

LOS NUEVOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA

Vicenta Cervelló Donderis

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia

Revista General de Derecho Penal, nº 8, Iustel, 2004, pág. 5 - 22

<http://www.cienciaspenales.net>

LOS NUEVOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA

(Publicado en La Ley Penal nº8 septiembre 2004 pág 5-22)

Vicenta Cervelló Donderis

Profesora Titular de Derecho Penal

Universitat de València

Resúmen: La ley 7/2003 de 30 de Junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas ha supuesto un cambio radical en el sistema penitenciario de individualización científica. En ella se amplían los requisitos para la clasificación en tercer grado y libertad condicional, y se endurece el cumplimiento de la pena de prisión en general.

Sumario. Introducción: las claves de la reforma. 1.- Duración de la pena de prisión. 2.- Sistema penitenciario y clasificación penitenciaria; a)Características del sistema penitenciario español, b)Criterios para la clasificación penitenciaria. 3.- Beneficios penitenciarios. 4.- Concursos y art.78 CP. 5.- problemas constitucionales.

Introducción: las claves de la reforma de 2003

Así como el Código Penal de 1995 fue bautizado con el apelativo de Código Penal de la democracia, las últimas reformas aprobadas en el año 2003 confirman el giro conservador que estamos presenciando en los últimos tiempos, cambio especialmente evidente en la ejecución penal ya que en esta materia parece haberse olvidado el legislador del emblemático enunciado del 25.2 de la Constitución Española: "las penas y medidas de seguridad privativas de libertad se orientarán hacia la reeducación y reinserción social", claro exponente de la prevención especial, para dar prioridad a la retribución y a la prevención general positiva.

Dicho cambio se constata entre otros motivos por la agravación de la duración de la pena de prisión en los concursos, por el endurecimiento de los criterios para acceder al tercer grado, por la ampliación de requisitos de la libertad condicional, por la mayor restricción de

beneficios penitenciarios del art.78 CP y en definitiva por la amplia restricción de derechos individuales que orienta toda la reforma.

Este trabajo quiere analizar la trascendencia que tiene en sede penitenciaria las reformas penales de 2003, y concretamente las incorporadas por la ley 7/2003 de 30 de Junio, para lo cual en primer lugar hay que considerar estos cambios legislativos como parte de una reforma más amplia que alcanza a distintos frentes abiertos en general contra la inseguridad ciudadana y en particular contra el terrorismo:

- L.O. 5/2003 de 27 de Mayo de modificación de la LOPJ, LOGP y Ley de Demarcación y Planta Judicial.

En ella se crean los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria en la Audiencia Nacional y se modifica la LOPJ para que todos los recursos de apelación contra resoluciones dictadas por éstos (tanto relativos a ejecución de penas como a régimen penitenciario) los resuelva la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, es decir en todo caso el Tribunal sentenciador.

Esta ley modifica lo dispuesto en la DA5ª de la LOPJ donde se establece que los recursos de apelación contra resoluciones del Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas los resuelva el Tribunal sentenciador, y los que sean de materia de régimen penitenciario los resuelva la Audiencia Provincial de la demarcación del centro penitenciario. La finalidad de la reforma es concentrar la resolución de todos los recursos de apelación referidos a delitos de terrorismo en la Audiencia Nacional, evitando con ello su reparto a las Audiencias Provinciales.

El acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala segunda del TS en fecha 28 de Junio de 2002 ya había decidido que los recursos de apelación contra autos de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación penitenciaria los resolviera el Tribunal sentenciador, ante la dudosa redacción de la LOPJ en su DA 5ª. Tal decisión tuvo su origen en la concesión de un tercer grado a un

miembro de ETA condenado por la Audiencia Nacional, progresión recurrida por el Ministerio Fiscal en reforma ante el Juez de Vigilancia que lo desestimó; a continuación se presentó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Vitoria que entendió que no era competencia suya sino de la Audiencia Nacional como Tribunal sentenciador lo que motivó que el interesado recurriera en casación ante el Tribunal Supremo.¹ De esta manera, desde entonces en estos casos, son los Tribunales sentenciadores quienes han de resolver los recursos de apelación contra la clasificación penitenciaria del recluso.

- *L.O. 6/2003 de 30 de Junio por la que se modifica la LOGP*

Se modifica el art.56 de la LOGP para regular los convenios de la DGIP con las Universidades Públicas, preferentemente la UNED, para los estudios universitarios de los internos. En este caso se trata de una reforma dirigida a evitar que los presos terroristas se beneficien de ciertos privilegios en la realización de estudios universitarios.

- *L.O.7/2003 de 30 de Junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*

Supone un claro endurecimiento de la penalidad y de la ejecución como lo demuestran la enumeración de sus líneas generales:

a) aumento de la *duración máxima* de la pena de prisión, en caso de concursos, a 40 años

b) reforma del *tercer grado* al exigir un mínimo de cumplimiento de la condena, denominado periodo de seguridad.

c) reforma de la *libertad condicional* al endurecer y ampliar sus requisitos.

¹ De Urbano Castillo, E. "El control judicial de la clasificación de los penados" *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 549 17.10.2002 pág 3 y ss.

d) reforma de la *acumulación de condenas* al ampliar la restricción del art.78 CP, ya que antes mencionaba beneficios penitenciarios y libertad condicional y ahora añade permisos de salida y tercer grado.

La DGIP dictó la Instrucción 9/2003 de 25 de Julio para la interpretación de esta reforma legal, que posteriormente ha sido modificada por la Instrucción 2/2004 de 16 de Junio, esta nueva Instrucción ha dado mayor protagonismo a las Juntas de Tratamiento y ha detallado aspectos de organización interna.

- L.O. 11/2003 de 29 de Septiembre de materias concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integridad social de extranjeros

Se amplían las posibilidades de la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años y del último periodo de la condena en penas iguales o superiores a seis años impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión, que pasa a ser prácticamente preceptiva.

- L.O. 15/2003 de 25 de Noviembre de modificación del Código Penal

Se aborda la reforma penal más amplia con algunos aspectos relativos a la pena de prisión como su duración y la suspensión de su ejecución.

Todas estas previsiones son claramente represivas sin concesión alguna a la reinserción social, lo que sólo de manera muy limitada se pretende compensar con la última de las leyes señaladas (L.O. 15/2003 de 25 de Noviembre) que amplía la suspensión de la ejecución de la pena de prisión a drogodependientes y refuerza el trabajo en beneficio de la comunidad como sanción alternativa al permitir que actúe como pena principal y sustituya directamente a la pena de prisión.

1.- Duración de la pena de prisión.

La prisión pasa a tener una duración general de tres meses a veinte años ya que en la última de las reformas aprobadas, se recupera lamentablemente la pena de prisión de tres meses (suprimida por el Código Penal de 1995) desoyendo las críticas a las penas cortas de prisión por su escaso papel resocializador y optando por confiar en su eficacia como pena choque.

