

*Premio Nacional
Victoria Kent
Año 2004*

Primer Premio

**LA EVOLUCIÓN
DE LA CLASIFICACIÓN
PENITENCIARIA**

Santiago Leganés Gómez



MINISTERIO
DEL INTERIOR

DIRECCIÓN GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

Edita: Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica.

NIPO: 126-05-026-0

NIPO (edición en línea): 126-10-054-3

ISBN: 84-8150-257-X

Depósito Legal: M-29125-2005

Imprime: Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo
Taller de Artes Gráficas del Centro Penitenciario de Madrid III (Valdemoro)
Ctra. Pinto-S. Martín de la Vega, km. 5 - 28340 Madrid

***El análisis histórico de la continua
reforma penal y penitenciaria
siempre nos presenta
la amarga realidad de un protagonista
enlazado en la tragedia de la pena: un ser humano***

ÍNDICE

	Págs.
ABREVIATURAS UTILIZADAS	10
INTRODUCCIÓN	13
PRIMERA PARTE	
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA .	15
1. Orígenes históricos	17
1.1. Primeros vestigios	17
1.2. Antecedentes en España	21
2. Los sistemas penitenciarios	25
2.1. Filadélfico o Pensilvánico	26
2.2. Auburniano o del silencio	27
2.3. Reformatorio	27
2.4. Sistema progresivo	27
2.4.1. Sistema del Coronel Montesinos	28
2.4.2. Sistema Maconochie	29
2.4.3. Sistema Obermayer	29
2.4.4. Sistema de Crofton	29
3. Evolución en los dos últimos siglos de las penas privativas de libertad en España	30
3.1. Siglo XIX	30
3.2. Siglo XX	36
4. El actual sistema penitenciario español: marco jurídico-legislativo	44
4.1. La Constitución española de 1978	45
4.2. La Ley Orgánica General Penitenciaria	47
4.3. Los reglamentos penitenciarios	49
4.3.1. El Reglamento de 1981	49
4.3.2. El Reglamento de 1984	50
4.3.3. El Reglamento de 1996	50
SEGUNDA PARTE	
LA CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA: REQUISITOS LEGALES Y PROCEDIMIENTO	57
1. Definición	59
2. Naturaleza y fines	62
3. El sistema de individualización científica	63
4. Derecho comparado	69
5. Los grados de clasificación penitenciaria	70
6. Criterios generales para la clasificación	73

	Págs.
7. Criterios específicos de cada grado	77
7.1. Primer grado	77
7.1.1. Departamentos cerrados	91
7.1.2. Departamentos especiales	91
7.1.3. Aplicación artículo 10 LOGP a internos preventivos	94
7.1.4. Régimen de vida	95
7.2. Segundo grado	98
7.2.1. Régimen ordinario	100
7.3. Tercer grado	103
7.3.1. El período de seguridad	109
7.3.2. Las limitaciones del art. 78 CP	121
7.3.3. La responsabilidad civil	128
7.3.4. Terrorismo y/o delincuencia organizada	137
7.3.5. Normas para la tramitación del tercer grado	142
7.3.6. Modalidades de vida de régimen abierto	147
7.3.6.1. Régimen abierto pleno	149
7.3.6.2. Régimen abierto restringido	150
7.3.7. Excepciones a la ejecución en prisión	151
7.3.7.1. Unidades dependientes	151
7.3.7.2. Unidades extrapenitenciarias	152
7.3.7.3. Controles telemáticos	154
7.3.8. Supuestos especiales	159
7.3.8.1. Enfermos incurables	159
7.3.8.2. Septuagenarios	162
7.3.8.3. Extranjeros no residentes legalmente	162
8. El procedimiento de clasificación	167
8.1. Clasificación inicial	167
8.2. Revisiones de grado	176
8.2.1. Mantenimiento de grado	177
8.2.2. Progresión	178
8.2.3. Regresión	179
8.2.4. Procedimiento progresiones y regresiones de grado	182

TERCERA PARTE

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA CLASIFICACIÓN

PENITENCIARIA

1. El control jurisdiccional de la clasificación penitenciaria	185
2. Recursos	188

	Págs.
2.1. Recurso de Alzada	188
2.2. Recurso de Reforma	190
2.3. Recurso de Apelación	190
2.4. Recurso de Queja	199
2.5. Recurso de Casación para unificación de doctrina	199
2.6. Recurso de Amparo	201
2.7. Recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	202
3. Los efectos de los recursos	202
4. Representación y defensa	205
5. Intervención de otras partes	207
6. Recurso contra establecimiento de destino	210
CUARTA PARTE	
LA LIBERTAD CONDICIONAL	213
1. Evolución legislativa de la libertad condicional	215
2. Concepto	226
3. Naturaleza jurídica	227
4. Regulación actual	229
5. Tipos especiales de libertad condicional	240
5.1. Libertad condicional anticipada	240
5.1.1. Anticipada a los 2/3	240
5.1.2. Adelantada de forma cualificada	243
5.2. Septuagenarios	245
5.3. Enfermos muy graves con padecimientos incurables	246
5.4. Penados extranjeros no residentes legalmente	250
6. Procedimiento de la libertad condicional	254
6.1. Iniciación	254
6.2. Remisión al Juez de Vigilancia	256
6.3. Excarcelación	258
7. Control del liberado condicional	258
8. Revocación de la libertad condicional	259
8.1. Procedimiento	262
9. Supuestos especiales	263
10. La responsabilidad patrimonial	265
CONCLUSIONES	267
BIBLIOGRAFÍA	285

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CP	Código Penal
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DGIIPP	Dirección General de Instituciones Penitenciarias
FGE	Fiscalía General del Estado
INST.	Instrucción Dirección General II.PP.
JVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria
LECrim	Ley Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
RP	Reglamento Penitenciario
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

Introducción

INTRODUCCIÓN

El año 2003 fue un año muy *importante* desde el punto de vista legal. El Parlamento español realizó numerosas reformas legales, llegando éstas con gran fuerza a la legislación penal, sobre todo, a nuestro Código Penal de 1995, denominado de *la democracia* y, que después de las contrarreformas efectuadas, ya es conocido como *el de la seguridad* pues los objetivos fundamentales de las mismas eran *presuntamente* la lucha contra la inseguridad ciudadana y, sobre todo, contra el terrorismo.

Esta contrarreforma penal del año 2003 ha llegado hasta la ejecución de la pena privativa de libertad produciéndose un *giro copernicano* desde la prevención especial del artículo 25.2 de nuestra Constitución hacia la retribución y la prevención general positiva, dando lugar a un claro *endurecimiento* del cumplimiento de la misma.

Esta nueva situación legal ha causado un *endurecimiento* del régimen penitenciario, como se manifiesta en las siguientes leyes:

- L.O. 5/2003 de 27 de Mayo de modificación de la LOPJ, LOGP y Ley de Demarcación y Planta Judicial. Esta ley crea los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria en la Audiencia Nacional y reforma la Disposición Adicional 5.^a de la LOPJ.
- L.O. 6/2003 de 30 de Junio que modifica la LOGP en su art. 56. Con ella se pretende que los terroristas tengan que realizar sus estudios universitarios preferentemente en la UNED.
- L.O. 7/2003 de 30 de Junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Esta ley aumenta la duración máxima de la pena de prisión a cuarenta años, reforma el acceso a clasificación en tercer grado y a la libertad condicional, igualmente modifica la acumulación de condenas y amplía la restricción del artículo 78 CP a los permisos de salida y al tercer grado.
- L.O. 11/2003 de 29 de Septiembre de materias concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Aumenta la posibilidades de la expulsión de los extranjeros no residentes legal-

mente en España al reformar el artículo 89 CP que regula sustitución de la pena por la expulsión.

- L.O. 15/2003 de 25 de Noviembre de modificación del Código Penal. Se rebaja la pena mínima de prisión a tres meses en su artículo 36 y se establece que son delitos graves los que conllevan una pena privativa de libertad superior a cinco años.

Todas estas leyes, como hemos visto afectan en mayor o menor medida a la ejecución de la pena privativa de libertad por ello este trabajo de investigación se va a centrar en el análisis de los artículos de éstas que afectan directa o indirectamente a la clasificación penitenciaria, pues nuestro objetivo es estudiar cual es el nuevo régimen jurídico de la misma tras las reformas legales efectuadas en el año 2003, pero para comprender la situación actual comenzaremos por los orígenes de la pena privativa de libertad prestando especial atención a la clasificación penitenciaria y a la evolución de la misma hasta nuestros días.

Primera parte

Evolución histórica de la Clasificación Penitenciaria

1. Orígenes históricos

1.1. Primeros vestigios

El hombre es libre por naturaleza y por tanto la pena privativa de libertad no pertenece a la *naturaleza de las cosas*; este tipo de pena no ha existido siempre sino que es el resultado de una evolución *racionalizadora y humanitaria* del Derecho punitivo. Por lo que podemos afirmar que la pena privativa de libertad no es una constante histórica del Derecho penal de los pueblos y aunque hay antecedentes del encierro de criminales desde siempre, éste se producía por otros motivos, sobre todo, para retenerlos hasta ser juzgados y así poder, posteriormente, ejecutar las penas. El local destinado a la reclusión de estas personas se denominó cárcel o prisión. La clasificación dentro de los penados es una institución tan antigua como la propia ejecución de la pena privativa de libertad. Incluso antes que ésta adquiera la autonomía penológica actual dentro del sistema penitenciario ya encontramos asentados criterios de diferenciación¹.

En efecto, la primera función de la cárcel fue la de encarcelamiento *preventivo o provisional* de los acusados hasta la celebración del proceso o de los condenados hasta la ejecución de la sentencia. Esta función de *cárcel-custodia* siempre ha estado presente en mayor o menor medida en casi todas las civilizaciones. Pero no podemos identificar cárcel como equivalente a pena privativa de libertad pues ésta no va a aparecer como tal hasta el siglo XVI, aunque con anterioridad como dice **Téllez Aguilera**², existen numerosos testimonios que acreditan el no desconocimiento total de la *cárcel-pena* en épocas precedentes. Según el citado autor hay ciertos antecedentes de pena privativa de libertad en el Derecho indoeuropeo, y en diferentes textos bíblicos se hace referencia a la existencia de pena de prisión en Egipto e Israel.

La mayor parte de la doctrina está de acuerdo que en Grecia, o más exactamente en la civilización helénica no existió la pena privativa de libertad como pena princi-

1. Mapelli Cafarena, B. "La clasificación de los internos" Revista de Estudios Penitenciarios. Madrid. N.º 236. 1986. Pág. 99

2. "Los sistemas penitenciarios y sus prisiones". Madrid. 1998. Pág. 25

pal aunque sí como subsidiaria por impago de deudas. Es cierto que hubo filósofos, como Platón, que defendieron la necesidad de este tipo de pena puesto que junto a una *prisión de custodia* se refiere otra de *suplicio* que sirviera de corrección.

En el Derecho romano se asignó a la prisión como regla general, la función de custodia, en el *Digesto* hacía constar **Ulpiano**³: “las cárceles son para contener a los hombres no para castigarlos”; si bien hubo varias excepciones:

- La prisión por deudas, con la única finalidad de medrar la voluntad de no satisfacer deudas contraídas.
- Los trabajos forzosos en minas, canteras, y obras públicas.
- La institución del *ergastolum*, consistente en la reclusión temporal o perpetua de los esclavos en un local destinado a este fin por el dueño.
- En casos aislados se aplicó la cadena perpetua de forma indirecta porque la pena de a muerte, a veces, se demoraba y no llegaba nunca a ejecutarse.

Como podemos comprobar la pena privativa de libertad tiene sus orígenes en la esclavitud y en los trabajos forzados, para **Sellin**⁴ uno de los precedentes de este tipo de pena fueron los trabajos forzosos en régimen de esclavitud.

Durante la Edad Media la pena privativa de libertad tampoco va a ser utilizada y se va seguir haciendo uso de la *cárcel-custodia*, aunque mantuvo la aplicación de la denominada prisión por deudas del Derecho romano, que también fue muy utilizada por el Derecho germánico. Hubo excepciones como las citadas por **Téllez Aguilera**⁵:

- Un edicto de Luiprano, rey de los Lombardos (712-744) que disponía que cada juez tuviera en su celda una cárcel para encerrar a los ladrones por uno o dos años.
- Una capitular de Carlomagno del año 813 permitía que las gentes de *boni generi* que hubiesen delinquido fueran ingresados en prisión hasta que se corrigiesen.

Sin embargo, durante la Edad Media la *cárcel custodia del Estado* fue muy utilizada contra los enemigos políticos, de forma temporal o perpetua, recordemos la Torre de Londres, la Bastilla de París, los Plomos Venecianos, el Castillo de Sant Angelo, etc.

Otra excepción a la *cárcel-custodia* fue la del Derecho canónico al sustituir los castigos corporales por otros no cruentos con la finalidad de enmienda mediante el arrepentimiento y la oración para lo cual la pena privativa de libertad encajaba muy bien como *penitencia*, de aquí vendrá el nombre de *penitenciaría*, lugar para expiación, enmienda y mejora por los delitos cometidos. Este tipo de pena consistía en el aislamiento total del monje en una celda, y es un claro antecedente del sistema celular de aislamiento absoluto que surgirá más adelante. La prisión eclesiástica es una de las manifestaciones del *cárcel-pena* que más ha influido en la evolución penitenciaria posterior.

3. Cervelló Donderis. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 20

4. Citado por García Valdés. “Comentarios a la legislación penitenciaria”. Madrid. 1982. Pág. 18

5. “Los sistemas penitenciarios y sus prisiones”. Madrid. 1998. Pág. 31

Hay autores, como **Bohne**, que sostienen que la pena carcelaria como tal se hallaba en los Estatutos medievales de las ciudades italianas, pero **García Valdés**⁶ mantiene, al igual que **Von Hippel**, que la pena privativa de libertad tiene como antecedentes los citados estatutos, pero que no se encuentra en ellos el origen de la reacción social carcelaria. La pena carcelaria puede tener, en todo caso, sus comienzos en las ciudades italianas, pero no más que en otros lugares.

A finales del siglo XV y principios del XVI, la crisis del feudalismo y una profunda depresión económica dio lugar a una gran emigración del campo a la ciudad aumentando con ello considerablemente la delincuencia. Por tanto, se vislumbró la necesidad de una pena menos cruenta que las existentes, corporales o de muerte, si bien ésta última habrá que esperar al siglo XVII para que aparezca una fuerte oposición a la misma.

