo de prescripción en el caso de cumplimiento sucesivo de medidas de seguridad o previo cumplimiento de pena. De lo que se deduce que si el legislador hubiera querido que el cumplimiento sucesivo de condenas interrumpiera el plazo de prescripción de la pena lo hubiera establecido en el artículo 134 CP. El art. 135.2.y 3 establece que *«el tiempo de prescripción se computará desde el día en que haya quedado firme la resolución en la que se impuso la medida, o en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse. Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta»*.

Con independencia del diferente fundamento de la pena y de la medida de seguridad, queda claro que si el legislador regula expresamente el inicio del plazo de prescripción en las medidas de seguridad (medida de seguridad más medida de seguridad —art. 135.2—, o pena más medida de seguridad —art. 135.3) y no hace ninguna referencia expresa al cumplimiento sucesivo de penas para la prescripción en el art. 134, en aplicación del principio de legalidad (art. 4 y 25.1 CP) se puede afirmar que el plazo prescriptorio para las penas de prisión comienza exclusivamente con la firmeza de la sentencia sin que quede interrumpido por el cumplimiento previo de otra condena.

- c) En el art. 60 CP se prevé la posibilidad de que el plazo del tiempo pasado por la suspensión de una pena por enfermedad mental sobrevinida no interrumpa el plazo.

Art. 60.2 *«...Restablecida la salud mental del penado este cumplirá la sentencia si la pena no hubiera prescrito ...»*.

De este precepto deducimos que la esencia de la prescripción reside en el paso del tiempo desde la firmeza de la sentencia, y este «pasar tiempo impidiendo el cumplimiento de la pena» es independiente de que sea por enfermedad mental o por cumplimiento de una pena previa. Lo esencial es lo temporal, no la causa que origina el paso de los plazos.

- d) Principio de legalidad. *«Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas»*. El Código civil después de disponer en el párrafo 1 del art. 4 que *«procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón»*, en el párrafo siguiente se establece que **«las leyes penales, no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas»**. Esta previsión, incorporada al CP que no figuraba en

el anterior, deviene de la aplicación del principio de legalidad. El TC entre otras sentencias 21.7.87 ha señalado «de plena conformidad con lo que ha sido doctrina comúnmente aceptada por los tratadistas de derecho penal y la jurisprudencia de esta sala, ha declarado que el principio de legalidad es, esencialmente, una concreción de diversos aspectos del estado de Derecho en el ámbito del derecho penal estatal que implica la menos tres exigencias: ley escrita, ley anterior al hecho sancionado, y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*Lex certa*), lo que supone un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos y penas».

Podemos concluir que si el art. 134 CP establece que las penas prescriben desde la sentencia de la firmeza o el quebrantamiento de la condena, no caben otros supuestos de hecho diferentes. En otros ordenamientos jurídicos se establece expresamente la interrupción del plazo por cumplimiento previo de otra condena. Así, a modo de ejemplo, en el art. 125 del Código penal Portugués actual se establece que se interrumpirá el plazo de prescripción de las penas cuando el condenado estuviera cumpliendo otra pena o una medida de seguridad privativa de libertad.

De lo que se deduce que al ser la prescripción una institución de derecho penal sustantivo la interrupción del plazo de prescripción tiene que venir recogida expresamente en la ley.

- e) El art. 75 CP regula el cumplimiento de las penas: «*Cuando todas o alguna de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pueden ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible*».

En este precepto reside el fundamento legal de cumplimiento sucesivo de las penas y por tanto la imposibilidad de cumplir otras simultáneamente cuando son de la misma naturaleza. De este precepto, y acudiendo a criterios interpretadores basados en la lógica, una pena no se puede cumplir sin que haya finalizado la anterior. De ahí, puede deducirse que con la primera condena se inicia el cumplimiento de todas las penas a efectos de cómputo de prescripción.

Pero este argumento no tiene sustento legal:

- Invocamos nuevamente el principio de legalidad (art. 4 y 25.1 CP).
- Las penas que tienen que cumplirse sucesivamente no pierden su autonomía y su título de condena se inicia el día en que se exprese en la liquidación de condena, y se extingue el día del licenciamiento definitivo.

- Cuando el art. 75 CP habla de que las penas se cumplirán según el orden de su respectiva gravedad, no quiere decir que se cumplan de mayor a menor, que podría ser, pero también lo contrario de la menor a la mayor. Lo que se establece según una interpretación gramatical de los términos «según su respectiva gravedad» es que el criterio de cumplimiento es la gravedad, porque podrían existir otros: fecha de sentencia, fecha de inicio de la ejecutoria, momento de los hechos, etc... Si las penas se cumpliesen de menor a mayor, salvo en casos excepcionalísimos las penas nunca prescribirían, hecho que sí ocurre cuando se dejan las menos graves para el final. Esta situación puede ser un error de quien tiene la responsabilidad de ordenar las penas para su cumplimiento: la administración Penitenciaria. Si las ordenasen de menor a mayor no habría ningún problema de prescripción. Por ello entendemos que lo que existe es una errónea aplicación del art. 75 y, en consecuencia de la ordenación de la penas de prisión a efectos de cumplimiento. No entendemos el fundamento de cumplimiento de las más graves con carácter previo a las más leves. Es más, el criterio de la mayor o menor gravedad para el cumplimiento sucesivo queda anulado por las disposiciones del Reglamento Penitenciario en caso de que concurren penas del viejo y del nuevo código penal. Se cumplirán primero las de viejo y posteriormente las del nuevo por lo que el criterio de gravedad de las penas a efectos de cumplimiento no es inmodificable.

Por último hay que señalar que el Código Penal derogado establecía una prelación de penas según su gravedad. Pero en el vigente código no existe tal prelación.

- f) En el art. 75 CP se establece: «*Cuando todas o alguna de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pueden ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible*».

El legislador ha introducido en el art. 75 CP los términos «*en cuanto sea posible*». ¿Qué quiere decir el legislador?, ¿qué no siempre el cumplimiento sucesivo es posible?, ¿qué no es posible porque cumple el tope máximo de 20/25 ó 30 años?, ¿qué no es posible porque el reo haya muerto?, o ¿qué no es posible porque las penas estén prescritas? Creo que toda estas interpretaciones son aceptables. Lo que refuerza la tesis de que las penas pueden cumplirse de mayor a menor gravedad o al revés. Ésta es la tesis que venimos manteniendo: si las penas se ordenasen de

menor a mayor no prescribirían nunca, pero como la administración Penitenciaria las ordena de mayor a menor, se está permitiendo que prescriban las más pequeñas.