Las penas cortas de prisión presentan como mayor inconveniente las dificultades que tienen para el tratamiento ya que el escaso tiempo de duración provoca su incapacidad para impartirlo, por otro lado ese escaso tiempo de estancia en la prisión no impide que los efectos nocivos como la separación familiar, el abandono de la actividad laboral o el contagio criminal puedan afectar al sujeto. Todo ello ha servido en las últimas décadas para que distintas legislaciones penales eliminaran las penas cortas y en su lugar crearan otras más eficaces. Una opinión minoritaria, sin embargo, sigue manteniendo que estas penas despliegan un efecto intimidante como pena choque, razones que parecen haber convencido al legislador actual.

Por su parte las excepciones a la duración máxima de 20 años ya contempladas en el art.76 del CP de 1995, aumentan con la Ley 7/2003 al permitir llegar a 40 años en función de las penas que forman los concursos en los siguientes casos:

- si al menos dos delitos están castigados legalmente con penas de prisión de más de 20 años
- si al menos dos delitos son de terrorismo y uno de ellos está castigado por la ley con pena de prisión de más de veinte años.

Estos extremados límites chocan con la doctrina más reciente del Tribunal Supremo especialmente crítica con las penas que por no poder ser objeto de acumulación pueden alcanzar los 30 años, indicando como solución su ajuste en sede penitenciaria, lo que precisamente con las reformas ya en vigor no va a poder ser posible, como más adelante se podrá comprobar.

Hay que tener en cuenta que estos límites temporales de los concursos si se trata de procedimientos diferentes sólo se aplican en los supuestos de conexidad, lo que, si bien se interpreta cada vez de manera más amplia para permitir la acumulación de todas las condenas de un mismo sujeto salvo las que se refieran a hechos cometidos después de una sentencia firme, no impide estancias continuadas en prisión superiores a 40 años cuando se rechaza la acumulación, por ejemplo si un sujeto cumpliendo una o varias condenas con un tope de veinticinco años comete un nuevo delito del que resulta condenado nuevamente a otros veinticinco años, estará en prisión cincuenta años seguidos ya que al terminar de cumplir la primera condena comenzará a cumplir la segunda.

El Tribunal Supremo ha reconocido en distintas ocasiones, STS 23.1.2000(12), STS 7.3.2001(487) que las penas que superan los veinte años de duración no cumplen ya ninguna función preventivo general ni preventivo especial, ni pueden producir efectos resocializadores para lo cual aconseja buscar fórmulas en sede penitenciaria destinadas a evitar penas asimilables a la cadena perpetua, como puedan ser el indulto parcial, la solicitud de indulto por la Junta de Tratamiento regulada en el art.206 del Reglamento Penitenciario o el adelantamiento de la libertad condicional.

Con esta opinión jurisprudencial y la línea doctrinal dominante que rechaza las penas de prisión tan largas por sus claros efectos desocializadores no se entiende muy bien esta desmesurada agravación de la duración de la pena de prisión, salvo que se quiera dar la espalda a la línea político criminal que inspiró el texto constitucional. En este sentido son numerosos los penalistas como García Valdés, Quintero Olivares, Muñoz Conde y otros que ante la anunciada reforma se han mostrado contrarios a esta especie de cadena perpetua que como señalaba el primero de ellos no es fruto de la ciencia jurídica.

En ocasiones se señala como referencia la existencia en otros países europeos de la cadena perpetua como es el caso de Francia, Alemania o Italia, pero en ellos tal

figura está vinculada a la posibilidad de su remisión bien a través de la libertad condicional o del derecho de gracia con unos plazos muchos más cortos: Italia a los veintiséis años (art.176.3 CP italiano) y Alemania a los quince (parágrafo 57 A CP alemán). Esto significa que su existencia en el Derecho Comparado responde más al Derecho Penal simbólico en el que la prevención general positiva auspiciada por la alarma social desplaza a la prevención especial, con el inconveniente que ya se producía con nuestra legislación penal anterior en virtud de la redención de penas por el trabajo que daba lugar a la previsión legal de unas extensas penas que luego en la práctica no se cumplían, obstaculizando la necesaria credibilidad de la pena defendida por Beccaria.

Para evitar el desfase entre la pena prevista legalmente y la pena efectivamente cumplida el Código Penal de 1995 suprimió la redención de penas por el trabajo abogando ya por el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, algo que no ha dado tiempo a comprobar puesto que las largas condenas que hayan podido permitir excarcelaciones anticipadas han sido impuestas por el Código Penal anterior. Descartada la finalidad (ya existente) del enunciado de la reforma de asegurar un cumplimiento completo sólo cabe pensar en una ejecución desprovista de beneficios lo que conduce a una concepción inocuizadora de la prevención especial consistente en mantener al delincuente alejado el mayor tiempo posible de la sociedad².

2.- Sistema penitenciario y clasificación penitenciaria

a) Características del sistema penitenciario español

:

El precedente del sistema penitenciario español actualmente vigente es el sistema progresivo iniciado por el Coronel Manuel Montesinos en el Presidio de Valencia en 1835, basado en acortar la duración de la pena por la buena

² González Cussac, J.L. "La contrareforma penal de 2003: nueva y vieja Política criminal". *Revista xurídica galega* n° 38- 2003 pág 24.

conducta del reo. Este sistema, al margen de algunas menciones legislativas anteriores, se incorporó definitivamente a la legislación española en el Reglamento de 1901 con 4 fases³:

- aislamiento celular: con una duración de 7 a 12 meses para penas aflictivas y de 4 a 7 para las correccionales, se podía acortar por buena conducta.

- periodo industrial y educativo: aislamiento nocturno y convivencia de día; duraba la mitad del tiempo de la condena que quedaba por extinguir

- periodo intermedio: trabajo menos penoso y mas comunicaciones

- periodo de gracia y recompensa equivalente a libertad condicional

En sus inicios este sistema fue estrictamente objetivo al ser necesario pasar sucesivamente por todos los grados durante periodos tasados predeterminados, como propugnaba Cadalso, sin embargo paulatinamente se incorporan algunas modificaciones acordes con nuevas tendencias criminológicas como el tratamiento individualizado, siguiendo las ideas correccionales de Salillas⁴. La culminación de esta lenta transformación se produce más adelante con la reforma de 1968 del *Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956* al dar una denominación más actual a los establecimientos en el art.5: régimen cerrado, régimen intermedio y régimen abierto, y modificar el art.48 pasando a dividir el sistema progresivo mencionado en el art.84 del Código Penal en cuatro grados:

- reeducación del interno: se cumple en establecimientos de régimen cerrado.

- readaptación social: se cumple en establecimientos de régimen intermedio.

- prelibertad: se cumple en establecimientos de régimen abierto.

- libertad condicional.

³ Garrido Guzmán, L. *Compendio de ciencia penitenciaria*. Valencia 1976 pág 119

⁴ Sanz Delgado, E. *El humanitarismo penitenciario español del s.XIX* Madrid 2003 pág 275-276

Con esta nueva regulación los grados dejan de ser periodos temporales determinados y además el primer periodo ya no es necesario pasarlo en aislamiento absoluto como sucedía anteriormente.⁵ Esta reforma fue el inicio de la decadencia del sistema progresivo⁶ ya que la incorporación de profesionales con conocimientos criminológicos iba a dar prioridad a la evolución de la personalidad del interno por encima de otros criterios.