También va a influir en el nacimiento de la pena privativa de libertad el incipiente capitalismo preindustrial, como mantiene **Foucault**⁷: “Así en una economía servil los mecanismos punitivos tendrían el contenido de aportar mano de obra suplementaria y de constituir una esclavitud *civil*”. Esta teoría también fue defendida por Pavarini y Alexandro Baratta, sin embargo, este argumento fue refutado por **García Valdés**⁸ para quien “la minúscula producción del trabajo carcelario y el insignificante número de reclusos trabajadores respecto a la población nacional y a la masa obrera general hace imposible cualquier formulación teórica de la prisión por estos motivos”. No cabe duda que la utilización de la mano de obra reclusa fue un factor importante para el nacimiento y evolución de la pena privativa de libertad, pero no podemos afirmar que la única finalidad de la misma fuese económica pues había otros motivos humanistas, religiosos y filosóficos que hicieron que ésta fuese considerada como el resultado de una evolución positiva de otro tipo de penas mucho más crueles. Por otro lado, el trabajo penitenciario desde el punto de vista religioso, muy influyente en el nacimiento de la pena privativa de libertad, no debía aspirar a obtener ganancia alguna, sino al tormento y fatiga: el trabajo redime al penado, este será uno de los fines de la pena.

Bajo estas ideas surgen en la segunda mitad del siglo XVI las *casas de corrección* (primero en Inglaterra y posterior e inmediatamente en Holanda⁹), que deben ser consideradas como las primeras manifestaciones de la concepción moderna de la pena privativa de libertad, con anterioridad a ellas, como hemos visto, sólo se aplicaba la pena privativa de libertad de forma excepcional¹⁰. La primera de ellas fue la *House Of Correction* de Bridewell (Londres) fundada en 1552, estaba dedicada al internamiento de los vagos, mendigos, jóvenes díscolos y prostitutas¹¹. Este tipo de casas fue implantada en numerosas ciudades inglesas, llegando a veintiséis a finales del siglo XVI. La finalidad de estas casas es triple: la reclusión, la reforma y el aprovechamiento económico del trabajo de los reclusos¹². Una Ley de 1670 definirá el estatuto de las mismas.

6. “Estudios de Derecho Penitenciario”. Madrid. 1982. Pág. 30, 31 y 32

7. “Vigilar y castigar”. Madrid. 1984. Pág. 66

8. “La prisión, ayer y hoy”. Sevilla. 1983. Pág. 115

9. García Valdés, C. “Estudios de derecho penitenciario”. Madrid. 1982. Pág. 33

10. Téllez Aguilera. “Los sistemas penitenciarios y sus prisiones”. Madrid. 1998. Pág. 41

11. Garrido Guzmán, “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1983. Pág. 81

12. García Valdés, C. “Estudios de derecho penitenciario”. Madrid. 1982. Pág. 33

Según **Von Hippel**¹³ el comienzo de la pena privativa de libertad tendrá lugar en Holanda, concretamente en Amsterdam en 1596 cuando se funda una casa de corrección para hombres llamada *Rasphuis* o casa de raspado, puesto que se dedicaban al raspado de las maderas para hacer colorantes. Un año después, se crea *Spinhuis* para mujeres (prostitutas, borrachas y autoras de pequeños hurtos), donde se dedicaban a trabajos de hilandería. En el año 1603 se establece una tercera casa destinada a jóvenes rebeldes, entregados para la reforma por sus propios familiares. En estas casas de corrección ya se ve claramente una separación penitenciaria por sexo y edad. Los citados establecimientos cumplían fines de corrección de los retenidos en los mismos y protección de la sociedad. El medio de lograr la primera de las finalidades (...), era la imposición de un durísimo trabajo a los reos, en unión de castigos corporales, algo de instrucción y asistencia religiosa. La duración de la pena era indeterminada, el recluso salía cuando estaba corregido, al menos teóricamente.

El ejemplo inglés y holandés se extendió rápidamente a otros países del continente europeo.

En la segunda mitad del siglo XVII, aparece en Europa una institución que va a ser muy influyente en el penitenciarismo posterior es el *Hospicio de San Felipe Neri*, fundado en Florencia por el sacerdote **Filippo Franci** que desarrolló una idea de Hipólito Francini. Este hospicio estaba destinado en un principio a la reforma de niños vagabundos, si bien más tarde acogió a jóvenes rebeldes y descarriados. El régimen era de aislamiento absoluto (este será un precedente del sistema celular del siglo XIX¹⁴) y los internados no se conocían entre sí dado que siempre que salían o entraban de su celda, y si participaban en actos colectivos llevaban la cabeza cubierta con un capuchón, con ello se trataba de evitar todo tipo de contacto y de *contagio criminológico*.

En siglo XVIII culmina la evolución de prisión y se generaliza su utilidad como sanción ya que el Estado representa a la sociedad civil y el delito representa una ofensa a la sociedad¹⁵. De este siglo hemos de destacar la obra de **Juan Mabillon** "*Reflexiones sobre las prisiones monásticas*" aparecido en Francia en 1695. En este libro se proponía el uso del sistema celular y de capuchones antes citado, cabe destacar la defensa de la idea de la posible rehabilitación del delincuente. Otro precedente importante durante este siglo fue la creación del *Hospicio de San Miguel en Roma* por iniciativa del Papa Clemente XI. Se trataba de una casa en la que se acogía a jóvenes delincuentes, huérfanos y ancianos desvalidos. El régimen de vida era en común durante el día trabajando y aislamiento nocturno, todo ello bajo la regla del silencio (estas ideas serán asumidas, como veremos, por el sistema auborniano), a los reclusos se les enseñaba un oficio, recibían instrucción religiosa y la disciplina se imponía a base de duras sanciones.

Otro autor importante del siglo XVIII fue **Juan Vilain XIV** que fundó en Gante (Bélgica) un establecimiento para criminales, mendigos y vagabundos, con separación absoluta entre hombres y mujeres, adultos y jóvenes. Durante el día había vida

13. Citado por García Valdés, C. "Estudios de derecho penitenciario". Madrid. 1982. Pág. 30

14. Garrido Guzmán. Madrid. 1983. Pág. 83 citando a Cuche. "Traité de Science et Legislation Pénitentiaire". París. 1905. Pág. 300

15. Cervelló Donderis. "Derecho Penitenciario". Valencia. 2001. Pág. 20

en común trabajando y por la noche el aislamiento era absoluto. Es de destacar un sistema de separación de delincuentes según su perfil. Este autor defendía la sustitución de las penas corporales por la reclusión, y recomendaba que el delincuente fuera condenado al menos a un año de encierro para tener tiempo para su reforma, podemos entender éste como un precedente de la no utilidad de las penas cortas de prisión para conseguir la rehabilitación de los penados como mantendrá posteriormente la mayor parte de la doctrina.

Como describe **Tamarit Sumalla**¹⁶ hacia finales del siglo XVIII la prisión destaca como la columna vertebral del nuevo régimen punitivo y ello se debe a la confluencia de diversos factores:

- El carácter preeminente alcanzado por el valor de la individual libertad. Las nuevas ideas filosóficas de la *Ilustración* contemplan la libertad como una nueva conquista del hombre. Se estima la libertad como el bien más apreciado del hombre.
- La prisión se concibe como un sistema público, que sirve además de control social total¹⁷.
- Se adapta al principio de proporcionalidad de la pena al delito cometido.
- Influencia del nuevo sistema capitalista en el trabajo penitenciario, del cual se pueden obtener beneficios económicos de la barata mano de obra de los presos (ya hemos indicado anteriormente que el factor económico influyó en el nacimiento de la pena privativa de libertad pero no fue el único, como queda ahora demostrado).
- Con la pena privativa de libertad se puede hacer efectivo el *arrepentimiento* que predica el cristianismo. El dolor moral será patrimonio de la privación de libertad: no sufrirá primordialmente el cuerpo, sino el alma.

Para **García Valdés** el internamiento nace como panacea salvadora. Tres causas concretas de la transformación de la privación libertad en una auténtica pena: en primer lugar, una razón de política criminal; en segundo término, una penológica, y en tercero, una esencialmente económica¹⁸.

1.2. Antecedentes en España

En nuestro país podemos encontrar antecedentes de la pena privativa de libertad en la prisión por deudas introducida por los celtas para coaccionar al pago de los deudores¹⁹.

De la época romana podemos citar como precedente la *Lex Coloniae Genitivae Juliae* dictada en el año 44 antes de C. por Justo César en la Colonia de Osuna, en ella se autorizaba la prisión por deudas.

16. "Curso de Derecho Penitenciario". Barcelona. 1996. Pág. 29

17. Foucault, M. "Vigilar y castigar". Madrid. 1984. Pág. 137

18. "Hombres y cárceles". Madrid. 1986. Pág. 11

19. Garrido Guzmán. "Manual de Ciencia Penitenciaria". Madrid. 1983. Pág. 96 citando a Dorado Montero "El derecho Penal en Iberia: Madrid. 1901. Pág. 26

Desde el punto de vista filosófico encontramos a **Luicio Anneo Séneca**, nacido en Córdoba en el año 3 (a. de C.) y fallecido en Roma en el año 65, que siguiendo a Platón, defendía en su obra “*El Tratado de Ira*” que de uno de los fines de la pena deber ser la corrección del criminal para que no vuelva delinquir en un futuro. Este mismo filósofo en su obra “*De Clemetia*” (año 55 aproximadamente) apoya el perdón de los reyes a la primera ofensa (delito), siendo con ello el primer precedente de la *condena condicional*, pero también se muestra partidario de que si los criminales son incorregibles, sin esperanza de enmienda, sólo cabe la pena de muerte.

Durante la Edad Media las penas de prisión representan una excepción en el catálogo punitivo de *Las Partidas*, donde se hace referencia a **Ulpiano** (Ley IV, Título XXXI Partida VII) para mantener que la finalidad de la cárcel es sólo la retención para custodiar a los presos hasta ser juzgados²⁰. La misma idea se recoge el *Libro de las Costumbres de Tolosa*. En este texto legal la pena privativa de libertad tan solo era admitida para los siervos, nunca a los hombres libres y en determinados casos (matrimonios prohibidos, por razón de adulterio o parentesco) que al ser competencia de la jurisdicción eclesiástica se cumplía en los monasterios²¹. Por tanto, en este texto legal las penas de prisión representan una excepción en el catálogo penal que recogía. Según **Herrero Herrero**²² en *Las Partidas* se acepta a nivel de principio la prevención especial, la primera razón para imponer la pena era “*porque los omes reciben escarmiento de los yerros que fizieron*”. El *escarmiento* ha de interpretarse no como simple castigo, sino para que en el futuro se evite caer en el mismo o semejante error; es decir, para que sirva de aviso a través de la experiencia personal del “mal” sufrido.

En *Las Partidas* se pueden encontrar algunos antecedentes muy importantes referidos a las penas y a la forma de ejecución de las mismas, muchos de los cuales se aplicarán en España hasta comienzos del siglo XIX:

- La individualización de la pena tenía que tener en cuenta la edad del delincuente y su estado social (libre o siervo), pudiendo aumentarse, reducirse o incluso suprimirse en base a estos factores.
- Se establecía la separación penitenciaria por sexos, dado que las mujeres debían ser destinadas a monasterios en lugar de cárceles de hombres. También debía valorarse la condición social y la buena fama de los acusados.
- Se establece la facultad de que sólo el Rey puede crear prisiones, prohibiendo las privadas de los grandes señores y de los dignatarios eclesiásticos.
- Por razones humanitarias se establecen medidas de higiene (procurar aire y luz suficiente), la posibilidad de dejar comunicar al preso con personas del exterior, etc.

Durante ese período también existían, como hemos visto, las *cárceles monasterio* dirigidas de forma férrea por autoridades eclesiásticas. Encontramos antecedentes de las después denominadas casas de corrección en el Hospicio para menores *Padre Huérfanos de Valencia* en 1337.

20. Cervelló Donderis. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 21

21. Garrido Guzmán “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1983. Pág. 98

22. “España penal y penitenciaria. Historia y actualidad”. Madrid. 1986. Pág. 74

El *Ordenamiento de Alcalá de 1348* permitía la utilización de pena de prisión para supuestos de levedad de la infracción (poner trampas para cazar venados era castigado con medio año de prisión)²³. En este Ordenamiento se vislumbra un incipiente atisbo de la pena privativa de libertad.

Con la *Pragmática de Carlos I de 31 de enero de 1530* se institucionaliza la pena de galeras por la cual los condenados estaban obligados a servir de remeros. Esta pena estará vigente en España hasta su derogación por la Real Orden de 30 de diciembre de 1803 que la sustituirá por trabajo en las minas.

Durante el siglo XVI hubo tres grandes autores que se preocuparon por los temas carcelarios y que influirán años más tarde en el penitenciarismo español:

- **Bernardino de Sandoval** nacido en Toledo en el año 1483, escribió la obra *“Tractado del cuydado que se debe tener de los presos pobres”* (1564), en ella defiende la mejora de la situación de los presos y “que la cárcel debe ser temerosa”, distinguiendo tres tipos de prisión según la gravedad de la pena. Es de destacar el sentido humanitario de este autor que puede ser considerado según dice **Cuello Calón** como “el primer tratadista penitenciario en España y en el extranjero que sienta las bases teológicas, sociológicas y jurídicas firmes para el nacimiento de la Ciencia y del Derecho Penitenciario”²⁴.
- **Cerdán de Tallada** nace en la segunda mitad del siglo XVI en Játiva (Valencia), fue abogado de pobres, fiscal y oidor de la Audiencia de Valencia, escribió varias obras de las que destaca la *“Visita de la cárcel y de los presos”* publicada en 1574, en ella expone sus ideas acerca de la cárcel y los presos, predominando su elevado espíritu de ayuda a los reclusos. En su obra propone un régimen carcelario muy avanzado para su época²⁵, estableciendo determinados principios de separación penitenciaria por sexo, y dentro de ellos los más depravados del resto, así como entre personas de *dignidad* y de *baja condición*. Es considerado como otro de los precursores del penitenciarismo español.
- **Cristóbal de Chaves**, nacido a mediados del siglo XVI en Sevilla, escribió el libro *“Relación de la cárcel de Sevilla”* en 1585, en él describe la situación deplorable de las cárceles de la época y defiende la necesidad de mejora de las mismas.

En 1598 **Pérez de Herrera** publicó el *“Discurso del amparo de los legítimos pobres y reducción de los fingidos”* en las que defendía la creación de casas de reclusión, por unos años o para toda la vida de vagabundas y pequeñas delincuentes bajo el régimen del trabajo²⁶.

A principios del siglo XVII se comenzaron a fundar *casas de corrección*, como la de Madrid en 1608, muy similar a la holandesa de *Spinhuis*. Esta prisión se creó para mujeres puesto que no podían ser condenas a galeras como los hombres (este tipo de pena había aparecido en el siglo XVI en diversos países de Europa entre ellos

23. Herrero Herrero “España penal y penitenciaria. Historia y actualidad”. Madrid. 1986. Pág. 47

24. Citado por Garrido Guzmán. “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1983. Pág. 106

25. Cervelló Donderis. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 24

26. García Valdés, C. “Estudios de derecho penitenciario”. Madrid. 1982. Pág. 36

España), y por eso se las denominó *galera de mujeres*. Posteriormente, se crean otras similares en Valladolid, Granada, Zaragoza, Salamanca, Valencia, etc. El fin de la galera no era reformar sino duramente represivo: medio presidio, medio casa de corrección, lo importante era el castigo y el rigor.