- g) El art. 193.2 del reglamento Penitenciario establece que «cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional». De este precepto podría considerarse que una vez iniciado el cumplimiento de la condena inicial de varias a cumplir sucesivamente se inicia el cumplimiento de todas las condenas. Pero, ante esto cabe argumentar lo siguiente.
- Este precepto es reglamentario y no puede contradecir a una ley Orgánica (principio de jerarquía normativa).
 - Se trata de una ficción jurídica a efectos de concesión de libertad condicional o de la 1/4 parte para los permisos. Pero ambas instituciones jurídicas no son derechos subjetivos, por lo que su concesión dependerá de la Administración Penitenciaria y en último extremo del Juez de Vigilancia Penitenciaria.
 - Las condenas no pierden su autonomía. Inician su cumplimiento el día en que establece la liquidación de condena. De hecho, en no pocas ocasiones, los Juzgados y tribunales sentenciadores han dado por licenciadas condenas a propuesta de los centros penitenciarios a pesar de que el condenado se encontraba en prisión cumpliendo otra condena creando una situación muy perjudicial para los cálculos de la 1/4 parte para los permisos o 3/4 para la libertad condicional. Por eso, si se mantiene el argumento de pérdida de autonomía desde el inicio de la primera condena no cabe licenciamiento definitivo de las anteriores y los que estén hechos deberán revocarse.
- h) La prescripción de la pena tiene naturaleza sustantiva. Se identifica con la extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a hacer ejecutar la pena impuesta. Se trata de impedir el ejercicio del poder punitivo una vez transcurridos unos plazos sin haberse cumplido la sanción. Estos argumentos obedecen a varios criterios. Los dos más importantes son la prevención general y la especial. Respecto de la primera el paso del tiempo produce una pérdida de «memoria colectiva» respecto del delito cometido; por este motivo, y a modo de ejemplo, los delitos contra la humanidad no prescriben nunca porque aunque transcurra el tiempo la memoria de los pueblos siempre estará presente ante delitos de este tipo. De ahí que, transcurridos los plazos seña-

lados en la ley para la prescripción desde la firmeza de la sentencia la memoria colectiva se entiende que abandona el desvalor de la conducta juzgada pero no ejecutada.

Por otro lado, el paso del tiempo genera la imposibilidad de que la pena cumpla sus fines de reeducación y reinserción social (art.25.2). La posible eficacia para que las penas de prisión puedan tener una eficacia recuperadora, entre otros condicionantes sociales, personales y terapéuticos, pasa por la posibilidad de que el infractor asuma la responsabilidad por la conducta delictiva cometida (Exposición de motivos de la LOGP: *el objetivo de la administración Penitenciaria respecto del preso es que éste asuma la responsabilización de su conducta*). Esta responsabilización exige que la pena impuesta por un delito determinado se cumpla en el plazo de tiempo más cercano a la conducta infractora que ha sido desvalorada por la condena penal. De lo contrario, el reproche penal por la conducta, al estar distanciada ampliamente del juicio penal, y más del hecho cometido, impide que el infractor vincule positivamente el reproche con la conducta delictiva de forma responsabilizadora, pues siempre será vivida como un límite desproporcionado y descontextualizado de su realidad vital.

Si bien se podría alegar en el caso de cumplimiento sucesivo que cuando se inicia el cumplimiento de la primera condena (art. 75 CP) ya se están cumpliendo las penas posteriores, hay que hacer hincapié que la responsabilidad/responsabilización por las conductas humanas/infractoras se deben concretar individualizadamente para cada hecho cometido. Cada delito conlleva la responsabilización del mismo y no de otro. No se puede alegar que el cumplimiento previo de una pena por otro delito ya permite la asunción de la responsabilización de otra conducta cuya pena se cumplirá dentro de un plazo más largo de los establecidos por ley, que ya son suficientemente amplios en función de la gravedad del delito.

Por último, el tema del que venimos hablando supone la ampliación del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. Es un derecho no sólo que el acusado sea Juzgado en un plazo breve de tiempo, sino que además, la condena se ejecute, igualmente a la mayor brevedad posible.

La esencia de la prescripción de la pena según la jurisprudencia del TS se concreta en la sentencia 604/93 según los siguientes términos: *«transcurrido un plazo razonable desde la comisión del delito la pena ya no es precisa para la pervivencia del orden jurídico, ya no cumple sus finalidades de prevención, además de ser entonces contradictoria con la readaptación social del delincuente»*. Un similar argumento se expresa en la STS 1031/1996 de 9 de diciembre: *«resulta altamente contradictorio imponer un castigo cuando los fines humanitarios, reparadores y socializadores de la más*

alta significación, son ya incumplibles dado el transcurso de tiempo transcurrido».

- i) Se hace de peor condición a la persona que ha eludido la acción de la justicia y está esperando en «busca y captura» que pase el tiempo de prescripción, que quien está cumpliendo una condena y por tanto sometido al ordenamiento jurídico. En el primer caso, pasados cinco años desde la sentencia firme de una condena de dos años y seis meses, ésta estará prescrita, y en cambio, quien se encuentra en prisión cumpliendo una condena previa, cuando inicie el cumplimiento de la de dos años y seis meses no prescribirá.

c) En sede del Poder ejecutivo

Mecanismo penal del indulto parcial por el exceso de condena que supere los 20,25 ó 30 años. Esta solución queda en manos del Poder ejecutivo. Esta solicitud podría realizarla el propio penado o en aplicación del art. 206 RP, la iniciativa de la petición de indulto parcial la podría tomar la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo técnico. Si bien esta segunda posibilidad exige la participación en actividades de reeducación, reinserción social y buena conducta²⁸. Conveniencia de lege ferenda de tramitación unitaria, bastando propuesta de indulto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. En la actualidad estos trámites son de una gran burocracia que dilata temporalmente una eventual solución — si hay 60 tribunales sentenciadores, el impulso del JVP activa una tramitación que debe ser informada Juzgado por Juzgado—.

Esta solución se adoptó por Decreto de Indulto de 11 de octubre de 1961: «a los condenados a penas privativas de libertad por hechos realizados con anterioridad al 1 de octubre de 1961, que hayan cumplido, o cuando cumplan, en ambos casos ininterrumpidamente, veinte años de reclusión efectiva, incluida la prisión provisional y sin el cómputo de beneficios penitenciarios, se les concede indulto total del período que exceda de dicha suma, tanto si se trata de una o varias condenas y cualquiera que sea la jurisdicción que las hubiera impuesto». En el mismo sentido los Decretos de 24 de junio 63, 1 de abril de 1964, 27 de julio de 1965.

²⁸ Esta posibilidad viene reflejada en la STS. 35/2000 de 23 enero.

d) En sede Penitenciaria

a) Diseño de una planificación individualizada de tratamiento con objetivos y medios, en los que se temporalice la concesión de permisos y la progresión a régimen abierto y libertad condicional. Especial atención a la aplicación del art. 100 y 117 RP.

Es muy importante que la persona presa pueda tener despejado el horizonte penitenciario respecto a la posibilidades de su excarcelación, así como de los medios para conseguirla. Esta certidumbre genera seguridad y por tanto motivación para un trabajo personal. Lo contrario, la incertidumbre es negativa en tanto que genera tanta inseguridad que algunas personas presas continuarán absolutamente insertos en la dinámica destructiva de la vida en prisión (drogas, *trapicheos*, etc...), hecho que facilita la aparición de nuevos delitos relacionados con el contexto sociológico de la prisión.

Decimos horizonte penitenciario, que no penal, porque éste puede extenderse a más de cincuenta años. Pero el penitenciario podría despejarse poniendo como límite máximo 20 años de cumplimiento, a sus 3/4 partes concesión de la libertad condicional, y con anterioridad régimen abierto y permisos. Si la persona presa es capaz de ver este planteamiento de futuro y la administración facilita los medios para trabajar y superar los conflictos, la salida es posible.