Con la promulgación de la Constitución en 1978 comienza la reforma penitenciaria que se plasma en la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria en 1979 que va a sustituir a los anteriores Decretos adaptándose a las normas internacionales inspiradoras de la humanidad y la resocialización.

Aunque el Código Penal en el art.84 seguía mencionando el sistema progresivo, la LOGP se aparta de dicha referencia y pasa a llamarlo en el art.72 sistema de *individualización científica separado en cuatro grados: 1º, 2º, 3º y libertad condicional*, dándole un enfoque multidisciplinar, dinámico y flexible al permitir desde el inicio cualquier grado salvo la libertad condicional, sin necesidad de pasar por todos ellos.

El *Reglamento Penitenciario de 1981* en el art.251 desarrolla la referencia legal y declara que la clasificación en tercer grado de quienes no han cumplido 1/4 condena requiere los criterios favorables de primariedad delictiva, buena conducta y madurez o equilibrio personal, y en todo caso un tiempo mínimo de dos meses de estancia real en el centro. No obstante en el art.241.3 del mismo texto legal al enumerar los criterios a tener en cuenta para la clasificación dice expresamente "la referencia a la duración de las penas y medidas de seguridad se interpretará al solo efecto de valorarla de forma ponderada con el conjunto de los otros criterios intervinientes en el proceso de clasificación, distinguiendo los siguientes supuestos según le falte por

⁵ Garrido Guzmán, L. Op. Cit. Pág 181

⁶ Garrido Guzmán en su obra de 1976 antes referida afirma "actualmente asistimos a una crisis del sistema progresivo". Op. Cit. Pág 179

cumplir: menos de 2 años, más de 2 años y menos de quince, de 15 años en adelante, y también que se encuentre en el primer tercio de la condena, en el tercio medio o en el último tercio".

El RD 1764/1993 modifica este art.251 del Reglamento Penitenciario suprimiendo la necesidad de esta permanencia mínima en el centro exigiendo tan solo un tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del interno, permitiendo con ello el tercer grado inicial para supuestos de baja peligrosidad como podían ser entonces los condenados por delitos de insumisión. Posteriormente el art.104.3 del *Reglamento Penitenciario de 1996*, se mantiene en los mismos términos de ausencia de criterios temporales pero modifica las variables a tener en cuenta que ahora son historial delictivo e integración social.

De esta manera el sistema de individualización científica ha pretendido apartarse de la rigidez y objetividad del sistema progresivo para convertirse en un sistema más subjetivo que tenga en cuenta las singularidades de cada sujeto para proceder a su clasificación en 1°, 2° o 3° grado, por eso aunque haya algún requisito de tipo objetivo, no hay criterios limitadores estrictos, sino unas variables del interno que han de ser ponderadas por los profesionales que forman la Junta de Tratamiento que proponen a la DGIP la clasificación más apropiada.

Además de ser individualizado este sistema pretende ser flexible permitiendo una ejecución personalizada en la que se combinen las características de distintos grados penitenciarios (por ej. clasificación en 2° grado con permisos de salida de 3° grado o viceversa), su razón es no encorsetar en tres grados la gran variedad de la población reclusa aunque con ello se den amplias cotas de libertad a la Administración.

En líneas generales este sistema penitenciario, lejos de ser perfecto, ha presentado una serie de inconvenientes como son:

- se concede una amplia discrecionalidad a la Administración

- hay un exceso de protagonismo de la DGIP sobre los profesionales del tratamiento

- se permite la intervención judicial sólo por vía de recurso. Incluso se da la paradoja que el art.107 RP exige notificar al Ministerio Fiscal el paso a 3° grado pero no lo exige respecto al Juez de Vigilancia, al que sólo se le notifica el paso a 1° grado.

Sin embargo, su gran ventaja ha sido la gran flexibilidad que ha permitido primar el tratamiento sobre la punición, lo que difícilmente se seguirá produciendo tras la reforma al introducir criterios objetivos relativos al tipo de delito y duración de la condena que alejan el subjetivismo característico del sistema de individualización científica y suponen un regreso al sistema progresivo decimonónico.

b) Criterios para la clasificación penitenciaria:

La clasificación penitenciaria de los penados contempla una distinción entre criterios generales y criterios específicos.

Los criterios generales que han de ser tenidos en cuenta son:

a)- para la clasificación en **1° grado**: peligrosidad extrema e inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, art.10 LOGP

b)- para la clasificación en **2° grado**: normalidad en la convivencia, art.102.3 RP

c)- para la clasificación en **3° grado**: capacidad de vivir en semilibertad, art.102.4 RP

Todos ellos deben ser valorados según el art.102.2 RP en función de:

- personalidad
- historial individual, familiar, social y delictivo
- duración de las penas
- medio social al que retornará
- recursos, facilidades y dificultades para el tratamiento

En cuanto a los criterios más concretos que "han de ser ponderados" son:

1° grado: art.102.5 RP delitos que denoten personalidad violenta, agresiva y antisocial; comisión de determinados delitos como vida, integridad física, libertad sexual, propiedad...; pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas;; participación en motines, planes o agresiones; comisión de infracciones disciplinarias graves o muy graves de manera reiterada; introducción o posesión de armas de fuego y tenencia de drogas o sustancias tóxicas que haga presumir su destino al tráfico.

3° grado: art.104.3 RP haber cumplido 1/4 condena, aunque sin necesidad de ello puede proponerse el tercer grado tras un tiempo de estudio suficiente con las variables de historial delictivo e integración social muy favorables.

Con estas variables el segundo grado actúa como un cajón de sastre en el que cabe casi todo, frente a la excepcionalidad del primero y tercer grado. En el año 2002 la memoria de la DGIP indica una media de 2,6 % clasificados en primer grado, un 75,1 % clasificados en segundo grado y 12,5 % en tercer grado.

La flexibilidad del sistema creado por la LOGP permitía por tanto que desde el inicio el interno fuera clasificado en cualquiera de los grados menos el de libertad condicional, con la garantía de que cada seis meses se revisa para progresar, mantener o regresar de grado, lo que le da un enfoque no estático a la ejecución penitenciaria. El mayor inconveniente, sin embargo, se produce en la desmesurada discrecionalidad que tiene la Administración para la clasificación con expresiones tan vagas como "peligrosidad extrema" "inadaptación" "capacidad de vivir en semilibertad" teniendo en cuenta además que tales criterios se recogen en el Reglamento y sólo veladamente en la Ley.

Los criterios para la clasificación de primer grado y segundo grado no han variado con la reforma manteniéndose los que habían anteriormente: peligrosidad extrema e

inadaptación (art.10 LOGP y art.102.5 RP) y normalidad de la convivencia (art.102.3 RP).