Sin embargo, serán los principios y el régimen de la casa de corrección de *San Fernando del Jarama* fundada en 1766 la que más influirá en la regulación de ejecución de la pena privativa de libertad en nuestro país. Los principios de corrección y la política de sus talleres fueron asumidos por **Howard** tras la visita que realizó a la misma en 1783²⁷. En ella regían los siguientes principios:

- separación interior por sexos
- buena higiene y alimentación
- asistencia religiosa y médica
- trabajo penitenciario.

Pero esta casa de corrección *ideal* fue la excepción, pues sus principios no fueron seguidos en las demás casas de este tipo, aunque no cabe duda que supusieron un avance muy positivo en la evolución de la *cárcel-custodia* hacia una verdadera pena privativa de libertad con finalidad rehabilitadora.

Las *reglas* por las que se regían estas casas fueron posteriormente recogidas por la *Novísima Recopilación* (Ley VII, Título XXV, libro XII).

Por tanto, hasta finales del siglo XVIII la cárcel pena privativa de libertad continuó siendo una excepción, siendo las prisiones meros centros de retención hasta la celebración del proceso o para ejecutar la sentencia. A mediados del citado siglo se comienza vislumbrar por influjo de algunos autores ciertas prácticas que ya no son pura custodia preventiva, sino que se utiliza la prisión para cumplir pena privativa de libertad, en algunas ocasiones a perpetuidad por influencia del Derecho Canónico que recluía a los clérigos condenados por determinados delitos para toda su vida. Según el **Padre Montes** la Inquisición utilizó la cárcel no sólo como lugar de custodia, sino como pena²⁸.

También hemos de destacar a finales del citado siglo XVIII a **Manuel de Lardizábal y Uribe** (1739-1820) quien influido por las ideas de la Ilustración escribió la obra "*Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*" publicada en 1782. En este libro se destaca la necesidad de la pena que es un *mal* debe servir de corrección del criminal para hacerle mejor y para que no vuelva a delinquir, también incide en la necesidad de que debe haber proporcionalidad entre el delito y la pena. Su obra va a influir en el penitenciarismo español posterior. Este autor defendía la separación penitenciaria de los penados pertenecientes a un determinado status social²⁹.

27. Herrero Herrero. "España penal y penitenciaria. Historia y actualidad". Pág. 87

28. Montes. "El crimen de herejía". Pág. 340. Citado por Garrido Gúzman. "Manual de Ciencia Penitenciaria". Madrid. 1983. Pág. 100

29. Mapelli Cafarena, B. "La clasificación de los internos" Revista de Estudios Penitenciarios. Madrid. N.º 236. 1986. Pág. 100

Todas estas iniciativas dieron lugar a la creación en esa época de diversas asociaciones para ayudar a los presos, que defendían la necesidad de reforma del sistema carcelario. La más conocida de éstas fue la *Asociación de Caridad para el socorro de los presos de Madrid* fundada en 1799 que apoyaba los principios de la obra de Lardizábal y que influyó en la promulgación del la Real Ordenanza para el Gobierno de los presidios arsenales de la Marina de 20 de marzo de 1804, igualmente también sirvió de borrador para lo que más adelante sería el primer Código Penal español de 1822³⁰.

2. Los sistemas penitenciarios

A finales del siglo XVIII surgieron los primeros movimientos tendentes a humanizar le ejecución penal. En las primeras cárceles de cumplimiento no existía ningún criterio de separación interior de los reclusos: ni por edad, ni sexo, ni estado de salud mental.

En esta época el estado de deshumanización del sistema penal y penitenciario fue denunciado por **Cesare Bonesa, Marqués de Beccaria**, (1738-1794) en su libro *“Dei delitti e delle pene”* (1764); en esta obra predecesora del Derecho penal moderno, describía la crueldad de las penas, la necesidad de la proporcionalidad de las mismas, de las garantías penales, etc.

Esta situación caótica de las prisiones también fue reflejada por **John Howard** (1726-1790) en su obra *“The State Of prisons in England and Wales”* publicada en 1777 en la que denunció el estado en que se encontraban las cárceles de su época para a partir de ello mejorar las condiciones de vida de las mismas, para lo cual proponía: aislamiento sólo nocturno, trabajo obligatorio para los condenados y voluntario para los preventivos, instrucción moral y religiosa, buena higiene y alimentación, separación de los acusados de los penados, y de las mujeres de los hombres. Este autor establecía la clasificación de los reclusos de la siguiente forma:

- Los acusados, para quienes la cárcel no debe ser un lugar de castigo, sino de seguridad.
- Los convictos, que debían ser castigados conforme a la sentencia condenatoria pronunciada.
- Los deudores, como simple reclusión por impago de las deudas.

Como podemos apreciar aquí ya se produce cierta clasificación penitenciaria en base a la situación procesal-penal y a la tipología delictiva.

También hemos de destacar la figura de **Jeremías Bentham** que en 1802 publica su obra *“Tratado de legislación civil y penal”* en la que describe el sistema *Panóptico* como un ejemplo de modelo ideal arquitectónico de prisión, mediante el mismo se podía vigilar a todos los presos con gran eficacia, si bien problemas de falta de respeto a la intimidad de los condenados y de excesivo costo de su construcción hicieron que apenas fuera llevado a la práctica³¹, pero sus ideas sirvieron de precedente a

30. Cervelló Donderis “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 25

31. Cervelló Donderis “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 24

las *prisiones radiales* como las *cárceles modelo* españolas de principios del siglo XX (Madrid, Valencia, Barcelona, etc). Este autor que proponía la separación por sexo y la distribución de los presos por pabellones, defendía la necesidad de reforma de los presos para evitarles nuevas desgracias a ellos mismos y a la sociedad.

Conforme a las ideas de estos autores, se comenzaron a construir en Inglaterra las primeras *Penitentiary Houses*. Las ideas de Howard que contribuyeron a humanizar el régimen penitenciario fueron acogidas por los principales sistemas penitenciarios y aún siguen vigentes en numerosos países. Pero estas ideas tienen sus primeros reflejos en los Estados Unidos de América a finales del siglo XVIII, por ello **Norval Morris**³² mantiene que la prisión es invención norteamericana y concretamente de los cuáqueros, pero hemos de recordar que ya había importantes antecedentes en Europa con las denominadas *casas de corrección*.

En 1776 fue construida en Walnut la prisión “Walnut Stret Jail” por los cuáqueros, ésta es considerada la primera penitenciaría americana y el precedente de muchas prisiones modernas. Su capacidad era para 105 presos en régimen de completo aislamiento, pero al poco tiempo ya tenía alrededor de mil. Por lo cual con su mal funcionamiento se constataron las grandes dificultades de la misma: hacinamiento, promiscuidad entre hombres y mujeres, el alcohol circulaba libremente. Ante tal situación la *Sociedad de Prisiones de Filadelfia* pidió la completa abstinencia de bebidas alcohólicas y trabajo forzoso en régimen de aislamiento celular. Para llevar a cabo estos fines en 1818 se construyó otra penitenciaría en Pittsburgh “*Western Pennsylvania Penitentiary*”, arquitectónicamente tenía influencia de la prisión de Gante y del panóptico de Bentham (mediante el sistema arquitectónico propuesto por este autor se podía controlar toda la cárcel desde un punto de vigilancia). Al seguir aumentando la población reclusa, en 1829 se inauguró otra penitenciaría en Filadelfia “*Eastern Estate Penitentiary*”, esta prisión adoptó el *sistema arquitectónico radial* que fue seguido para la construcción de numerosas prisiones por todo el mundo.

2.1. Sistema filadélfico o pensilvánico

Se implantó en las dos últimas penitenciarías anteriormente citadas de Estados Unidos. Su régimen de vida era el aislamiento celular completo diurno y nocturno de los presos (por eso también fue denominado *celular*), no se realizaba ningún trabajo pues se consideraba que esto podía distraer a los reclusos de su recogimiento y arrepentimiento, que era el objetivo fundamental de este sistema por lo cual sólo se les facilitaba una Biblia. Después se admitió el trabajo en la propia celda para romper la monotonía pero éste no era productivo ni educativo. Con el aislamiento también se trataba de evitar el *contagio criminal* de unos criminales sobre otros³³. Lo positivo de este sistema fue la mejora de la higiene y salubridad³⁴. Fue exportado a Europa donde se aplicó en numerosos países, sobre todo, los nórdicos durante el siglo XIX, sin embargo en España no se llegó a adoptar³⁵. **Concepción Arenal** concibe este sistema

32. Citado por García Valdés, C. “Estudios de derecho penitenciario”. Madrid. 1982. Pág. 31

33. Berdugo Gómez de la Torre/ Zúñiga Rodríguez/ Fernández García/ Pérez Cepeda/ Sanz Mulas. “Manual de Derecho Penitenciario”. Madrid. 2001. Pág. 122

34. Cervelló Donderis. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 26

35. Tamarit “Curso de Derecho Penitenciario”. Barcelona. 1996. Pág. 31

como una medida *contra natura*, si bien en los últimos días de su vida apoyo este sistema de aislamiento por ser el menos perjudicial³⁶.

2.2. Sistema auburniano o del silencio

Ante el fracaso del sistema pensilvánico, sobre todo, debido al aislamiento absoluto que dio lugar a que muchos reclusos salieran dementes, surgió el **sistema auburniano** en el estado de Nueva York implantado por el capitán Elam Linyns en 1823. Este sistema permitía la vida en común durante el día bajo la regla del silencio y establecía el aislamiento nocturno. El incumplimiento de órdenes era castigado con severos castigos. Este sistema fue aplicado de forma generalizada en Estados Unidos pero en Europa no cuajó, porque como dice **Fernández García**³⁷ el silencio absoluto es contrario a la natural sociabilidad del hombre.

Cadalso³⁸ afirmó, criticando estos dos sistemas penitenciarios americanos, como es lógico, que tan contrario a la naturaleza es el aislamiento absoluto ideado por el sistema filadélfico como la regla de absoluto silencio del auburniano.

2.3. Sistema reformatorio

Con posterioridad surgió el sistema reformatorio especializado para jóvenes delincuentes. Teniendo en cuenta las tendencias del *positivismo criminológico* en 1876 se instaura el reformatorio de Elmira. El régimen se basaba en el ejercicio físico, la instrucción, la progresión de grados y la sentencia indeterminada hasta la reforma del interno. Se podía progresar o regresar de grado según la conducta³⁹. En este sistema encontramos un verdadero precedente del posterior sistema de clasificación penitenciaria dividido en grados que se sigue aplicando actualmente en España, cosa que no ocurre en otros países de Europa donde predominan los planes individualizados de ejecución de penas sin asignar grados vinculados a un determinado régimen penitenciario.

2.4. Sistema progresivo

Teniendo como base los tres últimos sistemas penitenciarios americanos citados y recogiendo las características de cada uno de ellos en cada una de sus fases surgirán durante la primera mitad del siglo XIX los sistemas progresivos europeos, que se caracterizaron por dividir el tiempo de cumplimiento de condena en diferentes períodos o fases, las cuales si se iban superando permitían antes la excarcelación. Con estos sistemas, como dice **Téllez Aguilera**⁴⁰, el interno deja de ser un sujeto pasivo del sistema penitenciario para convertirse en un agente que dispone, a través de su comportamiento y de su trabajo, de la posibilidad de conseguir la libertad anticipada. Estamos totalmente de acuerdo con este autor que con el sistema progresivo el penado se convierte en el gran protagonista en la ejecución de la

36. Berdugo Gómez de la Torre/ Zúñiga Rodríguez/ Fernández García/ Pérez Cepeda/ Sanz Mulas. "Manual de Derecho Penitenciario". Madrid. 2001. Pág. 113

37. "Manual de Derecho Penitenciario". Madrid. 2001. Pág. 114

38. "Instituciones Penitenciarias en los Estados Unidos". 1902. Pág. 120

39. Cervelló Donderis "Derecho Penitenciario". Valencia. 2001. Pág. 28

40. Téllez Aguilera "Los sistemas penitenciarios y sus prisiones". Madrid. 1998. Pág. 80

pena pues él mismo puede *influir* en la evolución de la misma para alcanzar antes la excarcelación.

Dentro de estos sistemas hemos de citar: el sistema inglés de Maconochie, el alemán de Obermayer, el irlandés de Walter Crofton y el español del Coronel Montesinos. Todos ellos establecían diversos períodos o grados, la superación de cada uno de éstos permitía la oportunidad de mejorar la *calidad de vida* dentro de la prisión pues se iban adquiriendo con el paso del tiempo, el trabajo y la buena conducta, mayores derechos que permitían su excarcelación anticipada.

A continuación vamos a referirnos a las características de los sistemas creados por los citados directores de prisiones siguiendo el orden cronológico de su aparición.

2.4.1. Sistema del Coronel Montesinos

Manuel Montesinos y Molina nació en 1776 y murió en 1862, diez años más tarde durante el I Congreso Penitenciario Internacional celebrado en Londres fue considerado por Crofton como el creador del sistema progresivo. El Coronel Montesinos, después de estar cinco años prisionero de guerra en Francia desde 1809 a 1814, entre 1824 y 1826 viajó por varios países europeos y por Estados Unidos lo cual le permitió conocer los sistemas penitenciarios que se utilizaban en estos países y posiblemente en base a ello creó su propio sistema penitenciario. En 1832 fue nombrado pagador del Presidio de Valencia, y en 1834 fue ascendido a Comandante del Presidio y amparándose en las Ordenanzas Generales de Presidios de 14 de abril de 1834 pone en marcha en el año 1835 en el penal de San Agustín de Valencia⁴¹ su sistema que dividió en los siguientes períodos:

- a) Primer período (“*De los hierros*”). El mismo se pasaba sin contacto con los demás presos sujeto a la cadena o hierro que por su condena le correspondía realizando tareas de limpieza, siendo muy observada su conducta, después pasaba a un taller de forma voluntaria para aprender o desempeñar un oficio.⁴²
- b) Segundo período (“*Del trabajo*”). El trabajo era fundamental en el sistema del Coronel Montesinos pues consideraba que era el mejor medio para reformar a los delincuentes y por ello potenciaba la formación laboral. El trabajo era remunerado.
- c) Tercer período (“*De la libertad intermedia*”). En él se trataba de poner a prueba la rehabilitación de los penados dado que les permitía salir a trabajar en el exterior del presidio sin vigilancia. Este período que no estaba reconocido en el sistema legal de su época ni como régimen de vida ni como libertad condicional, se puede considerar el primer antecedente del actual régimen abierto español. También es un precedente del denominado *período de seguridad* introducido por el artículo 36.2 del Código Penal tras la reforma de la LO 7/2003 de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas que exige el cumplimiento de la mitad de la pena cuando sea superior a cinco años antes de acceder al régimen abierto.