En este diseño y aplicación de un programa de tratamiento concreto nos parece de suma importancia (profundización en el sistema educativo, incorporación a talleres productivos o de formación profesional y obtención de medios económicos) así como la inclusión progresiva en un programa de permisos y de excarcelaciones temporales para la motivación de la persona presa y su preparación para la vida en libertad. Sería importante la aplicación del art. 117 RP (aplicación a clasificados en segundo grado con perfil de baja peligrosidad social y que no presente riesgos de quebrantamiento la posibilidad de salir a centros de atención especializada para realizar programas concretos necesarios para su reeducación y reinserción social) así como de un régimen de vida en el que se pudiesen introducir algunas normas del régimen abierto haciendo uso, para ello, del art. 100 RP que lo permite —flexibilización de la aplicación de los distintos regímenes de vida de los diferentes grados de tratamiento permitiendo que a propuesta del equipo Técnico, la Junta de Tratamiento pueda adoptar respecto de cada persona presa un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada unos de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado—. Sería

conveniente, además, la potenciación de las comunicaciones orales y especiales.

Por otro lado, será necesaria la aplicación del régimen abierto en cuanto fuese posible, bien porque las variables que intervinieron en la conducta delictiva ya estén superadas (p. ej. la toxicomanía), o porque dicha problemática puede ser tratada de modo más eficaz fuera del marco penitenciario (p.ej. la misma drogodependencia tratada en programas terapéuticos de la red pública general). De la misma manera, para las personas que no presenten estos problemas, se haría necesario trabajar la vuelta a la libertad con formación profesional y con la dotación en el exterior de los medios materiales para poder vivir sin delinquir. Ello fundamentalmente por dos razones. Las peculiaridades de la vida en prisión pueden provocar que en cualquier momento, una persona, por «muy bien que lo lleve», pueda incurrir en una conducta delictiva o ser sancionada disciplinariamente. El contexto complejo en el que se desarrolla la vida en prisión lo constituye espacio criminógeno de primer orden. Por ello, cuanto antes, siempre que sea posible, es recomendable la excarcelación (siempre, como paso previo, está indicado el destino a un módulo «no conflictivo»). Por otra parte, como tesis contraria mantenida desde «lo institucional», se podría plantear la necesidad de un tiempo de retribución para que la persona presa asumiese la responsabilidad por los hechos delictivos que de forma reiterada ha cometido. A este respecto debemos decir que, si han transcurrido varios años de cumplimiento carcelario, el contenido retributivo ya está cumplido; además, el tercer grado, en cualquiera de sus modalidades, atiende de forma más eficaz a la prevención general y especial como fines de la pena, y sin olvidar que incluso el período de libertad condicional es tiempo de cumplimiento estricto de la pena por el seguimiento y control que supone y la posibilidad de aplicar las reglas de conducta prevista en la legislación penal.

— *Sistema de concesión de permisos integrados dentro de una planificación individualizada.*

La concesión de permisos de salida es clave para motivar a la persona a que cambie de actitud o trabaje determinados problemas que influyeron directamente en la conducta delictiva. Por otro lado es el aspecto constatable y objetivable por el preso de que la salida es posible. Pero, la experiencia nos dice que a partir del tercer permiso debe concederse el régimen abierto con las medidas de control y tratamiento necesarias. Lo contrario puede suponer una involución, y nuevos conflictos.

— *Concesión del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades.*

Se establece la necesidad de establecer regímenes de vida en régimen abierto a fin de preparar la vida en libertad mediante la confianza depositada en el desempeño de destinos, facilitación de recursos internos y externos que le permitan la estabilidad social y laboral con la elaboración de programas de búsqueda de empleo estable.

e) En sede legislativa.

Tres propuestas de *lege ferenda*:

Art. 76.1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

- a) De veinticinco años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por Ley con pena de prisión de hasta veinte años.
- b) De treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con la pena de prisión superior a veinte años.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos pudieran haberse enjuiciado en uno solo.

3. *Cuando por aplicación de las normas contenidas en el artículo anterior y en el art. 75 de este Código la suma aritmética de las penas privativas de libertad impuestas excedieran de 20 años, una vez cumplido este plazo en el cómputo de la condena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá requerir con periodicidad anual a la Junta de Tratamiento un informe de capacidad criminal y de adaptabilidad social, en base al cual se formule propuesta en alguno de los términos siguientes:*

1. *Libertad condicional con eventuales reglas de conducta.*
2. *Definición alternativa de un programa individualizado de tratamiento donde se enuncien actividades de reeducación y reinserción social encaminadas a la modificación positiva del diagnóstico de capacidad criminal y adaptabilidad social, con eventual precisión de plazos para el inicio del disfrute de permisos de salida, y para el acceso al régimen abierto, con evolución positiva y sin involuciones desfavorables». A su vista el Juez de Vigilancia Penitenciaria adoptará la resolución que proceda».*

4. *En ningún caso la pena de prisión podrá exceder de 25 años ininterrumpidos de privación de libertad. Llegado ese momento, será aprobada la libertad condicional, con sometimiento del penado, en su caso, a cualesquiera de las reglas de conducta del art. 105 CP a criterio del Juez de Vigilancia Penitenciaria atendidas las circunstancias del penado y del delito».*

Art. 92.: «No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, o en su caso, las dos terceras partes podrán obtener la concesión de la libertad condicional. El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables, o se hayan cumplido 20 años efectivos de privación de libertad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 76.3 del presente Código».

7. Modificaciones en la libertad condicional

7.1. Concepto

La libertad condicional es la última fase de la ejecución de la pena de prisión que tiene ser aprobada el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Se cumple en libertad hasta la finalización total de la pena, salvo que se revoque o suspenda por los motivos establecidos legalmente. Durante este tiempo la persona está bajo control (presentación mensual) del «Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias», que anteriormente se denominaba CAS (Comisión de Asistencia Social). Esta institución jurídica es necesaria para la consecución de los fines resocializadores de la pena privativa de libertad tales como búsqueda y desarrollo de trabajo, consolidación o restablecimiento de vínculos familiares, desarrollo de actividades terapéuticas, etc.... A tales efectos la Ley Orgánica General Penitenciaria la considera como la última fase del tratamiento y se encuadra dentro del sistema de individualización científica (art. 72 LOGP).

Para la consecución de los objetivos resocializadores, o para evitar nuevos conflictos derivados de la relación con el Juez de Vigilancia ante la presencia de un pronóstico de reinserción dudoso puede «imponer motivadamente la observancia de una o varias reglas de conducta del art. 83 y 96.3 CP», extremos, éste que supone una modificación respecto de la anterior regulación que solamente posibilitaba la imposición de las medidas de seguridad no privativas de libertad del art. 105 CP. Con esta nueva normativa se amplía el número de reglas de conducta y medidas privativas de derechos que se pueden imponer:

- Prohibición de acudir a determinados lugares.
- Prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras persona que determine el Juez o Tribunal o de comunicarse con ellos.
- Prohibición de ausentarse del lugar donde resida sin autorización del Juez.
- Comparecer personalmente ante el Juez, o servicio de la administración que éste señale, para informar de sus actividades y justificarlas.
- Participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares.
- Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.
- Prohibición de estancia y residencia en determinados lugares.
- Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- Privación de licencia o del permiso de armas.
- Inhabilitación profesional
- Expulsión del territorio nacional, de extranjeros no residentes legalmente en España.
- Las demás previstas en el art. 105 CP:
 - a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitarios.
 - b) Obligación de residir en un lugar determinado.
 - c) Prohibición de residir en un lugar o territorio que se designe. En este caso, la persona quedará obligada a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.
 - d) Prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas.
 - e) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y Vigilancia del familiar que se designa y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.
 - f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.
 - g) Privación de la licencia y permiso de armas.
 - h) Privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores.