Donde si hay reformas importantes es en el tercer grado y en la libertad condicional, siendo incomprensible que el Código Penal regule los criterios de aplicación del tercer grado cuando la línea del Código Penal de 1995 era la de remitir todo lo relativo a la ejecución penitenciaria a la legislación específica, como lo demuestra incluso la supresión de la referencia al sistema progresivo del anterior artículo 84.

A) *Tercer grado:*

El Reglamento Penitenciario de 1981 en la inicial redacción del art.251 exigía al menos dos meses de observación del interno antes de proceder a la clasificación de tercer grado de quienes ni siquiera habían cumplido una cuarta parte de su condena. El RD 1764/1993 modificó este artículo suprimiendo tal requisito exigiendo tan sólo un tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del interno, expresión repetida por el art.104.3 del Reglamento Penitenciario de 1996 que permitía desde el inicio la clasificación en el régimen abierto, evidentemente si las variables de reinserción eran favorables.

Tal posibilidad ha sido suprimida por la Ley 7/2003 que incorpora al Código Penal unos requisitos temporales⁷ para el tercer grado en el art.36 donde se regula la duración de la pena de prisión; de esta manera en el párrafo 2º señala:

"cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta"

La incorporación de este periodo de seguridad en el sistema penitenciario español termina con un sistema de

⁷ El precedente de este periodo de seguridad lo sitúa A. Tellez Aguilera en el derecho penitenciario francés. "La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia" *La Ley* 14.8.2003, pág 3-4

individualización científica⁸ que estaba próximo a cumplir su vigesimoquinto aniversario y que tenía como piedra angular la progresión y regresión de grado con criterios científicos, sin embargo a partir de ahora se da preferencia a criterios objetivos basados exclusiva y preferentemente en la duración de la condena impuesta, por más que admita excepciones de las que se excluye expresamente al terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Con la nueva regulación una de las primeras dudas que surgen es si la exigencia de cumplimiento de la mitad de la condena se refiere a cada pena individualmente considerada o a la suma de las que se estén cumpliendo, la Instrucción 9/2003 DGIP ha entendido que se ha de aplicar a los casos en que se cumple una pena de más de cinco años o varias que sumadas aritméticamente o refundidas excedan de esta duración con independencia de que vengan impuestas en una o varias causas o procedimientos, lo que se mantiene en la Instrucción 2/2004.

Tal interpretación no puede ser compartida por las siguientes razones:

En primer lugar el Código Penal se refiere a "pena de prisión impuesta" lo que claramente es una alusión a la pena individual y no a la suma de las condenas⁹, de hecho en el art. 80.2° CP al regular los requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena utiliza la expresión "pena o penas impuestas o suma de las impuestas" lo que en virtud del principio de legalidad no puede ser equiparado a lo anterior.

En segundo lugar el Reglamento Penitenciario establece en el art.193.2 la unidad de ejecución a efectos de aplicación de la libertad condicional, ya que hasta ahora era la única fase de la condena sometida a criterios temporales, por ello si se quiere incluir el tercer grado

⁸ Renart García, F. *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico* Madrid 2003 pág 89-90 lo califica de sistema mixto, relacionándolo acertadamente con la ola de neoconservadurismo que se extiende en las legislaciones con la idea de justicia como venganza.

⁹ Téllez Aguilera, A. Op. Cit. parece vincularlo más bien a los años de estancia en prisión al margen de que sea consecuencia de la imposición de una o varias condenas.

en dicho concepto debe ser modificado con una referencia expresa.

En tercer lugar tal periodo de seguridad parece tener el sentido de endurecer el cumplimiento de las penas correspondientes a los delitos más graves, y no a la suma de penas de delitos de menor gravedad.

Y finalmente una norma administrativa no debe realizar una interpretación extensiva de la norma penal y mucho menos incorporar un nuevo requisito ignorando el sentido del principio de legalidad.

De esta manera si un sujeto está cumpliendo dos penas de prisión de tres años cada una no debería exigirse que tenga que cumplir tres años (la mitad de la condena total de seis años) antes de acceder al tercer grado, sino seguir el régimen general del tiempo de estudio suficiente ya que ninguna de sus condenas es superior a cinco años.

El caso del concurso de delitos y de la acumulación de condenas es diferente porque al fin y al cabo cuando varias penas impuestas en procedimientos separados se acumulan para beneficiarse de los límites concursales se crea una nueva pena y se extinguen las otras, por ello si la condena acumulada es superior a cinco años, aunque alguna de las que forman la acumulación no lo sea es indiferente.

Además esta interpretación amplia del límite de cinco años tiene el inconveniente de tener que revisar la clasificación de internos de tercer grado si por una nueva causa dejan de tener cumplida la mitad de la condena total, lo que puede chocar con su pronóstico de reinserción social, salvo que una nueva pena sea superior a cinco años por si sola ya que en este caso al cumplirse las penas por su respectiva gravedad sí deberá exigirse el cumplimiento de la mitad de esta nueva condena (si no se ha acordado el régimen general), pero no de las que sean inferiores a cinco años.

En este sentido, la Instrucción 2/2004 ha introducido algunas mejoras en estos casos de recepción de nuevas condenas que provocan el no cumplimiento de la mitad de la condena, como es la posibilidad de que la Junta de

Tratamiento solicite la aplicación del régimen general al Juez de Vigilancia si considera que el interno debe continuar en tercer grado y en caso contrario proponga su regreso a segundo grado al Centro Directivo.

Un supuesto específico de clasificación en tercer grado es el regulado en el art.104.4 RP relativo a enfermos muy graves con padecimientos incurables que requiere informe médico, dificultad para delinquir y escasa peligrosidad lo que abre la duda de si en estos casos también se debe exigir el cumplimiento del denominado periodo de seguridad. La Instrucción 9/2003 DGIP, al igual que la Instrucción 2/2004, ha entendido que como el art.92 CP les sigue eximiendo de los requisitos temporales para la libertad condicional por el mismo motivo se les ha de eximir de los requisitos temporales para el tercer grado, sin embargo aunque por razones de humanidad tal afirmación sea la adecuada, no se puede negar que razones de legalidad aconsejan que en el art.36 CP debe declarar expresamente tal exclusión.

Con los nuevos criterios la Junta de Tratamiento sólo podrá proponer a la DGIP la clasificación o progresión a tercer grado cuando el interno haya cumplido la mitad de la condena impuesta. Este requisito del art.36.2 CP no tiene carácter retroactivo con lo cual los penados clasificados en tercer grado que carezcan de él no van a ser regresados, pero se va a exigir en la clasificación inicial o progresión desde su entrada en vigor el día 2.7.2003, de esta manera quienes comenzaron el cumplimiento de su condena con unos determinados requisitos legales los han visto modificados durante el transcurso de su ejecución sin permitir que se apliquen los vigentes al inicio de su condena, lo que resulta de dudosa constitucionalidad.