41. Cervelló Donderis. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 27

42. Rodríguez Alonso. “Lecciones de Derecho Penitenciario”. Granada. 1997. Pág. 270

2.4.2. Sistema Maconochie

Alexandre Maconochie en 1840 fue nombrado gobernador de la isla de Norfolk (Australia), a la misma eran destinados los penados que habían vuelto a delinquir tras su excarcelación. El sistema de Maconochie consistía en medir la duración de la pena por una suma de trabajo y buena conducta impuesta al condenado dependiendo de la gravedad del delito y de la pena impuesta. La suma se hallaba representada por un determinado número de marcas o vales que cada penado debía alcanzar para obtener la libertad condicional o definitiva. El penado cobraba un salario para su manutención y si cometía alguna falta disciplinaria se le imponía una sanción pecuniaria.

Este sistema se dividía en los siguientes períodos:

- *Período de prueba*. En régimen de aislamiento total, con trabajo duro obligatorio y escasa alimentación.
- *Período de trabajo*. En el que el trabajo era en común por el día bajo la regla del silencio y aislamiento nocturno. En esta fase era donde se le comenzaban a dar las marcas o vales. Los penados eran clasificados en cuatro clases dependiendo del número de marcas que obtenían y de su conducta. Cuando llegaba a clase primera podía acceder a la libertad condicional.
- *Tercer período o de libertad condicional*. El mismo duraba hasta la libertad definitiva y el liberado podía hacer uso de su libertad con determinadas restricciones.

2.4.3. Sistema Obermayer

George M. Von Obermayer fue director de la prisión de Kaiserlantern en Baviera a partir de 1830 y de la Munich desde 1842. Su sistema se dividía en varios estadios:

- Primer estadio. Vida en común bajo la regla del silencio.
- Segundo estadio. Tras la observación de la personalidad del penado, era destinado a un grupo heterogéneo formado por unos veinticinco a treinta presos, dado que este director partía de la base de que las personas viven en sociedad mezcladas y por tanto también era adecuado que esto fuera así en prisión ya que no era bueno crear un *clima falso* que perjudicase al recluso en su inserción a la sociedad.
- Tercer estadio. Si el penado trabajaba podía obtener la libertad con un tercio de antelación.

2.4.4. Sistema de Crofton

Walter Crofton fue director de prisiones en Irlanda, es considerado como creador del sistema progresivo que lo empezó a aplicar hacia el año 1854, pero en realidad lo que hizo fue perfeccionar el sistema inglés de Maconochie adaptándolo para tratar de conseguir la rehabilitación de los penados, pensando en ello creó las *prisiones intermedias*, en ellas se cumplía un período intermedio entre la prisión cerrada y la libertad condicional, considerando este tiempo como medio de prueba de la aptitud del penado para la vida en libertad⁴³.

43. Garrido Guzmán. "Manual de Ciencia Penitenciaria". Madrid. 1983. Pág. 136

Este sistema irlandés estaba dividido en cuatro períodos:

- El primero. De aislamiento celular diurno y nocturno.
- El segundo. Trabajo en común diurno bajo la regla del silencio y aislamiento nocturno.
- El tercero o intermedio. Se cumplía en prisiones especiales, donde predominaba el trabajo al aire libre, sobre todo agrícola. Los penados podían ir sin uniforme y les pagaban parte de la remuneración por lo que venían a ser considerados como *obreros libres*.
- El cuarto o libertad condicional. El recluso era excarcelado para cumplir la última etapa de la pena en libertad.

Para pasar de un estadio a otro era necesaria la posesión de un número de marcas o vales como en el sistema de Maconochie, la cantidad dependía de la gravedad del delito, del trabajo y de la buena conducta del penado.

El sistema progresivo de Crofton fue incorporado en numerosos países, entre ellos España en 1889 en la Colonia Penal de Ceuta y el 3 de junio de 1901 en el resto del país. Estimamos que se optó por el sistema irlandés de Crofton por ser el más progresista y completo de los sistemas progresivos en aquella época al recoger el régimen abierto en su período intermedio y la libertad condicional en su último período; pero lo contradictorio y chocante fue que precisamente el Código penal de 1890 vigente en esos momentos, como ya hemos dicho, prohibía este tipo de regímenes de vida *extramuros*, por lo que habrá que esperar a reformas legislativas posteriores para su completa aplicación en nuestro país.

3. Evolución en los dos últimos siglos de las penas privativas de libertad en España

3.1. Siglo XIX

Los primeros indicios de clasificación penitenciaria tal y como hoy la entendemos se encuentran sólo de forma esporádica con anterioridad al siglo XIX⁴⁴.

En el siglo XIX con la *Codificación*, según **García Valdés** se produce el reconocimiento legal de ese carácter de la prisión como pena sustantiva y no custodial⁴⁵.

Mientras que en otros países ya se comenzaba a ver importantes avances en materia penitenciaria, las prisiones de España hasta el siglo XIX eran en la mayoría de los casos deplorables tanto en sus condiciones (en un principio se utilizaron los presidios militares de África y después los peninsulares) como por lo que se refería al trato con los presos, para resolver esta situación se dictó la *Ordenanza de Presidios arsenales 20 de mayo de 1804* (según **Llorca Ortega**⁴⁶, el presidio en esas fechas ya era considerado como el lugar donde se debían cumplir las penas privativas de libertad.). Esta ordenanza que fue considerada la *primera ley penitenciaria española* dividía la pena

44. Mapelli Cafarena, B. “La clasificación de los internos” Revista de Estudios Penitenciarios. Madrid. N.º 236. 1986. Pág. 99

45. “Régimen penitenciario en España”. Instituto de Criminología. Madrid. 1973. Pág. 23

46. “Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del siglo XIX”. Valencia 1992. Pág. 119

en tres períodos, premiando el trabajo y la buena conducta. Para **Salillas**⁴⁷ esta norma supuso un antecedente del sistema de Maconochie y, por tanto, del sistema progresivo, esta tesis es también defendida por **Herrero Herrero**⁴⁸ y **Cervelló Donderis**⁴⁹. De esta norma podemos destacar:

- La clasificación de los penados por el delito cometido, la edad y aptitudes. También eran divididos en base a sus circunstancias personales, tiempo extinguido de condena y conducta observada, progresando y retrocediendo de clase según su comportamiento. Como vemos ya se hace referencia no sólo a la separación sino a una cierta clasificación penitenciaria según tipología delictiva y determinados rasgos de la personalidad.
- Se valoraba la higiene y la alimentación.
- Todos trabajaban, y de acuerdo con la clase en la que estaban clasificados hacían un trabajo u otro, tenían un salario y determinados favores.
- La disciplina era férrea. Había cinco clases de prisioneros y cada clase daba lugar a un tipo de cadena, grillete, etc.

Los presidios eran considerados como buques armados por lo que estaban bajo las órdenes del Director General de la Real Armada (aquí se puede observar el claro antecedente de la pena de *galeras* en la privativa de libertad en España).

Debido al hacinamiento de los presidios africanos fueron establecidos presidios militares en todo el territorio nacional. El primer presidio peninsular fue el de Cádiz en 1802, dirigido por el **Comandante Abadía**, considerado el antecesor penitenciario del Coronel Montesinos, quien elaboró los Reglamentos de 1802 y 1805. En vista de los éxitos que obtuvo fue el principal autor del *Reglamento General de los Presidios peninsulares de 1 de mayo de 1807* destinado a regular todos los presidios de la península. De este Reglamento caben destacar las siguientes características:

- Separación de los penados por la edad y condiciones personales, estableciendo para ello departamentos para jóvenes.
- Se establece la prioridad del trabajo tanto en obras públicas como en los talleres de los establecimientos y si no lo había se debía tener a la población reclusa ocupada aunque fuesen tareas sin utilidad.
- Sólo se refiere al tratamiento *moral* de los penados por parte de los capellanes.
- Régimen disciplinario muy severo, estableciéndose la obligación de que los penados debían llevar *hierros o argollas* según su clase y conducta; sólo los que se encontraban en la tercera clase estaban exentos de llevarlos.

El Reglamento de 1807 es considerado inferior técnicamente al Reglamento de 1804, mostrando incluso una mayor dureza disciplinaria⁵⁰.

47. "Evolución penitenciaria en España". Tomo II. Madrid. 1919. Pág. 219

48. "España penal y penitenciaria. Historia y actualidad". Madrid. 1986. Pág. 210

49. Cervelló Donderis. "Derecho Penitenciario". Valencia. 2001. Pág. 67

50. Garrido Guzmán. "Manual de Ciencia Penitenciaria". Madrid. 1983. Pág. 165

De esta época hemos de destacar el *Código Penal de 1822* que tiene un espíritu humanista estableciendo la prevalencia de prevención general pero con cierta aceptación de la prevención especial, entendida como corrección y enmienda. Este código establecía nuevas penas privativas de libertad requiriendo para su ejecución nuevos establecimientos y por ello regula las citadas casas de corrección para mujeres y menores.

Como disposición propiamente penitenciaria se ha de citar la *Instrucción de 20 de noviembre de 1833* dirigida a los Subdelegados de Fomento donde se ordenaba la necesidad de acabar con la mezcla de sexos en prisión, así como la de condenados de penas leves con delincuentes curtidors, esto ya refleja cierta preocupación por la clasificación penitenciaria valorando la carrera delictiva de los penados. Esta instrucción también regulaba las casas de corrección que debían servir para corregir y mejorar a los condenados en lugar de crear condiciones deteriorantes de su personalidad⁵¹. Esta instrucción siguió la línea progresista iniciada con las Ordenanzas de 1804 y el Reglamento de 1807.

Abadía que llegó a Teniente General, posteriormente presidió la Comisión redactora de la *Ordenanza de presidios del Reino de 14 de abril de 1834*. Esta ordenanza es considerada como el *primer reglamento penitenciario español* que organizaba las prisiones civiles⁵² y con ella se comienza a ver un espíritu reformista en la ejecución de las penas, estableciendo la clasificación de los presidios según la duración de la pena de los reclusos⁵³, lo que suponía un paso adelante en el programa de individualización de la pena, establecía un sistema de clasificación muy parecido al sistema progresivo pues establecía la posibilidad de reducción de hasta un tercio de la pena cuando se había cumplido la mitad de la misma (este podría ser considerado como un antecedente del *período de seguridad* establecido en el art. 36.2 CP actual) si mostraban arrepentimiento o corrección. El régimen de vida era común durante el día, el trabajo que era obligatorio y la conducta también se valoraba para reducir la pena. Los trabajos extraordinarios y el arrepentimiento del reo servían para rebajar notablemente las sanciones disciplinarias. Se ordenaba la separación de los menores de 18 años de los adultos para evitar el contagio criminal y la obligación de crear escuelas en todos los presidios para que los penados aprendiesen a leer, escribir, etc. Esta Ordenanza rigió hasta 1901, aunque nunca se cumplió en su totalidad, entre otras cosas por falta de medios. Parte de la doctrina mantiene que era inferior al Reglamento de 1807, ya que éste se preocupaba más de la regeneración de los penados, y por otro lado, la Ordenanza de 1834 reformó pocas cosas. Para **Garrido Guzmán** esta ordenanza es sin lugar a dudas la *ley penitenciaria* más completa que se dictó hasta el siglo XIX⁵⁴.

Los Códigos penales de 1850 y de 1870 se opusieron a varias disposiciones de la Ordenanza de 1834 al prohibir el trabajo al aire libre (lo que impedía el régimen abierto y la excarcelación en libertad condicional) y persistiendo las inhumanas penas de argolla y cadena.

51. Herrero Herrero. "España penal y penitenciaria. Historia y actualidad". Madrid. 1986. Pág. 207

52. Cervelló Donderis. "Derecho Penitenciario". Valencia. 2001. Pág. 68

53. Mapelli Cafarena, B. "La clasificación de los internos" Revista de Estudios Penitenciarios. Madrid. N.º 236. 1986. Pág. 101

54. Garrido Guzmán. "Compendio de Ciencia Penitenciaria". Pág. 116. Universidad de Valencia. 1976

De este período hemos de resaltar la figura del ya mencionado **Coronel Montesinos** (1776-1862). El Coronel Montesinos fue nombrado Comandante del Presidio de Valencia en 1834, y amparándose en la Ordenanza General de Presidios de 14 de abril de 1834 pone en marcha su sistema *progresivo*.

En la *Real Orden de 26 de enero de 1840* se planteó la idea de la corrección unida a la enseñanza, establece la separación por delitos, de los detenidos de los penados, por sexo y por edad⁵⁵. Aquí podemos ver ya la idea de que la enseñanza y la clasificación penitenciaria son necesarias para intentar la corrección de los penados. No cabe duda que una clasificación adecuada es la base fundamental de todos los sistemas penitenciarios del siglo XIX.

La *Real Orden de 6 de abril de 1844* disponía que se utilizase el sistema celular.

La *Real Resolución de 5 de septiembre de 1844* establecía la separación absoluta entre jóvenes y adultos.

El *Reglamento de 1847*, aprobado por Real Decreto de 25 de agosto, ordenaba la separación por sexo, edad y delito. Además disponía que la instrucción de los penados debía correr a cargo de los capellanes y que tenía que haber talleres penitenciarios.

El *Código Penal de 1848* en su artículo 87 establecía la separación penitenciaria por sexo: “Los reglamentos dispondrán la separación de sexos en establecimientos distintos, o por lo menos en departamentos diferentes”. Pero no hacía mención de ningún sistema penitenciario, y en lugar de seguir el progresismo iniciado con las Ordenanzas de 1804 y el Reglamento de 1807, continuado con la Instrucción citada de 1833 y la Ordenanza de Presidios del Reino de 1834, la legislación complementaria se refería a los sistemas penitenciarios imperantes en Europa y Estados Unidos, como el celular o el auburniano. Por lo cual el sistema celular fue la base fundamental utilizado en las prisiones de este período, con la digna excepción del ya nombrado Coronel Montesinos que alejándose de estas ideas creó su propio sistema progresivo.

La *Ley Especial de Prisiones* de 26 de julio de 1849 creó las “Juntas de Cárceles” y los “Depósitos Municipales para el cumplimiento de penas de arresto menor”. A partir de esta ley las cárceles dependerán en lo sucesivo de la Administración civil y no de la militar pues las competencias pasan del Ministerio de Fomento al de Gobernación, y al de Justicia en 1887⁵⁶. Esta ley estableció criterios de separación, departamentos diferentes para hombres y mujeres, de hombres menores de 18 años y mujeres de 15 años, los presos políticos separados de los comunes.

La *Real Orden de 3 de septiembre de 1852* dispone que en los establecimientos penales se habiliten departamentos especiales para separar a los autores de grandes crímenes y a los delincuentes sentenciados a penas aflictivas. Esto supone un intento de clasificar a los penados presuntamente más peligrosos en base al delito o la duración de las penas.