Puede existir un solapamiento en relación a las medidas privativas de derechos que se imponen como accesorias, en cuyo caso, el Juez de

Vigilancia no puede imponer ninguna medida con idéntico contenido a la impuesta como pena accesoria en la sentencia. La posibilidad de la expulsión del territorio nacional prevista en el art. 96.3 guarda relación directa con la posibilidad de sustitución de la pena por expulsión cuando se hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena. Por ello, entendemos que esta medida no va a imponerse por esta vía de libertad condicional, toda vez que si existe un pronóstico favorable de reinserción social, no tiene ningún sentido que la medida impuesta sea la de expulsión del país. Los jueces tendrán que utilizar la vía de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión, o la que viene establecida en la legislación Penitenciaria del cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia.

7.2 *Requisitos para su concesión*

Se establece la Libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias:

- a) Que el penado se encuentre en tercer grado penitenciario.
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c) Que haya observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el art. 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la Responsabilidad civil conforme a los arts. 72.5 y 6 de la LOGP.
- d) Asimismo, en el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección 2ª del capítulo V del título XXII del Libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además haber colaborado activamente con las autoridades; bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente des-

vinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que rodean a la misma y su colaboración con las autoridades».

1. Respecto de las penas que pueden ser objeto de libertad condicional.

A los efectos que nos interesa, podríamos afirmar que cualquier internamiento en una cárcel con motivo del cumplimiento de una pena privativa de libertad, con independencia de su extensión, podrá ser computado a efectos de libertad condicional, porque entendemos que si la actividad Penitenciaria está encaminada a la consecución de la reeducación y de la reinserción social (art. 2 RP 1996 en relación con art.25.2 CE) todo ingreso en una cárcel supone el sometimiento al régimen penitenciario y, por ende, no parece adecuado excluir a determinadas penas de la última fase de tratamiento (libertad condicional). Por ello, entendemos que la libertad condicional puede aplicarse en tres supuestos: a) La pena de prisión; b) la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa, que se convierte en días de «prisión», equivalente a la pena, por razones obvias; c) cuando el ingreso en prisión sea la consecuencia del cumplimiento ininterrumpido de los arrestos de fin de semana porque el penado haya incurrido en dos ausencias injustificadas (art. 37.3 CP).

2. Respecto del requisito de que la persona se encuentre clasificada en tercer grado de tratamiento penitenciario. Nos remitimos al contenido del apartado de este trabajo en el que analizamos los nuevos requisitos introducidos por la LO 7/2003 para la concesión del tercer grado.

3. Respecto a la extinción de las tres cuartas partes de la condena impuesta.

Por condena se entiende, no sólo la posibilidad de aplicar la libertad condicional a una, si no a varias que se encuentre enlazadas o refundidas, como luego seguidamente analizaremos. Para que se pueda conceder la libertad condicional tienen que haber transcurrido 3/4 partes del total de la condena, o excepcional las 2/3. Se puede prescindir de este requisito en los casos de enfermos graves con padecimientos incurables o si el penado tiene 70 años o los tendrá durante el cumplimiento de la condena. Debido a estos cálculos, nos encontramos con diferentes clases de libertad condicional: 3/4 partes, 2/3, septuagenarios, enfermos graves, adelantamiento de tres meses por año efectivamente cumplido a partir de la mitad de la condena, cumplimiento de la octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena (art. 78 CP). En las líneas que siguen nos referiremos únicamente a las novedades.

4. *Situaciones excepcionales respecto del cómputo de tiempo para la concesión de la libertad condicional (no se analizan la situación de los enfermos graves y de los septuagenarios por no haber sufrido modificación en esta reforma).*

a) *Libertad condicional establecida en el art. 78 CP*

El Código Penal de 1995 ha introducido una excepción a esta regla general, -art. 78 CP- de aplicar el cómputo (3/4 ó 2/3 partes) para la libertad condicional, los permisos penitenciarios, y la clasificación en tercer grado, sobre la condena resultante de la refundición. Se trata de introducir un criterio para que las condenas, en determinados supuestos, se cumplan íntegramente. A este respecto, en el art. 78 CP se establece que cuando la pena a cumplir como consecuencia de la limitación del art. 76 CP —20, 25, 30 ó 40 años o el triple de la máxima— fuese inferior a la mitad de la suma total de las condenas impuestas, el Juez o Tribunal, atendiendo a la peligrosidad criminal del penado, acordará motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. La aplicación de este precepto será obligatoria cuando los límites establecidos según el art. 76 sean de 25, 30 y 40 años. Esta aplicación preceptiva es una de las innovaciones de la nueva reforma.

—Ejemplo, si una persona comete 20 asesinatos y es condenado a 20 años por cada uno (total 400 años)—.

En aplicación del artículo 76, el límite vendría fijado en 25 años. Al ser inferior a 50 años que es la mitad del total de las condenas impuestas, el cómputo de las tres cuartas partes o las dos terceras para la concesión de la libertad condicional se realizará sobre 100 años—. Esta medida refleja la inquietud de algunos grupos parlamentarios por el cumplimiento íntegro de las penas. En nuestra opinión, nos parece desorbitado e inconstitucional (art. 25.2 CE) que una persona pueda estar 40 años en una cárcel, donde las posibilidades de recuperación son nulas, y las de destrucción personal son elevadísimas.

No obstante, se ha previsto la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando las circunstancias personales del reo, la evolución en el tratamiento reeducador y el de pronóstico de reinserción social, pueda acordar razonadamente, oído el ministerio fiscal, instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección 2ª del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. De manera, que la regulación establece el cumplimiento total de la condena que se convierte en una «cadena per-

petua», abiertamente contraria a las normas constitucionales tal y como venimos observando a lo largo de las páginas de este trabajo.

Para evitar la cadena perpetua, es decir, el cumplimiento íntegro de los 40 años, el PP y el PSOE introdujeron la enmienda 53 al Proyecto, introduciendo la posibilidad de que el tercer grado pudiera ser aplicado a los 32 años y la libertad condicional a los 35, de forma que el texto definitivo quedó expresado en los siguientes términos:

«En estos casos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio fiscal, Instituciones Penitenciaria y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la Sección segunda del capítulo V, del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte de límite máximo de cumplimiento de la condena.

b) *Adelantamiento a las 2/3 partes de la condena.* El Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene la competencia para aprobar la libertad condicional a propuesta del Equipo de Tratamiento. El art. 91 CP establece que «excepcionalmente cumplidas las circunstancias 1,2 y 3 del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección 2ª del Capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo informe del ministerio fiscal, instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales y ocupacionales». Por ello, el órgano competente para la concesión de este beneficio es el Juzgado de Vigilancia, sin perjuicio de los informes que pida a la cárcel; el único requisito es que lo «merezca» por el desarrollo continuo de actividades. De esta nueva regulación de la libertad condicional se excluye a las personas que hayan cometido delitos de terrorismo o en el seno de una organización criminal, y se establece la necesidad obvia y por tanto superflua de los informes previos de la administración, fiscal y demás partes. Parece algo obvio porque así se viene haciendo, y en todo caso, más que la regulación en el Código

penal, se tendría que hacer el esfuerzo de elaborar una normativa que regule el procedimiento de la jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria. De todas formas resulta cuestionable que en la fase de ejecución de la pena, para la aplicación de la libertad condicional tenga que opinar la víctima si es considerada como parte. Solamente tiene sentido que sea oída para que el Juez pueda establecer alguna regla de conducta o medida en función de la situación o relación que tengan entre ambos a los efectos de la seguridad, pero nunca, cuando el objetivo de esta fase ejecutiva es la reinserción del penado que pueda truncar ésta por sentimientos o deseos de venganza.

c) Adelantamiento de 90 días por año de cumplimiento efectivo de condena a partir de la extinción de la mitad de la misma.