El Juez de Vigilancia, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y demás partes, podrá eximir de la necesidad de cumplir el periodo de seguridad, y por tanto no exigir ningún periodo mínimo de cumplimiento¹⁰, si las circunstancias de reinserción social y la evolución del

¹⁰ El texto del Proyecto permitía esta excepción después de cumplir una cuarta parte de la condena.

tratamiento lo aconsejan salvo en delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, en los que siempre se aplicará la restricción y hasta que no cumplan la mitad de la condena impuesta no podrán disfrutar de tercer grado aunque sea aconsejable para su reinserción.

En todos los casos que se cita al terrorismo va unido a los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales(a excepción del art.93.2), lo que según la Instrucción 9/2003 DGIP, igual que la Instrucción 2/2004, ha de interpretarse con criterios criminológicos, no normativos, algo criticable por ser una fórmula abierta y por tanto nada convincente.

La necesidad de oír al Ministerio Fiscal, Instituciones penitenciarias y demás partes se requiere para la aplicación del régimen general de clasificación en tercer grado excluyendo la necesidad de periodo de seguridad(art.36.2 CP), para la aplicación del régimen general del cumplimiento previsto en el art.78 CP que no obligue al cálculo de determinadas figuras penitenciarias sobre la condena total y para el adelantamiento de la libertad condicional(art.91 CP). Esta mención a las partes es confusa ya que la Administración en sus propuestas tiene oportunidad de pronunciarse al respecto, además no tiene mucho sentido que como partes se entienda a las que han intervenido en el proceso, por resultar contraproducente para la reinserción social del condenado la posible intervención de la víctima en sede de ejecución penitenciaria, por ello se han de evitar sentimientos vindicativos y atender exclusivamente a la protección y seguridad de las víctimas.

Para solicitar al Juez de Vigilancia que permita la mencionada excepción la Junta de Tratamiento valorará las circunstancias personales del interno como:

- asunción del delito
- actitud de respeto a la víctima: compromiso de arrepentimiento, asunción o reparación del daño.
- conducta seguida en libertad si ha mediado tiempo entre la comisión del delito y su entrada en la prisión

- participación en los programas específicos de tratamiento relacionados con la actividad delictiva

Todos estos criterios, mencionados en la Instrucción 9/2003 DGIP y mantenidos por la Instrucción 2/2004, parecen estar pensando en delitos muy específicos como libertad sexual y violencia doméstica en los que la investigación criminológica ha incorporado programas específicos para valorar la relación con la víctima o la asunción del delito, pero en otros delitos mayoritarios como el robo con violencia o el tráfico de drogas tales premisas están sumamente abandonadas por el tratamiento penitenciario, salvo la puntual intervención en drogodependientes. Lo positivo de esta excepción es que al menos permite que sea un órgano judicial el que decida la clasificación en tercer grado.

Además se ha modificado el art.72 LOGP que regulaba el sistema de individualización científica en términos de flexibilidad y reinserción añadiendo dos párrafos que amplían los requisitos necesarios para acceder al tercer grado acumulables al que incorpora el CP relativo a la duración de la condena impuesta:

- nº 5: se exige para la clasificación o progresión al *tercer grado* haber cumplido la *responsabilidad civil* en términos amplios y discrecionales:

- pago efectivo
- conducta efectiva del sujeto dirigida a restituir, reparar e indemnizar
- valoración de su capacidad económica real presente y futura
- garantías de satisfacción futura
- estimación del enriquecimiento derivado del delito y daño o entorpecimiento producido al servicio público, naturaleza daños y número de perjudicados.

Entre los delitos que especialmente se ha de tener en cuenta están los que afectan a la colectividad como patrimonio y orden socioeconómico que haya revestido notoria gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas, derechos de los trabajadores, Hacienda Pública y Seguridad Social y Administración Pública (cohecho, tráfico

de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función). La expresión "singularmente" que precede a estos delitos es confusa hasta el punto que puede hacer pensar que sólo es exigible la responsabilidad civil en ellos o incluso que en estos casos se requiere necesariamente el pago efectivo (esta última postura la sostuvo la Instrucción 9/2003 DGIP y la mantiene la Instrucción 2/2004); ninguna de las dos interpretaciones se puede extraer del tenor literal del texto legal ya que el nuevo nº 5 del artículo 72 LOGP establece una regla general, por ello sólo cabe entender que con la expresión singularmente se quiere destacar una serie de delitos en los que la responsabilidad civil tiene una especial importancia por afectar a bienes que afectan a la colectividad y en ellos ha de haber una mayor exigencia que en los demás¹¹.

Este requisito da un amplio margen a la Administración por ser todos ellos menos el primero criterios valorativos. El primero de ellos y único objetivo, se puede constatar por la notificación por el Tribunal sentenciador, con una copia de la pieza de responsabilidad civil, del pago de ésta o del auto de insolvencia del condenado. La aplicación práctica que se comenzó haciendo fue bastante conflictiva ya que la DGIP hacía una lectura excesivamente restrictiva negando la progresión en casos de impago al margen del auto de insolvencia, lo que se aparta del sentido del precepto que se dirige a valorar el esfuerzo en la reparación y no sólo el pago efectivo, como señala el Informe del Consejo del Poder Judicial sobre las reformas penales (pág 45), lo contrario sería un nuevo caso de criminalización de la pobreza.

Esta interpretación viene además respaldada por otros preceptos del Código Penal donde la exigencia del pago de la responsabilidad civil se excluye en casos de imposibilidad total o parcial de hacer frente a ella, vgr.

¹¹ En el mismo sentido Conclusiones V Encuentro estatal de SOJ Penitenciario celebrado en Sevilla los días 13-14 y 15 Noviembre 2003

suspensión de la ejecución de la pena (art.81.3) o cancelación de antecedentes penales (art.136.2.1°).

La Instrucción 2/2004 parece contemplar una interpretación más amplia del pago de la responsabilidad civil, al no limitarla exclusivamente al pago efectivo y considerar junto a la insolvencia otros criterios de referencia como su situación económica y posibilidades de pago futuro.

Los demás criterios han de ser valorados y ante el silencio del Código Penal, la DGIP a través de la Instrucción 9/2003 entendió que fuera el Juez de Vigilancia quien los valorara a tenor de la asunción de las tareas del Tribunal sentenciador mencionadas en el art.76 2 a) LOGP, lo que no tiene mucho sentido ya que si el resto de valoraciones para la clasificación las realiza la Junta de Tratamiento ésta no debería ser una excepción. La Instrucción 2/2004 de 16 de Junio ha remitido a las Juntas de Tratamiento la ponderación de estos criterios postdelictuales para lo que es necesaria la declaración judicial de insolvencia y justificantes de imposibilidad de pago, lo que supone una mejora respecto a la rigidez anterior.

De esta manera con estos cambios desde el 2 de Julio de 2003 (fecha de entrada en vigor de la ley 7/2003) las propuestas de clasificación en tercer grado irán acompañadas de estos criterios de relativos a la responsabilidad civil al margen de la fecha de comisión de los hechos o de la sentencia.