En la segunda mitad del siglo XIX, como indica **Figueroa Navarro**⁵⁷ la distinción entre presidio y cárcel ya no es tan clara, y se convierte en sinónimos a medida que nos aproximamos al final del siglo. Con anterioridad en los primeros se cumplían

55. Figueroa Navarro. “Los orígenes del penitenciarismo español”. Madrid. 2000. Pág. 48

56. García Valdés. “Comentarios a la legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria”. Madrid. 1986. Pág. 3

57. “Los orígenes del penitenciarismo español”. Madrid. 2000. Pág. 50

penas de prisión correccional en adelante; en las cárceles ingresaban los presos preventivos y los condenados a penas de arresto. Pero esta diferencia se fue disipando y aunque los códigos penales utilizan términos diferentes para cada tipo de penal al final, en realidad se ejecutaban en los mismos establecimientos penales.

De finales del siglo XIX hemos de destacar la figura de **Concepción Arenal**, nacida en 1820, cursó la carrera de Derecho y en 1864 fue nombrada Inspectora de Prisiones de mujeres, cargo que sólo desempeñó apenas un año debido a los cambios políticos. Escribió varias obras en las que deja patente su claro espíritu de reforma penitenciaria de las que destaca *El visitador del preso* escrita en 1891, en ella estableció las directrices que debían seguir los visitadores (inspectores) de prisiones en sus tareas. Muchas de sus ideas de su *Reglamento de cárceles* pasaron a los reglamentos penitenciarios posteriores. Defiende la necesidad de la humanidad en el trato, la clasificación penitenciaria, la instrucción y el trabajo penitenciario, como elemento moralizante. Para ella, el fin de la pena no es exclusivamente la corrección del delincuente sino también la expiación⁵⁸.

Para el *Código Penal de 1870* la función principal de la pena era la expiación pero tampoco dejaba ausente la prevención general mediante el principio de la intimidación. La prevención especial, como aspiración correccional o reformadora sólo estaba formalmente presente, pero las penas denominadas *correccionales* eran ajenas a tal finalidad pues éstas se seguían ejecutando como las demás penas privativas de libertad, y los penados a las mismas recibían el mismo trato penitenciario que el resto. En su artículo 100 establecía la separación por sexo en establecimientos distintos, o por los menos en departamentos diferentes. Este Código, como ya hemos dicho, prohibió el trabajo *extramuros* con lo cual hacía imposible la aplicación del sistema progresivo y, sobre todo, de la libertad condicional. Para **Herrero Herrero**⁵⁹ este Código era regresivo.

El *Decreto de 5 de diciembre de 1870* estima necesaria la corrección de los jóvenes durante su estancia en los establecimientos penales.

De esta época hemos de citar la *Ley de 23 de julio de 1878* que derogaba la Ley de Bases de 21 de octubre de 1869 relativa a la reforma de las cárceles y prisiones, que reestablecía la Ley Especial de Prisiones de 26 de julio de 1849, y en ella se recogía características del *sistema de auburniano* con trabajo diurno en común y aislamiento nocturno⁶⁰, también ordenaba la separación de jóvenes menores de 20 años y de los presos políticos.

El *Real Decreto de 1 de septiembre de 1879* establecía la clasificación penitenciaria de los presos por delitos políticos, de los perseguibles a instancia de parte y del resto; es decir, se regula la clasificación por delitos políticos, privados y públicos. También ordenaba la separación de los jóvenes menores de 21 años de los adultos.

La *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882*, vigente actualmente, establece en su artículo 521 la separación penitenciaria de los detenidos de los

58. Garrido Guzmán. "Manual de Ciencia Penitenciaria". Madrid. 1983. Pág. 118

59. "España penal y penitenciaria. Historia y actualidad". Madrid. 1986. Pág. 239

60. Cervelló Donderis. "Derecho Penitenciario". Valencia. 2001. Pág. 27

penados, de co-reos, por sexo, edad y reincidencia. También se indicaba que se debía tener en cuenta el grado de educación y la naturaleza del delito cometido.

Por *Orden de 8 de octubre de 1883* se comenzó a utilizar el sistema progresivo en la Prisión Celular de Madrid, siendo la primera norma que menciona la implantación de este sistema en España. Según **Cadalso**⁶¹ “el reglamento de 1883, que quiso regular cuatro sistemas, no reguló ninguno, y en su mayor parte no pudo aplicarse”. Si bien no pudo aplicarse este sistema sí que fue un intento del Gobierno de su implantación en España como ya había ocurrido en otros países, aunque habría que esperar a su aplicación en Ceuta en 1889 y en 1903 en el resto de España.

La *Real Orden de 3 de septiembre de 1885* crea departamentos especiales para autores de grandes crímenes y delincuentes sentenciados a penas aflictivas⁶², como hemos visto en la Real Orden de 3 de septiembre de 1852 ya se hacía referencia a este tipo de clasificación. Igualmente realiza una clasificación de los establecimientos penales.

El *Real Decreto de 13 de diciembre de 1886* se refería a la necesidad de la separación penitenciaria de los preventivos de los penados, de los reincidentes de los primarios y por su carácter. Este decreto venía a desarrollar en sede reglamentaria la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

El *Real Decreto de 11 de agosto de 1888* determina los establecimientos donde se deben cumplir los diferentes tipos de penas: los menores de veinte años, los mayores de sesenta años, las mujeres, etc.

El *Real Decreto de 23 de diciembre de 1889* estableció la Colonia Penal de Ceuta, donde se autorizaba por primera vez y en exclusiva el uso del sistema progresivo, de aquí su importancia como primera norma que introducía en nuestra legislación este sistema, que se dividía en cuatro períodos:

- Primer período: celular. Era de aislamiento absoluto.
- Segundo período: de instrucción. Los penados se ocupaban en las escuelas y talleres⁶³.
- Tercer período: de trabajo. Era denominado “intermedio”. Los reclusos trabajaban (de “cañón a cañón”) libremente regresando a la prisión a pernoctar. Se puede considerar otro antecedente, junto con el Coronel Montesinos, del régimen abierto actual.
- Cuarto período: de libre circulación. Permitía al penado salir al exterior para la realización de trabajos y vivir con sus familias⁶⁴, pasando controles periódicos. Es el primer antecedente legal de la libertad condicional en nuestro país.

También se regula la distribución interior de la población reclusa en diferentes grupos: distinción entre delitos contra las personas y contra la propiedad, que se

61. Citado por Figueroa Navarro. “Los orígenes del penitenciarismo español”. Madrid. 2000. Pág. 78

62. Figueroa Navarro. “Los orígenes del penitenciarismo español”. Madrid. 2000. Pág. 48

63. Rodríguez Alonso. A. “Lecciones de Derecho Penitenciario”. Granada. 1997. Pág. II

64. Renart García. “Nueva regulación de la libertad condicional”. Madrid. 2003. Pág. 38

subdividían entre reincidentes y primarios, igualmente se separaban por delitos similares y duración de la pena. Después de una adecuada observación, se clasificaban por edades y caracteres. Esta podía variar en función de la evolución del penado. Aquí ya encontramos una verdadera clasificación penitenciaria en base a diferentes factores: tipología y carrera delictiva, duración de la pena, edad, sexo y personalidad.

Para **Salillas**⁶⁵ este Real Decreto “no hizo otra cosa que legalizar un sistema tradicional y espontáneo, desarrollado en el presidio de Ceuta y coincidente con las pautas del sistema progresivo”. Fue clave para su posterior implantación en toda España el buen resultado que dio en la Colonia Penal de Ceuta donde se acogió muy bien por la población y además favorecía la reinserción social de los penados.

La *Real Orden de 23 de febrero de 1894* aprueba el Reglamento definitivo de la Prisión Celular de Madrid sustituyendo al de 1883, y volvía a autorizar el uso del sistema progresivo en la misma.

Durante el XIX, mientras los reformadores europeos se inclinaban por el sistema celular, los legisladores no llegaron a apoyarlo decididamente, por lo que pocas prisiones se construyeron según ese sistema, en razón, no sólo de la escasa fe, sino también del elevado presupuesto; en España en 1844 se habla del sistema celular, en la Ley de Prisiones de 1849 y en la Ley de Bases de 1869 se prefiere el sistema Auburniano, pero en 1876 y 1883 se vuelve al sistema celular, reaparición que es especialmente llamativa porque en esa época ya se había abandonado en Europa⁶⁶.

Para finalizar este apartado hay que indicar que muchas de las normas penitenciarias que se dictaron durante el siglo XIX no se aplicaron, bien por falta de medios materiales y personales, bien por no ser compartidos los criterios progresistas y humanitarios que algunas de ellas mismas contenían por los gobiernos de turno.

3.2. Siglo XX

El *Real Decreto de 3 de junio de 1901* establecía en su exposición de motivos el uso del “*sistema progresivo irlandés* que debe implantarse en todas las prisiones destinadas al cumplimiento de penas aflictivas y correccionales”. Seguía diciendo esta exposición de motivos que el uso de este sistema “a fin de que vayan poco a poco despertando en su conciencia (los penados) el arrepentimiento de la culpa, y en su corazón el propósito de tornar a la honradez, preparándoles para la vida libre a medida que se acerque el fin de su condena”. Hasta este momento la norma penitenciaria vigente que se venía aplicando de forma generalizada era la citada Ordenanza de 1834.

El sistema progresivo estaba dividido en los siguientes períodos⁶⁷:

– *Período celular*. Duraba de siete a doce meses según la duración de la pena, que podía reducirse a la mitad por buena conducta.

65. Citado por Figueroa Navarro. “Los orígenes del penitenciarismo español”. Madrid. 2000. Pág. 78

66. González Guitián, L. “Evolución de la normativa penitenciaria en España hasta la promulgación de la LOGP” *Revista de Estudios Penitenciarios*. Madrid. 1989. Pág. 106

67. Cervelló Donderis. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 68

- *Período industrial y educativo*. Vida en común diurna y aislamiento nocturno. Este período se alcanzaba cuando se cumplía la mitad de la condena y tiene su antecedente en el sistema progresivo del Coronel Montesinos, siendo precedentes ambos del *período de seguridad* introducido por el artículo 36.2 del Código Penal tras la reforma de la LO 7/2003 de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las penas.
- *Período intermedio*. Vida en común con trabajo menos penoso y más comunicaciones.
- *Período de gracia y recompensas*, donde se preveía la propuesta de indulto, al no estar reconocida la libertad condicional⁶⁸ en nuestra legislación penal.

Los dos primeros períodos, según **García Valdés**⁶⁹, tienen sus antecedentes en la fase de trabajo y la libertad intermedia del sistema del Coronel Montesinos.

Para diferenciar en que período se encontraba cada penado ya no se usaban argollas o hierros sino galones de distintos colores. Este Real Decreto establecía la separación de los penados primarios de los reincidentes, por la naturaleza y gravedad de los delitos. Podemos apreciar un nuevo intento de realizar una clasificación penitenciaria.

El *Real Decreto de 10 de mayo de 1902* clasifica las prisiones españolas según la gravedad de la pena: las más graves se cumplirán en África (situación que perdurará hasta 1907)⁷⁰

El *Real Decreto de 5 de mayo de 1913* recoge toda la materia penitenciaria hasta la fecha siendo considerado como un *verdadero Código penitenciario*⁷¹, al ser el primero que recoge de forma global todas las materias⁷² si bien para **Cadalso** era un agregado de disposiciones antiguas y modernas que duraron poco tiempo. De este Real Decreto también hay que destacar la clasificación de las prisiones en centrales, provinciales, de partido y destacamentos penales. Las centrales se dividían para hombres, mujeres, jóvenes y sexagenarios. La clasificación de este sistema obedecía a dos criterios: la separación dentro de los penados de los reincidentes o penados por varias condenas. La formación de los grupos que fueran posible dentro de una misma prisión en atención a la valoración del delito, la pena, la conducta personal, e incluso llega a destacar la conveniencia de individualizar el tratamiento⁷³.

Con la *Ley 23 de julio de 1914* se institucionaliza legal y definitivamente la libertad condicional⁷⁴ en España, que ya era muy conocida y aplicada en otros países⁷⁵, si bien el Real Decreto de 17 de marzo de 1901 autorizaba la aplicación de la misma para los menores de edad.

68. Rodríguez Alonso. "Lecciones de Derecho Penitenciario". Granada. 1997. Pág. 270

69. "Del presidio a la prisión modular". Madrid. 1997. Pág. 40

70. García Valdés. "Comentarios a la legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria". Madrid. 1986. Pág. 3

71. Garrido Guzmán. "Manual de Ciencia Penitenciaria". Madrid. 1983. Pág. 172

72. Cervelló Donderis. "Derecho Penitenciario". Valencia. 2001. Pág. 68

73. Nistal Burón, J. "Clasificación de los internos...". Dentro de Derecho y prisiones hoy. Cuenca. 2003. Pág. 83

74. Figueroa Navarro. "Los orígenes del penitenciarismo español". Madrid. 2000. Pág. 81

75. Renart García. "Nueva regulación de la libertad condicional". Madrid. 2003. Pág. 38

El *Reglamento Penitenciario de 24 de diciembre de 1928* se aprueba para adaptarlo al Código penal de ese mismo año que recogía el sistema progresivo pero de informa incompleta en su artículo 171 refiriéndose al período inicial de cumplimiento (de aislamiento) y al final (de la libertad condicional), señalando los límites cronológicos de los mismos. Este reglamento sólo estuvo vigente durante dos años hasta un nuevo Reglamento de 14 de noviembre de 1930, el cual se aplicará hasta 1948 año en que se aprobó un nuevo reglamento.

Del período republicano cabe destacar la labor de **Victoria Kent**, la primera mujer Directora General de Prisiones, que dio un giro transcendental en la concepción del cumplimiento de pena de prisión dando mayor importancia a la prevención especial de la rehabilitación sobre el castigo retributivo.

El *Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1930* elaborado siendo ella Directora General de Prisiones, trató de humanizar la ejecución de la pena con distintas reformas: se reconoce la libertad de conciencia de los reclusos, el derecho a recibir prensa del exterior, mejora la alimentación y desaparecen los grilletes, hierros y cadenas⁷⁶. Este reglamento establecía la subdivisión de las prisiones centrales en comunes y especiales, estas últimas podían ser para jóvenes, ancianos, enfermos, incorregibles y mujeres. Se seguía aplicando el sistema progresivo, reduciendo el primer período a quince días, de los cuales sólo ocho en aislamiento celular absoluto. La libertad condicional estaba regulada de forma muy detallada. Para **Garrido Guzmán** este Reglamento es técnicamente superior a los anteriores con algunos retoques que revelan una acentuación del sentido humanitario, pero carece de grandes innovaciones con respecto a sus antecesores⁷⁷.