A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del ministerio fiscal y las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, el Juez de Vigilancia podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de la condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organización criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente actividades laborales, ocupacionales y culturales, y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación en su caso²⁹.

En cualquier caso, el JVP podría subordinar el disfrute de la libertad condicional a la participación del condenado en programas de reparación a las víctimas y en trabajos en beneficio de la comunidad. La autoridad judicial competente comprobaría el cumplimiento efectivo de la medida impuesta. El objetivo buscado es la motivación a la población reclusa para un buen comportamiento y para su participación actividades o destinos. Con la desaparición de la redención de penas por el

²⁹ El origen de este artículo viene de una propuesta del grupo catalán CIU con la intención de: «potenciar la aptitudes de los penados a adecuar su conducta con respecto a la norma y a la reparación del daño, y también como elemento de drenaje del sistema penal, se propone este sistema que motive a los penados a avanzar la libertad condicional durante el cumplimiento de la condenada». Por este motivo en la enmienda número 66 al proyecto propuso el adelantamiento de la libertad condicional a la mitad de la condena, siempre que merezcan dicho beneficio por... A tales efectos el JVP podría adelantar el período de libertad condicional hasta un máximo de 180 días por cada año efectivo de condena, incluidos los períodos de prisión provisional.

trabajo a partir de la promulgación del Código penal de 1995, los beneficios penitenciarios desaparecieron en la práctica y se incrementó la apatía en las personas presas, ello, además de quedarse la institución sin un instrumento de control del comportamiento y los presos sin un medio de acortar las penas de prisión.

Para su aplicación es suficiente con que se acrediten la participación continuada en actividades laborales, culturales u ocupacionales. Además se exige la participación en programas de reparación a la víctima o de tratamiento o desintoxicación. De manera que la participación en actividades es obligatoria y además, o la reparación, o el tratamiento desintoxicador; uno u otro. Respecto de la participación en programas de reparación es suficiente con que se repare a la víctima (económicamente con la responsabilidad civil o con una carta sincera de arrepentimiento), pues de exigir que se participe en un programa específico de reparación del daño a la víctima se estaría exigiendo un requisito imposible en los casos en que no existan programas de reparación, o de que la víctima no quiera participar en los mismos. Por ello, la interpretación de esta norma debe ser amplia para este requisito. Es suficiente con haber satisfecho la responsabilidad civil, o estar pagando parte de la misma con el sueldo del trabajo. ¡Qué mejor reparación de daño que compartir el dinero con quien ha sufrido el delito! Sin duda es una buena oportunidad para la potenciación de las entidades que se dedican a la mediación penal.

Por otra parte, quien esté sometido a cualquier programa de tratamiento o desintoxicación se entiende que está reparando el daño causado trabajando activamente sobre las causas que motivaron la conducta delictiva. Es suficiente con programas libre de drogas o de mantenimiento con metadona.

La prueba que acredite los requisitos debe ser la que justifique el pago o abono de la responsabilidad civil, o los pagos que se estén haciendo desde que se esté en tercer grado trabajando o los informes del programa de tratamiento.

Este beneficio tiene que aplicarse por el Juez de Vigilancia Penitenciaria a petición de la administración Penitenciaria, pero podría concederse a pesar de que no se hubiese solicitado por el centro penitenciario (Junta de tratamiento). Esta posibilidad de concesión por el Juez de Vigilancia a pesar del informe negativo del centro penitenciario ha sido defendida por el Tribunal Constitucional. Así, la STC 163/2002 de 21.11.02, permite que el Juez proponga el beneficio del indulto ante el ministerio de justicia a pesar de la negativa del centro penitenciario a proponerlo en base a la competencia que le otorga el art. 206 RP. En este

caso el Juez de Vigilancia expresó en su resolución que carecía de competencia para pronunciarse sobre la cuestión porque era el Equipo Técnico quien debía hacer la propuesta y éste había apreciado que el interino no reunía los requisitos exigidos en el art. 206 RP; así mismo mantenía que la adopción de una decisión sobre esta materia por el Centro penitenciario no era fiscalizable por el Juzgado por su carácter potestativo o discrecional. Ahora bien, el Tribunal Constitucional en la sentencia mencionada ha establecido que la competencia del Equipo Técnico para la apreciación de los requisitos del art. 206 RP o la concurrencia de «extraordinario», no puede considerarse suficiente fundamentación, pues ni la competencia de la administración para la adopción de una decisión excluye por sí misma la posibilidad de control posterior por un órgano judicial, ya que el art. 106.1 CE establece que los «tribunales controlan... la legalidad de la actuación administrativa, ni, ciertamente, puede calificarse de razonable la declaración de incompetencia del Juez para la revisión del ejercicio realizado por la Administración Penitenciaria de sus competencias, en materia de tramitación del indulto particular, a la luz de la legislación Penitenciaria . Esta declaración de incompetencia se separa de lo dispuesto en el art. 76.2 c LOGP que establece que corresponde especialmente al Juez de Vigilancia aprobar las propuestas que formulen los establecimiento sobre beneficios penitenciarios que supongan un acortamiento de la condena» y desconoce, también el art. 206.1 RP que no atribuye competencia exclusiva al centro penitenciario para la tramitación de la solicitud de indulto particular, pues éste no puede elevar directamente su solicitud para que se tramite de conformidad con la legislación vigente sobre derecho de gracia, sino que el destinatario directo de su propuesta es el Juez de Vigilancia. De otra parte el recurso al carácter potestativo o discrecional del acto administrativo impugnado para negar la posibilidad de su control jurisdiccional tampoco puede considerarse como fundamento razonable de la decisión judicial, pues de un lado el art. 54.1 .f LPC prescribe que los actos administrativos «que se dicten en el ejercicio de las potestades discrecionales» deberán motivarse y el recurrente alegó ante el Juez un déficit de la motivación. Y otro porque con dicha fundamentación se niega la proyección que en ese ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3.CE. Requerir la motivación del acto administrativo discrecional es, también, garantía de la interdicción de la arbitrariedad del poder público y su control no es tarea ajena a la función jurisdiccional (art. 1106.1 CE). En definitiva la administración., ha de estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales, de modo más riguroso, si su actuación afecta a derechos fundamentales, libertades públicas y valores constitucionales, y los órganos judiciales deben revisar, cuando se les solicite, la legalidad y constitucionalidad de la actuación administrativa realizada.

Por todo lo expuesto y debido a que nos hallamos ante un figura jurídica que exige al igual que el indulto la propuesta administrativa ante el Juez de Vigilancia, queda claro que el órgano jurisdiccional, por vía de recurso, puede aprobar el adelantamiento.