- nº 6: en *terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales* además de la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros exige que se muestren:

a) signos inequívocos de abandono de fines y medios terroristas y

b) colaboración activa con las autoridades para:

- impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista

- atenuar los efectos de su delito

- identificar, capturar y procesar a los responsables de delitos terroristas
- obtener pruebas
- impedir la actuación o desarrollo de la organización o asociación a las que hayan pertenecido o con las que hayan colaborado.

Así como los apartados a) y b) son acumulativos, los distintos contenidos de la colaboración no lo son por lo tanto con la presencia de uno de ellos es suficiente para estar completo el requisito.

El abandono de los fines y medios terroristas se podrá acreditar con una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y abandono de la violencia o con la solicitud de perdón expreso a las víctimas o con los informes técnicos de la prisión que acrediten su desvinculación de la organización terroristas y su entorno y su colaboración con las autoridades.

Las fórmulas de acreditación mencionadas son discutibles ya que la declaración expresa de repudio y el perdón expreso a las víctimas no respetan la libertad ideológica individual, y la desvinculación de la organización terrorista tiene mecanismos de prueba muy reducidos como puedan ser el distanciamiento físico de otros miembros de la organización o el control de sus comunicaciones, visitas o remotos permisos de salida¹², lo que deja al interno en un problemático aislamiento carcelario.

Por todo ello este requisito resulta desproporcionado e injusto: desproporcionado porque entra en aspectos morales como el arrepentimiento y cambio de valores lo que no encaja en una resocialización dirigida a los actos no a los pensamientos, además de poner al terrorista en la tesitura de colocarse en una situación de riesgo personal jurídicamente inexigible; e innecesario ya que la aplicación exhaustiva del art.102.5 RP, como señala Tellez Aguilera¹³, permite obviar este requisito al exigir mantener el primer grado mientras no se demuestren signos

¹² Renart García, F. *La libertad condicional...* pág 166-167.

¹³ Op. Cit. pág 4

inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de la organización.

Se podría haber seguido una redacción similar a la del art.579.3 CP que permite rebajar la pena por arrepentimiento en unos términos más objetivos y externos¹⁴, ya que el perdón obligatorio y el arrepentimiento deben quedar fuera del ámbito jurídico-penal al afectar al ámbito interno, limitándose a su consideración como posible atenuación de la pena pero nunca como un requisito a tener en cuenta en la aplicación de figuras penitenciarias cuyo máximo referente es la evolución de la conducta del sujeto en términos objetivos no ideológicos, como pueda ser el abandono voluntario de actividades delictivas, la confesión de los delitos cometidos o la colaboración activa con las autoridades... Por su parte, el criterio de abandono de la violencia, en lugar de asociarse a su testimonial declaración expresa, que por cierto no garantiza nada, debería ser más objetivo dándole un contenido amplio relacionado con su conducta penitenciaria como participación en actividades y ausencia de agresividad o alteraciones del orden.

También en este caso se exigirá en todas las clasificaciones iniciales o progresiones a partir de la entrada en vigor, al margen de la fecha de los hechos o la sentencia.

B) *Libertad condicional* :

Se ha producido un cambio importante en la regulación de la libertad condicional en el art.90 CP ya que aun manteniéndose los mismos requisitos se les ha dado a dos de ellos un contenido predeterminado por la ley bastante controvertido. Además el informe sobre el pronóstico de reinserción social ya no ha de ser emitido por los expertos o peritos que considere el Juez de Vigilancia, como se decía antes, sino por la propia Administración

¹⁴ Renart Gacía, F. *La libertad condicional...*pág 189, destaca las contradicciones que se pueden producir ante un terrorista que se le atenúa la pena por la aplicación de este artículo y con ello tiene un pronóstico favorable de reinserción social que sin embargo debe esperar al cumplimiento de la mitad de su condena para acceder al tercer

penitenciaria a través del informe final previsto en el art.67 LOGP.

El requisito de buena conducta y pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, no se entenderá cumplido si el penado no ha satisfecho la responsabilidad civil en los términos de la reforma del artículo 72 de la LOGP, antes analizada.

La buena conducta se valora con la observación del comportamiento del interno en el ámbito regimental y disciplinario, por su parte el pronóstico de reinserción social ha de valorar las expectativas de integración social y de asunción de la responsabilidad, por ello condicionar ambos aspectos al mero elemento crematístico del pago de la responsabilidad civil supone un desprecio a los informes de los profesionales, dado que evidentemente el rechazo al pago en sí mismo ya es un elemento negativo cuando hay posibilidades de llevarlo a cabo¹⁵. Por otro lado exigir este requisito es superfluo y reiterativo al coincidir con el necesario para el tercer grado teniendo en cuenta que éste a su vez es requisito indispensable para la libertad condicional y por ello quien no ha satisfecho la responsabilidad civil no accede al tercer grado y consecuentemente tampoco a la libertad condicional.

Además, en el mismo sentido, en terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, el pronóstico de reinserción social exige los mismos signos de arrepentimiento y delación utilizados para el tercer grado, excluyendo en ellos la posibilidad de la libertad condicional anticipada.

Esta regulación es más confusa que la que venía en el Proyecto ya que allí a los requisitos propios de la libertad condicional se añadía como dos más independientes el de satisfacer la responsabilidad civil y en el caso del terrorismo y organizaciones criminales la necesidad del arrepentimiento y colaboración con las autoridades. La redacción finalmente aprobada sin embargo los introduce como criterios de buena conducta y reinserción social, lo

grado, y con ello a la libertad condicional.
¹⁵ Renart García, F. Op. Cit. pág 122

que además de no ser siempre cierto distorsiona el contenido real de tales requisitos y los aparta del parecer de las ciencias de la conducta.

No aclara la reforma si estos nuevos requisitos de la libertad condicional se extienden también a los casos especiales de mayores de setenta años y enfermos incurables, ya que el art.92 del Código Penal que no ha sido reformado sólo les exime de los requisitos temporales por tanto sólo cabe entender que en ellos también rigen estos nuevos referentes a la responsabilidad civil y al terrorismo. La DGIP ha entendido en la Instrucción 9/2003 y lo mantiene en la Instrucción 2/2004 que en estos casos no rigen los nuevos criterios, lo que es lógico por motivos humanitarios que son los que inspiran tales supuestos, pero si el Código Penal los quiere excluir debe hacerlo expresamente.

Los supuestos de enfermedad grave tienen un indiscutible contenido humanitario específico que están permitiendo flexibilizar al máximo los criterios legales como lo demuestran los siguientes ejemplos: En la XII reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria celebrada en Madrid en Enero de 2003, en el acuerdo nº 46 se aprobó por mayoría que ni siquiera se les exigiera el pronóstico favorable de reinserción social ya que en el caso de los enfermos muy graves no se trata de un periodo de prueba para la vida futura sino una forma de evitar el fallecimiento en prisión. En el mismo sentido también suele haber acuerdo en admitir que, aun sin previa propuesta de la Junta de Tratamiento, los Jueces de Vigilancia puedan resolver en el mismo auto la concesión de la libertad condicional y la progresión de grado. Tales excepciones junto a la de los nuevos requisitos, no por justificadas, dejan de merecer una referencia expresa en el texto legal para evitar situaciones desiguales en virtud de diferentes criterios judiciales.