En el *Código penal de 1932* se establecía que las penas deben estar “ordenadas a la defensa social, con predominio de la prevención general y proporcionadas a la gravedad del delito”. En este Código en la Base 12.^a determinaba: “Las penas privativas de libertad se ejecutarán conforme al sistema progresivo, teniendo por últimos períodos el de libertad intermedia y el de libertad condicional. La Administración penitenciaria podrá reducir la condena en caso de relevante corrección. La ejecución de la pena se pondrá la reforma del delincuente”.

Durante la II República se aprecia un espíritu humanista en varias disposiciones carcelarias, como el *Decreto de 22 de marzo de 1932* que concedía la libertad condicional a los septuagenarios con buena conducta que ofrecían garantías de hacer vida honrada en libertad.

Después de la Guerra Civil la ejecución de la pena se endurece con el nuevo *Código penal de 1944*, esta tendencia fue así recogida en el *Reglamento de 5 de marzo de 1948*. Garrido Guzmán resalta que en este reglamento destacan los criterios severos y autoritarios recogidos en el Código penal de 1944 aunque introdujo la redención de penas por el trabajo que tenía su antecedente inmediato en la Orden de 14 de marzo de 1939, y defendía que la finalidad de la pena era simplemente aflictiva, y, en todo caso, la condena debía servir para conseguir la “*regeneración moral*”

76. García Valdés. “Teoría de la pena”. 3.^a Ed. Madrid. 1985. Pág. 101. También en García Valdés. “Comentarios a la legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria”. Madrid. 1986. Pág. 4

77. “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1983. Pág. 174

y la “*redención evangélica*” de los penados⁷⁸. En esta misma línea se manifiesta **Herrero Herrero**⁷⁹. Esta ideología autoritaria fue recogida en el Reglamento Penitenciario de 1948 que establecía una disciplina cuasi militar, sanciones severas, escasas comunicaciones y establecimientos totalmente deficientes⁸⁰. En su artículo primero establece: “Las Instituciones Penitenciarias que este Reglamento se regulan, constituyen Centros destinados no sólo a la retención y custodia de los detenidos, presos y penados, sino también, y primordialmente a realizar sobre ellos una labor transformadora y *redentora*, con arreglo a los principios y orientaciones de la Ciencia Penitenciaria”. Como vemos entre los medios de reinserción social se mezclan los métodos científicos con la religión católica.

Por tanto, en el Reglamento de 1948 se indica que la regeneración es posible mediante el tratamiento penitenciario que debía estar fundamentado en los principios del cristianismo, entiende que éstos alejarán a los penados de nueva reincidencia en el delito. Pero el tratamiento se confunde con el régimen, siendo parte del mismo. Se indicaba en este reglamento la necesidad de realizar informes penológicos, biopsicológicos, sociales, morales..., pero estos datos para la clasificación penitenciaria sólo eran aportados por el director, subdirector, capellán, médico y maestro del establecimiento, es decir, no había en aquellos momentos el personal especializado en las ciencias de la conducta necesario para realizar el estudio científico del penado que demandaba este reglamento. Los citados profesionales se reunían los días 1, 10 y 20 de cada mes formando la Junta de Régimen y Administración para decidir la clasificación penitenciaria de los internos, este órgano colegiado estará vigente hasta el Reglamento Penitenciario de 1996 que lo sustituirá por la Junta de Tratamiento. Por todo ello el tratamiento penitenciario propiamente dicho, como derecho del recluso, seguirá ausente de los establecimientos penitenciarios⁸¹.

Este Reglamento de 1948 clasificaba las prisiones centrales en político-sociales y de delito común, éstas a su vez se dividían en para delitos contra la propiedad y delitos contra las personas. También establecía prisiones centrales para jóvenes hasta veinticinco años, de adultos hasta treinta y dos, y de edad madura hasta los setenta años; para los mayores de esta edad se crean prisiones especiales. Igualmente, se establecen prisiones especiales para multirreincidentes, inadaptados, hospitales, sanatorios para tuberculosos y psiquiátricos. El destino a cada prisión se basaba, sobre todo, en tres criterios: edad, sexo y peligrosidad del sujeto.

El sistema de ejecución de penas, como establecía el art. 84 del Código Penal seguirá siendo el progresivo que estaba dividido en régimen cerrado, ordinario, abierto y libertad condicional. La única novedad es que el primer período ha de cumplirse sólo por los penados a quienes le falten más de tres años para la libertad en la Prisión Central de Observación. El artículo 56 del citado Reglamento establece los períodos: observación y preparación del delincuente para su educación penitenciaria posterior, actividad laboral, readaptación social del delincuente y preparación para la vida en libertad mediante la libertad condicional.

78. “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1983. Pág. 176

79. “España penal y penitenciaria. Historia y actualidad”. Madrid. 1986. Pág. 499

80. Cervelló Donderis. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 69

81. Herrero Herrero. “España penal y penitenciaria. Historia y actualidad”. Madrid. 1986. Pág. 501

El *Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956*, que estará en vigor hasta el Reglamento de 8 de mayo de 1981, introdujo cierta *moderna filosofía penitenciaria* en el ordenamiento penitenciario español pero no muestra progresos apreciables en torno a la clasificación penitenciaria⁸² que seguía estableciendo el sistema progresivo objetivo que lo dividía en régimen cerrado, régimen ordinario, régimen abierto y libertad condicional; por todos estos regímenes de clasificación debían pasar todos los penados para poder alcanzar la libertad definitiva (como podemos comprobar en este reglamento los diferentes tipos de régimen de vida ya reciben la misma denominación que los actuales).

Desde el punto de vista tratamental se daba gran importancia al trabajo penitenciario para fomentar el hábito al mismo como medio de reinserción social. El artículo 51 de este Reglamento al regular el régimen abierto establece: “El tercer período lo constituye la reeducación social del delincuente y su preparación para la vida en libertad. La aplicación asidua al trabajo, la observación habitual de buena conducta y el haber completado la instrucción religiosa y elemental se estimarán como indicios de readaptación progresiva”. Como vemos se continúa con la misma línea del Reglamento de 1948 al considerar la religión cristiana como medio de regeneración moral.

El Reglamento de 1956 supuso un avance técnico manifiesto, siendo su principal novedad la adaptación general a las Reglas Mínimas de Ginebra de 1955, regulando expresamente los derechos y deberes de los reclusos⁸³. En su artículo primero este Reglamento establece, además de los fines de retención y custodia, que las Instituciones Penitenciarias deben con arreglo a los principios y orientaciones de la Ciencia Penitenciaria, respetando la personalidad humana de los reclusos así como los derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena, realizar sobre los penados una labor reformadora. Aquí se introduce, aunque sólo sea a nivel teórico, el principio de respeto a la dignidad personal a la hora de aplicar el tratamiento penitenciario.

La rigidez del sistema penitenciario español fue flexibilizada debido a que la reforma del *Código Penal de 1963* lo requería y para ello se modificó su artículo 48 del Reglamento de 1956 por el *Decreto 162/1968, de 25 enero* que permitía la posibilidad de la clasificación directa en segundo grado (régimen ordinario) sin pasar por el primero⁸⁴ (régimen cerrado) dependiendo de la personalidad del penado. Podemos citar como antecedente de este nuevo sistema de clasificación la propuesta que hizo en su día **Concepción Arenal**⁸⁵ que para romper la rigidez del sistema progresivo establecía un *período de prueba*, y en función del mismo comportamiento podían acceder directamente a la clase de *mérito* o al de *corrección*, y por último al de *confianza* todo ello fundado en su comportamiento. Está claro que este precedente era poco científico pues se basaba sólo en la conducta pero es muy importante por tratar de implantar un sistema menos objetivo y más flexible.

La reforma de 1968 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 da al régimen de los establecimientos penitenciarios en su art. 5 el nombre que reciben

82. Herrero Herrero. “España penal y penitenciaria. Historia y actualidad”. Madrid. 1986. Pág. 505

83. Garrido Guzmán. “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1983. Pág. 178

84. Cervelló Donderis. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 28

85. Citada por Figueroa Navarro. “Los orígenes del penitenciarismo español”. Madrid. 2000. Pág. 91

actualmente de: régimen cerrado, régimen intermedio y régimen abierto. También modifica el art. 48 pasa a dividir el sistema progresivo mencionado en el art. 84 CP 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.

Con esta nueva regulación los grados dejan de ser períodos temporales determinados y además el primer período ya no es necesario pasarlo en aislamiento absoluto como sucedía anteriormente⁸⁶.

Este Decreto de 1968 introduce en nuestro sistema penitenciario el *tratamiento criminológico*, basado en el estudio de la personalidad del interno, si bien no lo definía⁸⁷, y será precedente del sistema de individualización científica que se establecerá con la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979. Este sistema está orientado a la reforma del penado, recogiendo las nuevas soluciones que la moderna Ciencia Penitenciaria ofrece, aplicando métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y readaptación social de los delincuentes⁸⁸. Como consecuencia de ello se crean los Equipos de observación y tratamiento, compuestos por especialistas de las ciencias criminológicas y de la conducta. También se instituye la Central Penitenciaria de Observación en Madrid.

Con esta reforma se establece un régimen penitenciario general más flexible y humano, y por tanto la clasificación penitenciaria debe estar basada en la personalidad individual del interno, se regulan los establecimientos abiertos, se potencia la educación intensa de los jóvenes. Sólo aumenta el riguroso control en los establecimientos de régimen cerrado.

A cada grado de clasificación penitenciaria, dentro del sistema progresivo, le asigna un régimen de vida y establece la finalidad de cada uno de ellos:

- Primer grado. Régimen cerrado. Su finalidad es el “cambio de actitud inicial de oposición del sujeto hacia su tratamiento”. Como vemos, parece que se trata de imponer un tratamiento obligatorio, con lo cual se indica que el rechazo al mismo puede dar lugar a una clasificación en primer grado hasta que el penado reconsidere su actitud y lo acepte. Por ello decíamos anteriormente que el respeto a la dignidad personal recogido en este reglamento es más bien teórico que pragmático. Evidentemente esta *coacción* al tratamiento la consideramos totalmente fuera de lugar, toda la doctrina acepta que un tratamiento impuesto no es eficaz.
- Segundo grado. Régimen intermedio. Su objetivo es “lograr la mayor dosis de aquiescencia y colaboración del interno en su propio tratamiento”. Por tanto esta dirigido a “conseguir un perfeccionamiento de sus aptitudes y modificación de

86. Garrido Guzmán, L. “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1983. Pág. 181

87. Herrero Herrero. “España penal y penitenciaria. Historia y actualidad”. Madrid. 1986. Pág. 508

88. Garrido Guzmán. “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1983. Pág. 178

las actitudes negativas. Se indica la conveniencia de que en este grado el tratamiento sea voluntario y no impuesto.

- Tercer grado. Régimen abierto. La finalidad del mismo es, como dice **Herrero Herrero**⁸⁹, luchar para que la anterior actitud constructiva, que debe venir desenvolviéndose ya en un clima de confianza, no sufra retrocesos.
- Cuarto grado. Libertad condicional. Según el artículo 58 la vigilancia del liberado condicional será de ayuda al mismo para vencer sus propias dificultades “irá paulatinamente disminuyendo hasta cesar el día en que el liberado haya dado pruebas evidentes de equilibrio moral y de que su reinserción social es plena”. Aquí se confunde el tratamiento con la moral, reminiscencia todavía de la legislación franquista.

Al ser considerado el tratamiento como *continuo y dinámico*, dependiendo la evolución de la personalidad del interno durante la ejecución de la pena puede variar su grado de clasificación penitenciaria. Por tanto la progresión-regresión en el tratamiento debe estar basada en elementos objetivos y subjetivos. Una “evolución desfavorable de la personalidad” (art. 48.7) dará lugar a la regresión de grado, y, por tanto si es favorable se procederá a su progresión.

Es oportuno destacar la importancia en el programa de tratamiento se da a la instrucción, a la formación profesional y a la enseñanza religiosa; si bien se flexibiliza el tema religioso, al indicar que los internos no estarán obligados a “recibir enseñanza de una religión que no procesen”. Esto parece dejar entrever que si se procesa una determinada religión sí que deben recibir la enseñanza de la misma (de hecho, oír misa los domingos y fiestas era obligatorio para los católicos).

Otro factor importante es que a partir de ahora el régimen general penitenciario queda subordinado, al menos teóricamente, al tratamiento penitenciario, como también se recogerá en la LOGP.

Como hemos visto, el citado Decreto de 1968 modificó determinados artículos del Reglamento Penitenciario de 1956, haciendo referencia en su Exposición de Motivos a la necesidad de mejoras técnicas que recogiesen “métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y readaptación social de los delincuentes; lo cual resulta aconsejable incorporar a nuestro sistema”, aludiendo posteriormente a la necesidad de ordenar un tratamiento penitenciario basado fundamentalmente en el estudio científico de la personalidad del sujeto. Estudio que “se encomienda a unos servicios cualificados, integrados por equipos, bajo cuyo impulso actuarán todos los funcionarios de la plantilla”.

Esta reforma parcial del Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956 introduce conceptos relacionados con el tratamiento penitenciario, fijando normas sobre observación, clasificación y tratamiento de los internos, y como consecuencia de ello en su art. 11 asigna esta labor a “equipos de funcionarios penitenciarios especializados en la utilización de técnicas de observación”. Como ya hemos indicado, desde el punto de vista de la práctica penitenciaria estos Equipos estaban formados inicialmente por un Subdirector del Centro, un Capellán, un Médico y un Maestro.

89. Herrero Herrero. “España penal y penitenciaria. Historia y actualidad”. Madrid. 1986. Pág. 509

Ley 39/70 de 22 de Diciembre de Reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios surge ante la necesidad de dotar a los Equipos creados por la citada reforma de 1968 para llevar a cabo la labor de observación, clasificación y tratamiento siendo necesario un personal más cualificado, por ello esta ley en su prólogo recoge que había de contarse con los oportunos cuadros de especialistas para aplicar las “nuevas técnicas de observación y tratamiento y las correspondientes a una adecuada asistencia social, como complemento necesario de aquellas”.

En el art. 1 de esta ley se declara la creación de un nuevo colectivo bajo la denominación “Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias”, cuyas funciones según el artículo 2 serán las propias de su especialidad en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos, así como la dirección e inspección de las Instituciones y Servicios Penitenciarios.

La nota más característica de este Cuerpo Técnico será desde el principio su diversidad, pues aunque se trata de un solo cuerpo los miembros del mismo proceden de diversos ámbitos académicos y científicos: jurídico, de la conducta e incluso médico. Según el art. 2 de la ley las especialidades son: Criminología, Psicología, Pedagogía, Psiquiatría, Endocrinología, Sociología y Moral. Con la inclusión de esta última especialidad se podía seguir viendo la influencia moral-religiosa en el tratamiento penitenciario, pero esta plaza nunca se cubrió.