Este beneficio puede aplicarse a todas las personas que se encuentran en este momento cumpliendo condena por una sencilla razón. Si se aplica retroactivamente esta norma respecto del requisito de la satisfacción de la responsabilidad civil a pesar de ser restrictiva, con mucho más fundamento tiene que aplicarse esta norma que beneficia. Por ello, a petición del penado a la Junta de tratamiento y en caso de denegación a través de la interposición de recurso ante el Juzgado de Vigilancia se puede solicitar el adelantamiento de la libertad condicional.

Por último y para salvar todas las interpretaciones dudosas el término «por año de cumplimiento *efectivo* de la condena» se refiere tanto al cumplimiento dentro de la cárcel de la mitad de la condena si el penado no redime, como el resultado de la aplicación de la redención de penas por el trabajo para quienes estén cumpliendo condena por el código penal de 1995. Esta segunda afirmación es mantenida por la STS 557/96, de la Sala en Pleno de 18 de julio de 1996, en referencia a la aplicación de las redenciones obtenidas hasta la entrada en vigor del código penal de 1995, en la que se señaló que «la redención de penas no es un beneficio graciable, sino que consiste en el abono al penado para el cumplimiento de la pena impuesta... tales beneficios cuando ya han sido consolidados, se integran en una regla de cómputo del tiempo pasado en prisión... de modo irreversible».

5. Respecto del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el art. 67 de la Ley Orgánica general Penitenciaria («concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe de pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional» —art. 67 LOGP—).

Esta circunstancia ha sufrido una modificación respecto de la regulación anterior. El informe de pronóstico final tiene que ser emitido por la administración Penitenciaria. A diferencia de la normativa derogada, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podía conceder la libertad condicional aunque el informe de pronóstico final emitido por el Centro penitenciario fuese negativo, toda vez que el Juez podía tener más de un informe emitido por los expertos que considerase conveniente. Con esta regulación, obviamente le sigue correspondiendo al Juez de Vigilancia

la valoración del juicio de pronóstico, pero verá su margen de actuación más limitado porque el informe que debe ser tomado en cuenta tiene que ser el emitido por la administración Penitenciaria. Ahora bien, no habría inconveniente en que el Juez para dispensar con más eficacia la tutela judicial efectiva pudiera solicitar informes a todas las instituciones y profesionales ajenos a la administración Penitenciaria.

Esta medida supone un control ideado por el legislativo para que el Ministerio del Interior deje menos posibilidad de actuación al poder judicial y «le amordace», olvidando que quien tiene que ejecutar lo Juzgado es el poder judicial y no la administración. Se trata, como pone de manifiesto la propia exposición de motivos, de poner en práctica la intención de reducir el ámbito de discrecionalidad en el cumplimiento de la pena.

Esta normativa supone, en nuestra opinión un retroceso en las posibilidades de defensa de la persona condenada. Esta modificación se establece partiendo de una premisa «del deber ser» que es errónea: los informes de la administración se realizan en condiciones objetivas y científicas suficientemente aceptables. Nada más lejos de la realidad. No existen en la administración Penitenciaria las condiciones para que eso ocurra, pues no hay personal suficiente para realizar tales informes con un mínimo de rigor científico. Las cifras oficiales de la institución Penitenciaria son claras en este aspecto: personas dedicadas a retención y custodia suponen el 79%, de administración el 8%, dirección 0'4, tratamiento y asistencia social el 11%, de éstas últimas se deducen las de servicios médicos, queda un 7% del personal dedicado al tratamiento que son encargados de realizar esos informes. Con este panorama, los informes se basan en datos de la condena y de comportamiento en prisión, minusvalorando otros de más importancia, olvidando que para poder emitir un pronóstico sobre la conducta de una persona habría que realizar estudios individualizados de las instancias socializadoras y de las circunstancias personales y psicológicas que pudieron influir en la conducta delictiva; también debería tenerse en cuenta la evolución en el tratamiento, en los casos en que éste existiera, además de los apoyos de todo tipo que se pudiesen facilitar al penado una vez que quedase en libertad.

En la práctica al no existir apenas tratamiento, ni técnicos suficientes para la observación e intervención tratamental estamos convencidos que los pronósticos dudosos, que lo son casi todos pues estamos ante un terreno de «futuribles» comportamiento humanos, serán negativos. Los técnicos que los emitan preferirán no errar en su pronóstico de positivo a negativo (vuelta a delinquir) y la administración Penitenciaria (ministerio del interior) emitirá los criterios de decisión lo más restrictivos posible. De manera que serán excluidos de la concesión de liber-

tad condicional, en principio, quienes no tengan el privilegio de haber podido acceder a alguna actividad de tratamiento, o de encontrarse en una prisión en que el número de internos sea proporcional y adecuada al de los técnicos, situación que lamentablemente apenas existe en alguna prisión española.

Planteamos que este pronóstico debe ser positivo cuando una persona está clasificada en tercer grado y está saliendo a trabajar. De manera que, cuando una persona esté en régimen abierto antes de llegar a las tres cuartas partes de la condena, la relación tercer grado/libertad condicional ha de ser automática. Una persona que sale a la calle, no se fuga, trabaja a satisfacción, es evidente que ofrece un pronóstico favorable de reinserción social (en este sentido ver el Auto de AP Sevilla de 17 de septiembre de 1996). Pero a pesar de ello, en ocasiones la cárcel se emite un informe desfavorable por «falta de garantías en la actividad laboral que desarrolla», sin que se aclaren cuáles puedan ser esas faltas ni esas garantías (auto AP Madrid 5ª 233/99 de 23 de febrero de 1999). En aquellos casos en los que la concesión de la libertad condicional es simultánea a la progresión a tercer grado, una interpretación «pro reo» exigiría sencillamente que no se den elementos que nieguen la posibilidad de que la persona presa normalice la vida en el futuro. En otro caso, estaríamos quebrando la «presunción de inocencia de futuro». Por tanto, no se puede presumir una hipotética comisión futura de delitos si no es a través de datos objetivos y con entidad suficiente como para poder formular un pronóstico; ello es siempre arriesgado. No se puede invertir la carga de la prueba. Corresponde al Equipo de Tratamiento de la cárcel alegar individualizadamente las razones para el pronóstico negativo, posibilitando el control judicial, a través de recurso, de dichos motivos si fueran infundados.

Por último, tampoco se puede olvidar la indeclinable responsabilidad de Instituciones Penitenciarias (Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias), de facilitar los medios para que, efectivamente, la persona pueda llevar vida honrada en libertad, toda vez que en último extremo el pronóstico no es un hecho de certeza de que una determinada conducta va a darse muy probablemente. Ello va a depender de los apoyos que se presten a la persona excarcelada. No es lo mismo que a una persona se le faciliten apoyos materiales, sociales, laborales, terapéuticos, que a otro que no se le apoye de ninguna manera; posiblemente el pronóstico del primero será más positivo que el del segundo. Lo mismo podríamos decir respecto de la red pública de servicios sociales. En otro caso, estaríamos en el círculo vicioso de las profecías autocumplidas. Por tanto, el eventual pronóstico del Equipo sólo tiene legitimidad en la medida que exprese al tiempo cuáles eran los medios que se pensaban arbitrar para facilitar la reinserción al liberado.