Finalmente se han endurecido los términos del cumplimiento de la libertad condicional para los condenados por terrorismo (en este caso no menciona a delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales) ya que

en caso de incumplimiento, a diferencia de los demás delitos, el reingreso en prisión supone la pérdida del tiempo disfrutado en libertad; tal discriminación no encuentra justificación objetiva alguna, más que un envilecimiento en la ejecución penal de este tipo de delitos.

3.- Beneficios penitenciarios

Pese a la creencia generalizada de la amplitud de los beneficios penitenciarios, el Reglamento Penitenciario sólo considera como tales el adelantamiento de la libertad condicional por la realización de actividades laborales culturales u ocupacionales y la solicitud de indulto por la Junta de Tratamiento.

En este sentido la reforma crea un nuevo adelantamiento de la libertad condicional cualificado consistente en que el Juez de Vigilancia pueda adelantar 90 días como máximo por cada año de cumplimiento efectivo en prisión, lo que recuerda a la extinta redención de penas extraordinaria.

Los requisitos son:

- sólo se podrá aplicar una vez cumplida la mitad de la condena
- realización continuada de tareas laborales culturales u ocupacionales
- acreditación de participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o de tratamiento o desintoxicación
- lo ha de proponer Instituciones Penitenciarias con informe del Ministerio Fiscal y demás partes, lo que incomprensiblemente deja fuera la petición por el condenado.

De esta manera si el sujeto es condenado a 6 años de prisión se le podrá aplicar el adelantamiento de la libertad condicional ordinario a los 4 años y el privilegiado una vez cumpla 3 años (mitad de la condena) a razón de 90 días por cada año cumplido, es decir 270 días ó 9 meses antes de los 4 años en los que le correspondía el adelantamiento ordinario. Este privilegiado adelanto

debería aplicarse teniendo en cuenta el tiempo de participación en los programas ya que no es lo mismo haberlo hecho desde el principio que al acercarse la mitad de la condena con el fin de beneficiarse de esta posibilidad.

Tanto este adelantamiento como el anterior nunca se podrá aplicar a los condenados por terrorismo u organizaciones criminales, lo que supone una injustificada exclusión de beneficios penitenciarios sin precedentes.

El fundamento y justificación de esta nueva figura se desconoce ya que no figuraba en el Proyecto y la Exposición de Motivos de la Ley ni siquiera la menciona, por ello parece actuar como medida de refuerzo del adelantamiento de la libertad condicional en la línea de mitigar los efectos de la desaparición de la redención de penas por el trabajo.

La Instrucción 2/2004 recoge las pautas de actuación internas para la aplicación de este nuevo beneficio penitenciario y lo extiende a los preventivos.

4.- Concursos y art.78 CP

Durante la vigencia del Código Penal anterior ya se cuestionaba el desajuste que se producía en algunos casos entre la penalidad aritmética y la pena efectivamente cumplida por la aplicación de los límites concursales, teniendo en cuenta que éstos últimos también se veían recortados por la aplicación de la entonces vigente redención de penas por el trabajo. Las críticas a los topes concursales no eran completamente fundadas ya que el sistema español es uno de los más rigurosos del Derecho comparado, como incluso reconocía la Consulta nº 3/1993 bis de 9 de Diciembre de la Fiscalía General del Estado sobre criterio interpretativo del límite de los 30 años del art.70 del Código Penal, además la desaparición de la redención de penas por el trabajo en el Código Penal de 1995 iba a impedir el recorte penológico que permitía este generoso beneficio penitenciario, con lo cual el equilibrio entre pena impuesta y pena cumplida iba a ser completo.

A pesar de ello en el Código Penal de 1995 se aprobó el polémico artículo 78¹⁶ que permitía calcular la libertad condicional y los beneficios penitenciarios sobre la totalidad de la condena en los casos en que los límites de los concursos quedaran por debajo de la mitad de la condena total; tal novedad tenía la finalidad de valorar la gravedad de las penas de los concursos con esta restricción de tipo penitenciario, lo que fue duramente criticado y debatido en la tramitación parlamentaria hasta conseguir una fórmula de consenso más acorde al enunciado constitucional. Tal acuerdo legislativo no ha impedido que antes de una década se modifique ampliando y endureciendo su ámbito de aplicación.

Se ha ampliado porque el termino beneficios penitenciarios lo limita el Reglamento Penitenciario al adelantamiento de la libertad condicional y a la solicitud de indulto por la Junta de Tratamiento. Ahora se ha incluido expresamente los permisos de salida y la clasificación en tercer grado que requieren respectivamente el cumplimiento de una cuarta parte y de la mitad de la condena(en penas de más de cinco años).

Se ha endurecido porque ahora esto pasa a ser obligatorio siempre que por la gravedad de las condenas se apliquen las excepciones concursales que superan los veinte años de prisión, es decir veinticinco, treinta o cuarenta años.

Y finalmente con la supresión de la referencia a la peligrosidad criminal no quedan claros los criterios que ha de considerar el Juez para aplicarlo en los supuestos facultativos, ya que si se apoya en la gravedad del delito puede suponer una doble sanción y si se apoya, como antes, en la peligrosidad del sujeto tal pronóstico sólo puede ser valorado convenientemente durante la ejecución penitenciaria por los profesionales pertinentes.

Para evitar la confrontación constitucional se permite que el Juez de Vigilancia, oídos el Ministerio

¹⁶ En trabajos anteriores se desarrollan las críticas a este artículo Cervelló Donderis, V. *Derecho Penitenciario* Valencia 2001 pág 236. "La restricción de beneficios penitenciarios en el CP de 1995". *Cuadernos Jurídicos* n° 42 1996 pág 32 y ss.

Fiscal, Instituciones Penitenciarias y demás partes, lo modifique en términos parecidos a los que ya incluyó el CP de 1995, sin embargo ha vuelto a introducir una excepción para los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, en ellos será necesario haber cumplido cuatro quintas partes de la condena para el tercer grado y siete octavas partes para la libertad condicional¹⁷.

De esta manera un sujeto condenado a 100 años de prisión por los delitos mencionados con el límite concursal de 40 años podrá obtener:

- permisos: 1/4 totalidad de la condena: 25 años sin excepción

- tercer grado: 1/2 condena total (50 años) excepción 4/5 (32 años)

- libertad condicional: 3/4 condena total (75 años) excepción 7/8 (35 años)

- libertad definitiva: 40 años

Como se puede apreciar la aplicación estricta de este artículo llega a impedir materialmente el disfrute de estas figuras penitenciarias, ya que sus límites superan, en la mayoría de los casos, el tiempo máximo de estancia en la prisión fijado por la ley en cuarenta años. En todo caso hay que tener en cuenta que estas excepciones sólo señalan límites temporales de posibilidad de acceso a estas figuras, pero no la seguridad de su concesión ya que se tendrán que cumplir el resto de requisitos legales.