Para la puesta en funcionamiento de estos Equipos multidisciplinares compuestos por titulados universitarios de las ramas citadas (que debían ser Juristas en el caso de la Criminología, si bien con el tiempo sucedió lo contrario, y actualmente sólo se exige la titulación de Licenciado en Derecho). Se estableció una dotación de 170 plazas a cubrir a lo largo de 11 años, previsión que se vería incrementada con el transcurso del tiempo llegando actualmente ha estar formada por unos quinientos profesionales, número totalmente insuficiente para llevar a cabo las tareas que tienen encomendadas estos profesionales.

El *Real Decreto 2273/1977 del Ministerio de Justicia de 29 de julio*, dictado en plena transición política es considerado la *reforma-puente* entre la situación anterior (la dictadura franquista) y la futura democrática ley penitenciaria. Este Real Decreto reafirmó esta nueva línea de flexibilidad pero seguía haciendo referencia al sistema progresivo a que hacía mención el artículo 84 del *Código Penal de 1973*. De esta reforma podemos destacar:

- Un mayor control jurisdiccional de la ejecución de la pena.
- Regulación detallada de la libertad condicional y sus requisitos.
- Ampliación de las garantías jurídicas de los internos.
- Permisos de salida hasta de una semana de duración.
- Supresión celdas de castigo, sustituida por cumplimiento sanción en la celda propia.
- Posibilidad de recurrir ante los Tribunales o la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.
- Regulación de los derechos y deberes de los internos.
- Mayor participación de los reclusos en actividades culturales, deportivas y recreativas.

Según **Garrido Guzmán**⁹⁰ la reforma de 1977 tuvo como objetivo fundamental introducir en la legislación penitenciaria española el *estatuto jurídico del interno* siguiendo las directrices de las Reglas Mínimas de Ginebra de 1955, revisadas por el Consejo de Europa en 1973, y del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977.

Así pues, el sistema progresivo siguió en nuestra legislación hasta la derogación el 24 de mayo 1996 del Código Penal de 1973 que su artículo 84 establecía “Las penas... se cumplirán según el sistema progresivo”.

Por tanto, podemos decir, que el sistema penitenciario español del siglo XX, desde el punto de vista tratamental, se ha caracterizado por el uso del sistema progresivo objetivo y rígido hasta la incorporación del sistema flexible de individualización científica dividido en grados recogido primero en la Reforma de 1968, continuada por la de 1977 y finalizada con la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre de 1979, si bien como veremos más adelante a comienzos del siglo XXI con la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, de Cumplimiento íntegro y efectivo de las penas se produce cierto retroceso hacia el sistema clásico progresivo objetivo y rígido.

4. El actual sistema penitenciario español: marco jurídico-legislativo

Las principales fuentes del Derecho penitenciario español actual, en sentido amplio, son:

1. La Constitución de 1978.
2. La Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979.
3. El Reglamento Penitenciario de 1996 y algunas disposiciones del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956 y del Reglamento Penitenciario de 1981.
4. El Código Penal de 1995 que en su art. 36 establece el principio de ejecución de la pena de prisión y, tras la reforma de la LO 7/2003 de Ejecución íntegra y efectiva de las penas, incorpora el *período de seguridad*. Los artículos, 76 y 78 regulan los límites de ejecución de las penas en los que se establecen períodos de tiempo necesarios de cumplimiento para acceder a permisos, tercer grado, libertad, condicional y beneficios penitenciarios. También regula la libertad condicional en los artículos 90 a 93, igualmente reformados por la LO 7/2003 de Ejecución íntegra y efectiva de las penas.
5. De la Ley de Enjuiciamiento Criminal cabe destacar la regulación de las sentencias penales y las acumulaciones de las mismas (art. 983 a 998), de la prisión provisional (art. 502 a 519), de los detenidos y presos (art. 520 a 527), y libertad provisional (art. 528 a 544).
6. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 se refiere a la figura del Juez de Vigilancia y la Disposición adicional quinta regula los recursos que caben interponer ante aquél; esta disposición ha sido reformada por

90. Garrido Guzmán. “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1983. Pág. 180

- la LO 5/2003, de 27 de mayo que modifica la citada Ley Orgánica del Poder Judicial y por la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.
7. La Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, y la reformada de la misma por Ley 4/99, de 14 de enero. Esta ley regula el funcionamiento de los órganos colegiados en los establecimientos penitenciarios.
 8. La Jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También cabe destacar los Acuerdos del CGPJ y de los Jueces de Vigilancia, así como sus Autos y los de los Juzgados y Tribunales que resuelven los recursos contra los mismos.
 9. Normas emanadas de Organismos internacionales, de las que destacamos:
 - a) Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de agosto de 1948.
 - b) Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de la ONU de 1955.
 - c) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977.
 - d) Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa de 1987 que se refieren a las condiciones mínimas, separación penitenciaria, derecho de defensa, asistencia sanitaria, alimentación, comunicaciones y métodos de tratamiento.
 10. Las Instrucciones y Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.
 11. Las Normas de régimen interior de los establecimientos penitenciarios que regulan la convivencia de los internos, son elaboradas por el Consejo de Dirección de cada centro y aprobadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (art. 271-b RP).

4.1. La Constitución española de 1978

El pilar jurídico básico de la ejecución de las penas privativas de libertad es el art. 25.2 que establece:

“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

Este artículo dispone que la finalidad fundamental de las penas y medidas de privación de libertad es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados, sin perjuicio de las finalidades de advertencia e intimidación de la prevención general. Por tanto, de la declaración de este artículo se

deduce que la reeducación y reinserción social no es el único fin de la pena privativa de libertad como reconoce **Luzón Peña**⁹¹.

Para la mayoría de la doctrina⁹², la finalidad resocializadora prevista en el orden constitucional está dirigida principalmente al ámbito penitenciario, aunque otros autores⁹³ entienden que aunque el artículo 25.2 tiene una orientación penitenciaria no por ello deja de tener implicaciones para el resto de las instancias penales. Por otra parte, esta finalidad resocializadora de la ejecución penitenciaria, está en consonancia con las denominadas *teorías unitarias*, en el sentido de que pretenden la unión de los fines de retribución y prevención según la diferenciación propuesta por autores como **Schmidhäuser Roxin**, de tres momentos en la pena (amenaza, aplicación y ejecución). Es precisamente en el momento de la ejecución donde la prevención especial es la finalidad fundamental a desarrollar por la pena en la última fase del Derecho penal⁹⁴. Las penas deben, por tanto, encaminarse hacia la resocialización del reo, entendida ésta como una vida sin delitos. A este respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional tiene acreditado que “el citado precepto constitucional (art. 25.2) no establece que la reeducación y reinserción social sea la única finalidad legítima de la pena de privación de libertad, y, en todo caso, supone un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria del que no se deriva derecho subjetivo, y menos aún de carácter fundamental susceptible de amparo”. Igualmente se afirma que “tampoco la Constitución Española erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el artículo 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituyan asimismo una finalidad legítima de la pena” (Entre otras STC 2/1987, de 21 de enero, Auto TC 486/1985 de 10 de julio o Auto TC 112/1988 de 10 de octubre).

Por tanto, el Tribunal Constitucional determina que este artículo 25.2 ordena al legislador tener en cuenta la importancia del principio constitucional de la orientación de la pena privativa de libertad, pero que no es un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia de la misma pena sólo en esa orientación; y además contiene un mandato al legislativo para orientar la política penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos.

Dentro del derecho comparado encontramos artículos muy semejante en el en el art.27.3 de Constitución italiana de 1947⁹⁵ que establece: “*las penas no podrán consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado*”.

Pero este precepto constitucional necesitaba ser desarrollado en vía legal a nivel de ley orgánica dado que el art. 81.1 de la Constitución establece que los derechos fundamentales y libertades públicas deben ser regulados mediante leyes orgánicas.

91. Luzón Peña, D. “Medición de la pena y sustitutivos penales”, Madrid. 1979. Pág. 47

92. Entre otros Mapelli Caffarena, B. “Principios fundamentales del sistema penitenciario español”. Barcelona, 1983. Pág. 133

93. Córdoba Roda, J. “La pena y sus fines en la constitución”. Bogotá. 1982. pp. 155-166. En el mismo sentido García Arán, M., “Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español”. Barcelona. 1982. Pág. 186

94. Berdugo y AA.VV. “Lecciones de Derecho penal. Parte General” Madrid. 1999. Pág. 30

95. García Valdés. “Comentarios a la legislación penitenciaria”. 1982. Pág. 33

Esta necesidad de una ley orgánica en nuestro ordenamiento penitenciario había sido puesta de manifiesto desde hacía largo tiempo por la doctrina⁹⁶, sobre todo, después del franquismo al no constituir el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal lugares adecuados para una regulación de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, y al no garantizar el Reglamento penitenciario, (recordemos que estaba todavía vigente el de Prisiones de 1956 con las reformas ya citadas), la seguridad jurídica que demanda la protección positiva de los derechos y deberes fundamentales de los internos. Por otro lado, con ello se evitaba la evidente *dispersión normativa* en la ejecución de la pena privativa de libertad.

4.2. La Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 septiembre

Para la redacción de esta ley se tuvo en consideración junto a las ideas de la ciencia penitenciaria de su tiempo (que aunque quizá nos llegaron con mucho retraso y ya estaban un poco desfasadas en otros países, pero es una etapa penitenciaria que debíamos de atravesar), las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos elaboradas por las Naciones Unidas en 1955 y el Consejo de Europa en 1973, los pactos internacionales sobre derechos humanos, las leyes penitenciarias de los países más avanzados: la de Suecia de 19 de abril de 1974, la de Italia de 26 de julio de 1975 y la de Alemania de 16 de marzo de 1976.

El artículo primero de esta ley establece, en concordancia con el art. 25.2 de la Constitución, que: “*Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados*”. Con lo cual se vuelve a recordar que la finalidad principal pena privativa de libertad es la prevención especial pero sin olvidar otras finalidades como la prevención general. Una fórmula muy similar podemos encontrar en el art.26 de la Ley holandesa de ejecución de penas de 21 de diciembre de 1951⁹⁷. Igualmente, este artículo establece una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados.

La LOGP parte de la base de que las prisiones son *un mal necesario*, y defiende en su exposición de motivos que: “el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad”.

Continúa la exposición de motivos, a fin de conseguir la resocialización se deben utilizar: “las ciencias de la conducta para así establecer el tratamiento reformador más apto para la personalidad de cada penado”.

El tratamiento penitenciario se concibe como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados (art. 59.1 LOGP), y para conseguirlo es conveniente la utilización de los métodos científicos ade-

96. Bueno Arús. “Estudio preliminar. La reforma penitenciaria española de García Valdés. Instituto Criminología. Universidad Madrid. 1981. Pág. 8

97. García Valdés. “Comentarios a la legislación penitenciaria”. Madrid. 1986. Pág. 33

cuados (art. 60.2 LOGP) que respeten los *derechos no afectados por la condena*. Pero este tratamiento debe ser voluntario, no puede consistir en una modificación impuesta de la personalidad del hombre, sino en una puesta a disposición del mismo de los elementos necesarios para ayudarlo a vivir sin delinquir (art. 59.2). Por tanto, debe ser programado, individualizado y voluntario, estimulándose la colaboración personal del interno (art. 61).

En la exposición de motivos se refiere al cambio de denominación del sistema penitenciario: "un sistema penitenciario progresivo, dotado de una flexibilidad que lo aleje de los precedentes clásicos aproximándolo a lo que podría denominarse un sistema de *individualización científica*". (art. 72 LOGP). Esto supone la ruptura con el clásico sistema progresivo objetivo y rígido.

Los rasgos más sobresalientes de esta Ley en relación con la clasificación penitenciaria son los siguientes:

- Consagración expresa del principio de legalidad con referencia a la ejecución de las penas y medidas penales (Título Preliminar).
- Establece el estatuto jurídico de los internos.
- Regula las funciones y cometidos de la Administración penitenciaria.
- Potencia del régimen abierto y reduce el cerrado a supuestos extraordinarios (art. 10 LOGP).
- Sumisión general del régimen penitenciario a las exigencias del tratamiento científico de los internos, si bien también se indica la necesidad de "coordinación jerárquica" entre ambas actividades (art. 71.2 LOGP).
- Implantación del Juez de Vigilancia, figura de nueva creación, como órgano decisivo amparador de los derechos de los internos, entre otras materias, en clasificación penitenciaria (Título IV).
- Se da una gran importancia a la asistencia social tanto penitenciaria como post-penitenciaria, que conduce a la creación de la Comisión de Asistencia Social y del Cuerpo de Asistentes Sociales al servicio de la Administración penitenciaria.
- Se atribuye un papel muy importante a la sociedad como factor importante para colaborar en la reeducación y reinserción social de los internos. Durante el franquismo las prisiones estuvieron cerradas a la sociedad, había poco contacto con el exterior salvo las comunicaciones con familiares y amigos, pero a partir de la LOGP las prisiones se van abrir a las asociaciones, voluntariado, ONGs...; constituyendo actualmente un pilar fundamental sin el cual ya no sería posible tanto el tratamiento *intra como extrapenitenciario* (acogimiento durante permisos de salida, tercer grado, libertad condicional, etc.).

Para **Tamarit Sumalla** esta ley no puede ser calificada de *Código penitenciario español* por quedar fuera de diversas materias penitenciarias⁹⁸. Es cierto lo que indica este autor pero también hay que resaltar que esta ley se elaboró de manera urgente dada la situación de las prisiones durante ese período en España, y abordó las materias más importantes desde un punto de vista progresista y humanista.

98. Tamarit Sumalla. "Curso de Derecho Penitenciario". Barcelona. 1996. Pág. 251

El ser una ley flexible le ha permitido permanecer vigente durante los últimos veinticinco años con tan sólo una modificación mediante la Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre, referente a los hijos de las internas que sólo podrán convivir con ellas en prisión hasta que cumplan los tres años, con anterioridad era hasta los seis años, reforma que consideramos adecuada. Y todo ello pese haber habido en nuestro país en este tiempo gobiernos de ideologías políticas de centro, de izquierdas y de derechas. Por tanto, podemos decir que junto con la Constitución ha sido una de las leyes más respetadas hasta la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que como veremos ha afectado considerablemente a la forma de ejecución de la pena privativa de libertad cambiando el sentido del sistema de individualización científica establecido en la LOGP (art. 72).

4.3. Los Reglamentos penitenciarios

La LOGP establecía en su disposición final segunda que en el plazo de un año el Gobierno debía aprobar el reglamento que la desarrollase, por tanto, el 8 de mayo de 1981 se aprobó el Reglamento Penitenciario, que después sería reformado en 1984 y que estará en vigor hasta 1996 en que se aprobó el vigente Reglamento Penitenciario.

4.3.1. El Reglamento de 1981

Este reglamento sí que desarrollaba todas las materias penitenciarias, constaba de 417 artículos estaba dividido en nueve títulos, una disposición derogatoria y una transitoria que deja vigente la parte del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956 referida a las redenciones de penas por el trabajo al considerar que éstas van a ser derogadas con el futuro Código Penal, cosa que ocurrió en 1996.