8. La nueva regulación penal para los extranjeros no residentes legalmente en España (LO 11/2003, de 29 de septiembre)

La situación penal y penitenciaria de las personas extranjeras, no residentes legalmente en España, ha cambiado considerablemente. Lejos de fomentar la «integración social de los extranjeros», tal y como se establece en la rúbrica de esta ley, se potencia su expulsión. Los principios de política de extranjería se han impuesto por esta reforma sobre los de facultad punitiva del Estado, contradiciendo abiertamente la doctrina mantenida en las consultas y circulares de la Fiscalía General del Estado y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional que insisten en la necesidad de situar la expulsión bajo los parámetros generales de las finalidades de la intervención punitiva y el respeto a los principios constitucionales. Las novedades, muy resumidamente, son las siguientes:

1. Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al Juez que, previa audiencia del Fiscal, autorice en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en varios juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización. No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los arts. 312 (delito de tráfico ilegal de mano de obra), 318 bis (delito de promoción de la inmigración ilegal), 515.6º (asociaciones que promuevan el tráfico ilegal de personas), 517 (fundadores de asociaciones que se dediquen al tráfico ilegal de personas) y 518 CP (quienes cooperen económicamente o de cualquier otra forma a las fundaciones o asociaciones dedicadas al tráfico ilegal de personas) (art. 57.7 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). La política de extranjería del ministerio del interior extiende, con este precepto, sus tentáculos hasta el sistema penal para expulsar a los extranjeros que pudieran tener cobijo bajo la protección

del proceso punitivo. En la anterior normativa se establecía que el «Juez podría autorizar la expulsión». Pero la nueva normativa es absolutamente criticable por la necesaria obediencia judicial a la solicitud de autoridad gubernativa. Supone el sometimiento del Juez (poder judicial) a la Delegación del Gobierno (poder ejecutivo), truncándose aún más, la ya escindida división de poderes. Que a petición de la autoridad gubernativa, por cuestiones de política de extranjería, el Juez tenga que detener el proceso penal, dictar auto de sobreseimiento, abandonar la investigación del delito, despreocuparse de la víctima, no otorgar la tutela judicial efectiva al encausado, no permitir su defensa ni que la inocencia quede demostrada el día del juicio, es una manifestación de la peligrosa hipertrofia de la competencia a la que ha llegado el poder ejecutivo que desde una ley de extranjería pretende anular la efectividad del procedimiento penal. Al Juez de Instrucción no le queda más remedio, si quiere salvar los intereses generales del procedimiento penal, que acudir a una ponderación de los intereses concurrentes y aplicar la expulsión de manera excepcional. Esta ponderación debería hacerse utilizando criterios ya manifestados por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 5/1987: verosimilitud de los hechos, grado de implicación del acusado, alarma social, flagrancia del delito, indicios de que se cometiera el delito con posterioridad a la orden de expulsión para paralizar ésta. Asimismo, tendría que valorar la importancia de tomar en consideración el principio de proporcionalidad porque la expulsión podría ser una consecuencia más grave que la eventual pena a imponer. Estos criterios, son sin duda, los que se deberían tomar en cuenta por los jueces para aplicar excepcional, que no generalmente, la expulsión. Además, claro está, de tener que motivar más extensamente la decisión judicial de autorizar la expulsión al ser una sanción y sobreseer el proceso penal, que la continuación del mismo y por tanto denegar la petición administrativa de expulsión³⁰. Obviamente, todo ello, lo tendrá que hacer invirtiendo los principios que se imponen en esta norma: sólo motivar la no expulsión. Esta norma puede vulnerar el derecho constitucional que tiene toda persona, con independencia de su nacionalidad, a la tutela judicial efectiva³¹, así como el dere-

³⁰ En este mismo sentido se manifiesta el Grupo de Política Criminal en su publicación *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y la extranjería*, Málaga, 1998.

³¹ Las SSTC 107/1984 de 23 de noviembre y 99/1985, de 30 de septiembre, proclaman el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para nacionales y extranjeros. En este mismo sentido se manifiesta el art. 13 CE, la DUDH de 1948, Convenio de Roma de 1950 y PIDCP de 1966.

cho a utilizar los medios para su defensa y la presunción de inocencia toda vez que la persona podría resultar absuelta el día del juicio y, por ende, la expulsión ejecutada en su día hubiera sido declarada manifiestamente ilegal³².

2. Los extranjeros no residentes legalmente en España que sean condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años serán expulsados del territorio nacional al quedar sustituida la pena privativa de libertad por la expulsión. Esta sustitución tiene que establecerse en la sentencia. Excepcionalmente y de forma motivada, previa audiencia del Ministerio Fiscal, en función de la naturaleza del delito se puede cumplir la pena en una cárcel de España (art. 89. 1, primer párrafo, CP). De este precepto se pueden hacer las siguientes consideraciones:
 - a) La Ley utiliza el verbo en imperativo: «serán sustituidas», de manera que los jueces tienen que autorizar la expulsión con carácter general, en la misma sentencia, de las personas extranjeras en los supuestos anteriormente referidos. Por tanto, la expulsión es, en principio, obligatoria, quedándose de esta forma olvidados los criterios expresados por la STC 33/1997 en la que se expresa que «el Juez debe realizar una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos en la Constitución».
 - b) La posibilidad de que la pena se cumpla en España es excepcional y se hará en función de la naturaleza del delito. Llama la atención que no se exija al juez motivar expresamente la expulsión, y en cambio, se exija para autorizar el cumplimiento de la condena en España. ¿No se estará vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva? Es, asimismo, cuestionable que el único criterio para denegar la sustitución sea la naturaleza del delito y no las circunstancias personales y sociales que concurren en la persona condenada. Estos elementos son fundamentos analógicos de la finalidad general de los sustitutivos penales y alternativas a la prisión. Deberían tenerse en cuenta en la valoración judicial. ¿Qué preocupación muestra el legislador con la dignidad de las personas cuando ignora para su expulsión la situación sociopolítica del país de origen?; ¿dónde queda el derecho de asilo y refugio por razones humanitarias? Es, sin duda, cuestionable que sea un único criterio el que debe tomar en consideración el Juez para motivar el cumplimiento de la pena de prisión en España. Además es un criterio inde-

³² En este sentido SAP sección 8º Madrid de 11.02.1998.