Estas estancias tan prolongadas en prisión sin posibilidad de salidas se pueden considerar como una cadena perpetua, ya que como anteriormente se ha señalado en los países europeos donde existe como Alemania o Italia tiene prevista salidas condicionales anticipadas, lo que la sitúa como una perpetuidad formal o relativa ya que no llega a permitir el encierro absoluto hasta la muerte.¹⁸

5.- Problemas constitucionales

¹⁷ En el texto del Proyecto este precepto era mucho más restrictivo ya que al no contemplar estas previsiones en los delitos mencionados siempre se hacían los cálculos sobre la totalidad de la condena

¹⁸ En este sentido Téllez Aguilera, A. Op.Cit. pág 3

a) igualdad:

Excluir prácticamente a los responsables de delitos de terrorismo y de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales de figuras como los permisos de salida, el tercer grado o la libertad condicional en caso de aplicación del art.78 CP, aunque quede dentro de la facultad del legislador por la gravedad de los delitos, puede vulnerar el principio de igualdad al dejar a estos sujetos fuera de figuras de acreditado contenido resocializador. Además resulta innecesario ya que los que presentan alto riesgo de delincuencia o mala conducta se les debe denegar aplicando estrictamente los requisitos legales de las correspondientes figuras. Lo mismo sucede con la discriminación del tiempo disfrutado en libertad condicional en caso de incumplimiento, en este caso sólo para delitos de terrorismo.

Esto además puede suponer una nueva punición añadida a la pena del delito cometido ya que endurece sus condiciones penitenciarias respecto a los demás delincuentes, y todo ello puede ser perjudicial al separar el terrorismo de otros delitos comunes que pueden ser también graves.

Esta situación se da porque se perturba el sistema penitenciario ya que permisos, tercer grado y libertad condicional han de ser individualizados por las características del sujeto y no tener una relación tan directa con la clase de delito y duración de la condena.

b) proporcionalidad:

La prohibición constitucional de penas inhumanas y degradantes se puede plantear respecto a una especie de cadena perpetua como es la prisión de cuarenta años de duración así como al impedimento manifiesto de figuras penitenciarias que se dirigen a mejorar la vida penitenciaria.

Recuerda el Informe del Consejo del Poder Judicial sobre las últimas reformas penales que tanto en Alemania como en Italia se ha debatido la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua, declarando en ambos casos el

Tribunal Constitucional de ambas naciones, su necesidad para mantener la conciencia del Derecho y el sentimiento de seguridad jurídica en los delitos especialmente graves, a modo de sacrificio o cesión del humanitarismo en beneficio de la prevención general. La única condición a esta declarada constitucionalidad es que no se lesione la dignidad humana por ello para evitar los trastornos de personalidad de encierros tan prolongados se ha de garantizar la posibilidad de excarcelación futura. En este mismo sentido las STC 65/1986 de 22 de Mayo y 91/2000 de 30 de Marzo siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconocían que el carácter de inhumana o degradante de una pena no dependía de su duración sino de la modalidad de su ejecución.

Esta atemperada interpretación no coincide con la doctrina del Tribunal Supremo, incluso antes de la reforma, que tachaba de inhumanas a las penas que por no poder ser objeto de acumulación superan los treinta años de duración, indicando como solución su ajuste en sede penitenciaria lo que con la reforma aprobada difícilmente va a ser posible. Así la STS 18.5.1995(4490) extiende el mandato constitucional de resocialización al momento judicial de aplicación de los límites punitivos legales que impiden una "exacerbación deshumanizada" cuando en un mismo sujeto recae más de una sentencia condenatoria.

Tales reflexiones tienen especial importancia en los casos en que por falta de conexidad no se pueden aplicar los límites concursales, lo que sucede en los casos relativos a hechos cometidos después de una sentencia firme, que pueden dar lugar a estancias en prisión por encima, incluso, de los cuarenta años máximos que establece actualmente el Código Penal. En este sentido la STS 23.1.2000(12) declaró que los cuarenta y ocho años de condena resultantes eran excesivos y por eso había que ajustarlo al humanitarismo penal y a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes con soluciones como el indulto parcial o el adelantamiento de libertad condicional.

Tras la reforma de 2003 como a esta extraordinaria duración de la pena de prisión se le suman las dificultades para disfrutar de permisos de salida, tercer grado o libertad condicional, probablemente se está ya rozando esa forma de ejecución que puede dar lugar a un trato inhumano o degradante por dificultar e imposibilitar la reinserción, STS 30.1.1998(666) STS 24.7.2000(6774) y acarrear sufrimientos de especial intensidad o provocar una humillación o sensación de envilecimiento superior al de imposición de la pena (STC 65/1986 de 22 de Mayo)

c) resocialización:

Finalmente resta analizar si esta reforma se aparta de la finalidad resocializadora de la ejecución penitenciaria del art.25.2 de la Constitución, por una directa aproximación a la prevención general positiva como indica la Exposición de Motivos al referirse a la demanda social de una mayor protección frente a formas de delincuencia muy graves como el terrorismo o el crimen organizado. Tal referencia de protección social unido al rechazo de la resocialización entendida como "instrumento del que se aprovechan los terroristas" es una referencia al neorretribucionismo que entiende la resocialización como un derecho que tienen solamente algunos delincuentes y no todos. Esto no es así ya que el derecho asiste a todos sin distinción, lo que ocurre es que la ley debe establecer unos requisitos claros para seleccionar las condiciones individuales más óptimas al margen de la clase y gravedad del delito cometido.

El texto aprobado ha suavizado el Proyecto presentado anteriormente donde en la aplicación del art.78 se excluía totalmente el tercer grado y la libertad condicional de los terroristas. Tal pretensión podía ser inconstitucional y por ello finalmente se ha permitido que cumplidos unos extensos plazos también los terroristas puedan acceder a tales figuras penitenciarias.

De nuevo hay que recordar las STS 23.1.2000(12), STS 7.3.2001(487) contrarias a las penas que superan los veinte

años de duración por no cumplir ninguna función preventivo general ni preventivo especial ni de resocialización.

En este sentido el texto finalmente aprobado se asienta sobre la base de contemplar penas de larga duración justificadas por la gravedad de los delitos cometidos, que pretenden no ser consideradas inhumanas, degradantes ni desocializadoras en atención al moderno sistema de ejecución penitenciaria español que permite disfrutar de beneficios cuando existe un pronóstico favorable de reinserción, lo cual no deja de ser una falacia porque aspirar a obtener un permiso de salida, un tercer grado o en su caso la libertad condicional en condenas tan extensas por delitos especialmente graves es prácticamente ilusorio sino imposible con las últimas trabas legales incorporadas.

Por todo ello como los ajustes penitenciarios han sido limitados al máximo con la reforma aprobada, incluso excluidos en el caso del adelantamiento de la libertad condicional para los terroristas, se deja prácticamente como único correctivo el indulto, algo sumamente excepcional en este tipo de conductas delictivas.