- terminado, pues, ¿qué se puede entender por naturaleza del delito?, ¿la gravedad del hecho, la importancia del bien jurídico protegido? No sabemos. Sin duda, al Juez se le presenta una compleja tarea interpretativa.
- c) Para la adopción de esta medida no se escucha ni al extranjero ni a su abogado, tal y como se establecía tanto, en la anterior regulación, como en la STC 242/1994 al establecer la concesión al extranjero de las posibilidades de defensa para exponer la razones contrarias a su expulsión.
 - d) No se debería poder expulsar por una condena por faltas, al ser la expulsión una medida desproporcionadamente más grave por sus consecuencias que la pena misma.
 - e) En los hechos cuya participación sea en coautoría y concurren españoles o extranjeros residentes, parece difícil explicar a éstos que tengan que cumplir las penas que pueden ser muy elevadas (pensemos en cuatro robos con intimidación con penas inferiores a seis años), y en cambio, al extranjero no residente, la consecuencia sea la expulsión.
3. De idéntica forma, y a instancia del Ministerio Fiscal, se «acordará en la sentencia» la expulsión del territorio nacional de quien esté condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, y acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena. Excepcionalmente y de forma motivada en función de la naturaleza del delito, puede hacerse cumplir la pena en España (art. 89.1, segundo párrafo). De esta norma podemos hacer las siguientes consideraciones:
- a) Con esta norma se sustrae a las personas extranjeras de las posibilidades de tratamiento penitenciario y de forma efectiva, del sistema de clasificación, toda vez que únicamente pueden someterse a los regímenes de primer y segundo grado. La clasificación en tercero en cualquiera de sus modalidades supondrá la expulsión. De manera que, quien no quiera ser expulsado, podrá no participar en actividades e, incluso, no observar buena conducta, a fin de no ser clasificado en régimen abierto.
 - b) Si el Juez de vigilancia denegara la clasificación en tercer grado ante el recurso del fiscal o del propio recluso, esta norma deja abierta la posibilidad de que llegados a las tres cuartas partes, la expulsión pueda llevarse a cabo.
 - c) Igualmente estas personas serán sustraídas, en la práctica, del régimen de permisos de salida. Si el fundamento legal del permiso es la preparación de la vida en libertad, la administra-

ción penitenciaria interpretará que ésta se hace efectiva a partir de la expulsión en el país de origen. Esta norma supone establecer dos regímenes penitenciarios, uno para españoles y extranjeros residentes legalmente en España, y otro para los extranjeros no residentes legalmente en España cuya pena sea superior a seis años.

- d) Es abiertamente criticable que no se valore la evolución en el tratamiento para que la persona pueda quedarse a cumplir condena en España, que no se escuche ni al abogado ni al extranjero, y que la posibilidad de quedarse esté en función de la iniciativa del fiscal y de lo que cada Juez interprete por naturaleza del delito que justifique que la pena se cumpla en España. Desconocemos con qué criterios objetivos se podrá realizar esta ponderación, aunque los únicos razonables serían los aplicados desde la prevención general y los establecidos, por analogía, en el art. 57.5 c LO 4/2000 para prohibir la expulsión durante la fase de instrucción: 312, 318 bis, 515,6º, 517 y 518 CP. Sin duda, la función preventivo especial del derecho penal ha desaparecido para estas personas y el art. 25.2 queda desvirtuado, pues a su contenido: «las penas de prisión estarán orientadas a la reeducación y reinserción social de los penados», lamentablemente habría que añadir «*excepto para los extranjeros no residentes legalmente en España*».
4. Las condenas a estas personas no pueden ser suspendidas (art. 80 y 87 CP), ni sustituidas (art. 88 CP), obviamente para quedarse en España. Nuevamente se hace una aplicación desigual de la norma penal. Para españoles y extranjeros residentes legalmente o comunitarios la pena puede ser suspendida o sustituida. Para los extranjeros sin residencia legal, no. Por una cuestión meramente administrativa (residencia), se hace un trato desigual de una norma penal. Se olvida lo sustantivo: la persona, y se pone el énfasis en el adjetivo: extranjero/nacional. En casos de imposibilidad física de expulsión (por apátrida, porque el país de origen no acepte la devolución, o por desconocimiento de la nacionalidad) debería poder aplicarse la suspensión de condena y la sustitución (arts. 80, 87, 88, 4.4,60 CP). Desde una interpretación teleológica de este precepto, la negación a los extranjeros no residentes legales de la suspensión se hace para provocar su expulsión. Si ésta no puede llevarse a cabo deberían aplicarse tales beneficios. Lo contrario supondría una discriminación injustificada respecto del resto de las personas condenadas.
5. Con idéntico criterio que en los apartados anteriores, a los extranjeros no residentes legalmente en España que fuesen absueltos por aplicación de alguna eximente del art. 20.1, 2 o 3, pero res-

pecto de los que se aplique una medida de seguridad, también serán expulsados, sustituyéndose la medida de seguridad por la expulsión. Excepcionalmente, el Juez o Tribunal, en función de la naturaleza del delito puede ordenar el cumplimiento en España. Nuevamente estamos ante una muestra enorme de insensibilidad del legislador penal.

6. En las cuatro situaciones anteriores, si la expulsión no pudiera llevarse a cabo, la pena se cumplirá en España. Este hecho no es infrecuente, bien porque el país de origen no muestre su conformidad, porque se encuentre en un conflicto bélico, por la imposibilidad de conocer el país de procedencia.
7. El extranjero no podrá regresar al territorio español en un plazo de 10 años desde la fecha de la expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena (art. 89.2 CP y art. 133 CP), lo que supone que la prohibición se extenderá para determinados supuestos a 20 años. Ahora bien, si el extranjero intenta quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse nuevamente el plazo de prohibición de entrada en su integridad (art. 89.3 CP).

8.1. Valoración de esta reforma

El criterio principal de política criminal buscado con esta reforma es el vaciado de las hacinadas prisiones españolas de personas extranjeras —actualmente en torno al 30%— por motivos de ahorro presupuestario. En este sistema de globalización de mercados vivimos en el lado de los beneficiados, y por tanto, el efecto llamada a este Estado de bienestar genera costes que hay que asumir socialmente. En ningún caso, se pueden abandonar los principios de interés general del proceso penal ni mucho menos los derechos y garantías jurídicas de todas las personas, aunque no sean residentes legales: a la presunción de inocencia, a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

Es una reforma que desconfiaba abiertamente de los Jueces. Se les deja un resquicio pequeño y estrecho: la valoración de la naturaleza del delito, olvidando el fundamento mismo de la aplicación de las alternativas a la prisión. La política de extranjería impone su criterio a la norma penal. Si el partido político mayoritario criticaba la anteriores reformas de la ley de extranjería porque potenciaban el efecto llamada, este efecto se multiplica por diez con esta norma: «vengan a España, delincan, que su pena será la vuelta a su país, expulsados». Desde luego el mensaje no puede ser más atractivo para los extranjeros. Pero, además, causa unos efectos indeseables por la distorsionada percepción pública que

se realiza de la inmigración: sensación social de impunidad de los extranjeros que puede dar lugar, con el paso de los años, a una modificación legal en sentido radicalmente contrario por la presión social; imposición de la misma medida de expulsión al extranjero que delinque que al que no lo hace pero administrativamente no tiene un permiso de residencia, pudiéndose llegar a una confusión pública de quien es delincuente con quien no lo es. Además, de la desigualdad en la respuesta punitiva con el español que ve como tiene que cumplir una pena de prisión, a veces, por hechos de menor importancia que el extranjero, cuya única pena es el regreso a su país (Auto TC 106/1997); o respecto del extranjero con residencia legal que deberá pedir la aplicación de un Convenio bilateral para cumplir la pena en su país de origen. Por último, se olvida groseramente de las circunstancias personales y sociales que llevaron a la persona a delinquir, así como de la situación política del país al que debe regresar –para estas personas se anulan los motivos humanitarios que puedan dar lugar al derecho de asilo y refugio-. La suerte de estas personas es indiferente al legislador. Su humanitarismo, principio inspirador de todo lo jurídico que aspire a separarnos de las cavernas y la barbarie, es nulo. Su moralidad bajo mínimos. Parece claro que en nada benefician estas medidas a la integración social de los extranjeros en España.