Como aspectos importantes del mismo en materia de clasificación penitenciaria podemos destacar los siguientes:

- Una regulación minuciosa del régimen penitenciario de cada tipo de establecimiento.
- Potenciación de los centros para jóvenes, donde debe primar la *acción educativa intensa* (art. 48 a 55).
- Mejora regulación de la libertad condicional, ampliando la concesión aunque no se hayan cumplidos las tres cuartas partes de la condena a enfermos muy graves con padecimientos incurables y mayores de setenta años (art. 59 y 60 RP).
- Potenciación del tratamiento penitenciario, de lo que hay que destacar el derecho del penado a rechazarlo sin que tenga consecuencias disciplinarias. Recordemos que durante el franquismo el tratamiento era obligatorio y el rechazo del mismo podía suponer la clasificación en régimen cerrado.
- Se establecen las funciones de los Equipos de Observación y Tratamiento, como principales impulsores de los programas de intervención, pero se deja la decisión de las propuestas de grado y permisos en la Junta de Régimen y Administración.
- Se introduce el beneficio del adelantamiento de la libertad condicional hasta cuatro meses por año de cumplimiento efectivo.

4.3.2. Reglamento Penitenciario de 1984

Pese al corto espacio de tiempo que estaba vigente el Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, se puso de manifiesto la necesidad de elaborar un nuevo Reglamento que desarrollara mejor los aspectos más innovadores de la LOGP.

Según la exposición de motivos del Real Decreto de 1436/1984, de 20 de junio: “se hace preciso llevar a cabo la reforma de algunos artículos del hoy vigente que vienen empañando el carácter progresivo de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

Podemos hacer referencia respecto a la clasificación penitenciaria como aspectos más destacados de esta reforma parcial y urgente, los siguientes:

- Se hacen desaparecer las dos clases de régimen cerrado, común y especial, reduciéndolos a uno solo, el común, al no realizar tal distinción la propia LOGP. Curiosamente en el Reglamento Penitenciario de 1996 se volverá a establecer, como veremos, dos regímenes de vida dentro del primer grado.
- Se potencia la Intervención del Juez de Vigilancia en desarrollo obligado del contenido en los arts. 76 y 77 de la LOGP, para que quede debidamente garantizado el control jurisdiccional de la Administración en el cumplimiento de la normativa penitenciaria.
- Se potencian, racionalizan y agilizan las funciones de los equipos técnicos, con las necesarias delimitaciones de competencias y se incorporan plenamente los educadores a los mismos.
- Se posibilita la asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, de los internos clasificados en tercer grado, afectos de toxicomanías. Esto sí que supuso un gran avance para la ejecución de pena privativa de libertad porque permite que ésta se pueda cumplir fuera de prisión (extramuros) en establecimientos no penitenciarios, con toda la transcendencia que tiene desde el punto de vista terapéutico y humano. Aquí hemos de volver a recordar la importancia de las asociaciones y ONGs en el tratamiento de los internos, sobre todo, cuando salen a cumplir condena fuera de los centros penitenciarios, como es en estos casos.

4.3.3. El Reglamento de 1996

Según la exposición de motivos: “La necesidad de abordar una reforma completa del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, ya se ponía de manifiesto en el preámbulo del Real Decreto 787/1984, de 26 de marzo, por el que se efectuó la modificación parcial de mayor envergadura del mismo. Desde aquel momento hasta el presente las razones que llevaron a pensar la necesidad de desarrollar un nuevo Reglamento Penitenciario capaz de extraer las potencialidades más innovadoras de la LOGP no sólo no han desaparecido sino que se han incrementado”.

Esta reforma también era necesaria por la reforma producida en la legislación penal mediante la promulgación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la modificación introducida en el artículo 38 de la LOGP por la Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre que exige la regulación de las unidades de

madres y de las visitas de convivencia familiar. Tenemos que recordar que cuando se aprobó la LOGP de 1979 ya se comenzaba la tramitación de un anteproyecto del nuevo Código Penal⁹⁹, y por lo tanto se pensó en materias que iban a ser reguladas en el mismo (entre otras la supresión de las redenciones de penas por el trabajo) y por ello debía haber coordinación entre ambas leyes. Está claro que cuando se produce la aprobación del Código Penal de 1995 había materias que debían de ser reguladas en sede reglamentaria. Por todo ello era necesario un nuevo reglamento adaptado a las directrices de este nuevo código.

Continúa la exposición de motivos: “Es en el aspecto de la ejecución del tratamiento -conforme al principio de individualización científica que impregna la LOGP- donde se encuentra el potencial más innovador para que la Administración Penitenciaria pueda mejorar el cumplimiento de la misión de preparación de los reclusos para la vida en libertad que tiene encomendada, cuya consecución exige ampliar la oferta de actividades y de programas específicos para los reclusos, potenciando las prestaciones dirigidas a paliar, en lo posible, las carencias y problemas que presentan los internos y, en definitiva, evitando que la estancia de los internos en los centros penitenciarios constituya un tiempo ocioso y perdido”.

También se destaca los cambios habidos en la sociedad y por tanto la necesidad de hacer llegar éstos a los establecimientos penitenciarios para que los internos no queden alejados de la realidad social. Para el uso de las nuevas tecnologías era necesaria la regulación normativa de las mismas, como el uso de ficheros informáticos (art. 6), el acceso a ordenadores personales (art. 129). así como a la utilización de estas tecnologías en el tratamiento de los internos mediante dispositivos telemáticos (art. 86.4).

La aparición también de nuevas patologías con especial incidencia entre la población reclusa, como la drogadicción y el SIDA, da lugar a que se incrementen los programas para drogodependientes (art. 116) y de atención sanitaria (Título IX, capítulo I); así mismo se potencia las excarcelaciones por enfermedad grave e incurable (art. 104.4 y 196).

Por otro lado, se trata de introducir en sede reglamentaria el gran caudal de jurisprudencia penitenciaria de los últimos años, sobre todo la doctrina del Tribunal Constitucional muy importante en lo que se refiere a los derechos fundamentales de los internos: intimidad, defensa, dignidad, etc.

Vamos a destacar aquellos aspectos que consideramos más novedosos e importantes de este Reglamento en cuanto a la clasificación penitenciaria:

1.- El **tratamiento** es considerado fundamental en la ejecución de la pena y el Reglamento trata de incorporarse a los avances que han ido produciéndose en el campo de la intervención y tratamiento de los internos, consolidando una concepción del tratamiento más acorde a los actuales planteamientos de la dogmática jurídica y de las ciencias de la conducta, haciendo hincapié en el componente resocializador más que en el concepto clínico del mismo. Recordemos que en el tratamiento *clínico o de sala de espera* el interno se convierte en un ser pasivo que se limita a entrevistarse con el terapeuta para exponerle sus problemas y éste trata de solucionárselos. Por ello, el Reglamento opta por una concepción amplia del tratamiento que no sólo

99. García Valdés, C. “Estudios de derecho penitenciario”. Madrid. 1982. Pág. 40

incluye las actividades terapéutico-asistenciales, sino también las actividades formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas y deportivas, concibiendo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de su personalidad, poniendo a disposición del interno de instrumentos eficientes para su tratamiento: programas de intervención, de educación, trabajo, actividades culturales, deportivas, etc. En este campo también se incorporan al Reglamento las experiencias tratamentales generadas por la práctica penitenciaria (departamentos mixtos, unidades dependientes y salidas programadas, precedentes de estas instituciones encontramos en Valencia durante los años ochenta y principios de los noventa impulsadas por la que posteriormente llegó a ser Directora General de II.PP. **Mercedes Jabardo**), así como otras surgidas en el derecho comparado (el uso de los dispositivos telemáticos en Canadá, Estados Unidos, etc).

Una de las principales novedades del Reglamento Penitenciario es la que trata de potenciar el principio de individualización científica en la ejecución del tratamiento penitenciario. Para ello se implanta la aplicación de *modelos individualizados de intervención* para los presos preventivos en cuanto sea compatible con el principio constitucional de presunción de inocencia (art. 20). Con esta medida se evita que la estancia en prisión de una parte importante de la población reclusa sólo tenga fines custodiales; además no tiene sentido mantener a un interno independientemente de su situación penal sin hacer nada con él hasta que haya sentencia firme. Si necesita realizar un programa de intervención, por ejemplo si es toxicómano, y voluntariamente lo acepta es conveniente que lo realice con ello se puede incluso adelantar su posible rehabilitación y, por tanto, su excarcelación al pasar a penado, bien porque el juez o tribunal le suspenda la ejecución (art. 87 CP) o se la sustituya (art. 88 CP), bien porque sea clasificado en tercer grado (art. 182 RP).

Profundizando en el principio de individualización científica también se regulan las salidas programadas (artículo 114) y de los programas de actuación especializada (artículos 116 y 117) y nuevas formas especiales de ejecución (Título VII). Con ello se trata de proporcionar los medios necesarios para adaptar el tratamiento a las necesidades individuales de cada interno, cuyo programa podrá combinar, incluso, elementos de los diferentes grados de clasificación, en las condiciones establecidas en el artículo 100.2, que introduce el *principio de flexibilidad*. Con ello nos acercamos más a las tendencias europeas que utilizan los *planes individualizados* según la personalidad y evolución del recluso sin afectar al régimen o establecimiento de cumplimiento¹⁰⁰. Esta es la diferencia característica del sistema español (dividido en grados) del sistema de planificación e individualización subjetiva¹⁰¹.

Dentro de las formas especiales de ejecución se crean los Centros de Inserción Social (art. 163-164), se regulan las unidades dependientes (art. 165) y las unidades extrapenitenciarias (art. 182) como instrumentos para el tratamiento de colectivos específicos de penados que permiten utilizar los recursos extrapenitenciarios existentes en la sociedad a la que se encomienda su gestión por vía de las entidades colaboradoras (art. 62).

100. Cervelló Donderis. "Derecho Penitenciario". Valencia. 2001. Pág. 28

101. García Arán/ De Sola. "Legislación penitenciaria europea comparada". Pág. 31-38. Barcelona. 1991

También se regulan las unidades de madres (art. 178-181) y los departamentos mixtos que se crean con carácter excepcional con dos finalidades claramente diferenciadas (art. 168-172):

- Para garantizar el principio constitucional de protección a la familia en el ámbito penitenciario, tratando de paliar, en lo posible, la desestructuración de los grupos familiares que tengan varios miembros en prisión y para proporcionar la asistencia especializada necesaria a los niños menores de tres años que convivan en prisión con sus madres, en consonancia con la modificación, ya citada, del artículo 38 de la Ley LOGP.
- Para ejecutar programas específicos de tratamiento. Aquí la razón de la convivencia no es familiar sino terapéutica y tratamental.

Con el nuevo Reglamento se trataba de dinamizar las prisiones mediante la ampliación y la diversificación de la oferta de actividades tratamentales, laborales, culturales, ocupacionales, deportivas... para motivar la participación de los internos en los programas de tratamiento convirtiendo los centros penitenciarios en unos auténticos servicios públicos dirigidos a la resocialización de los reclusos, sin olvidar, claro está las funciones de retención y custodia.

2.- Se potencia la entrada en prisión de la **sociedad y el contacto familiar** para fortalecer los vínculos entre los internos y sus familias y la comunidad, en línea con las conclusiones de las Naciones Unidas en su reunión de Tokio de diciembre de 1990. El Reglamento, no sólo contiene un variado elenco de contactos con el exterior (permisos de salida, comunicaciones especiales, potenciación del régimen abierto, tratamiento extrapenitenciario), sino que favorece decididamente la colaboración de entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia de los reclusos (art. 62).

Con este mismo objetivo de optimizar la utilización de los recursos extrapenitenciarios, se reordenan la acción social y los servicios sociales penitenciarios, que se coordinan con las redes públicas de asistencia social de las Administraciones públicas.

3.- En materia de **régimen penitenciario**, el Reglamento efectúa una redefinición del régimen cerrado (Capítulo IV del Título III) estableciendo dos modalidades de vida:

- Departamentos especiales de control directo para los internos extremadamente peligrosos.
- Módulos o centros de régimen cerrado para los reclusos manifiestamente inadaptados a los regímenes comunes.

El destino a los mismos se efectúa mediante resolución motivada fundada en causas objetivas (art. 102.5).

Así pues, en los últimos años hemos pasado por tres regulaciones distintas respecto al régimen cerrado; el Reglamento de 1981 establecía dos tipos de tipo de vida dentro del primer grado, la reforma de 1984 los redujo a un único tipo, pero el Reglamento de 1996 vuelve a permitir dos regímenes de primer grado. Esta última opción nos parece la más acertada porque permite la *subclasificación* en dicho grado de dos perfiles de internos muy diferentes, por un lado, los de inadaptación manifies-

ta al régimen ordinario (art. 91.2 RP) que necesitan sólo cierta vigilancia para no influir negativamente en la vida del régimen ordinario, y, por otro lado, los internos muy peligrosos que deben estar sometidos a un régimen más estricto con mayor control (art. 91.3 RP). Este doble régimen de vida se crea vía Circular de la DGIIPP pasando de forma mejor regulada al nuevo Reglamento de 1996. Pero entendemos que este doble tipo de vida de primer grado debería estar recogido en el art. 10 de la LOGP, pues sólo una interpretación muy amplia del mismo permite diferenciar dos tipos de regímenes de vida dentro del primer grado. Por tanto, debería reformarse este artículo porque si no el Reglamento penitenciario actual, entendemos, vulnera la LOGP. Para paliar esta situación en la en la LO 13/1995 de nuevo Código Penal, de 18 de diciembre se trató de reformar el citado art. 10 de la LOGP incluyendo una disposición referente a este tema pero no se aprobó por el Parlamento la modificación propuesta de la DGIIPP.

En cualquier caso, en ambas modalidades de vida se deben potenciar la realización actividades programadas para atender las necesidades de tratamiento e incentivar su adaptación al régimen ordinario y sus limitaciones regimentales deben ser lo menos severas posible pero garantizando los fines de retención y custodia.

4.- Por lo que se refiere al **estatuto jurídico de los reclusos**, el Reglamento Penitenciario, regula con amplitud sus derechos y deberes. Así se regula el acceso a las prestaciones penitenciarias (sanitarias, alimentación, formación...) y sociales que se detallan de forma adecuada.

5.- Respecto a los **internos extranjeros**, que no pueden ser discriminados por razón de su nacionalidad (art. 4) trata de incorporar la mayoría de las recomendaciones del Consejo de Europa. Si bien ha habido posteriores instrucciones de la Dirección General de II.PP. que discriminan a los extranjeros, por ejemplo dentro de la Instrucción 22/96 que regula los permisos de salida hay un valor en la *Tabla de Valoración de Riesgo* denominado *extranjería* que da lugar a que salga una alta probabilidad de evasión por el mero hecho de ser extranjero (aunque también hay que reconocer que según datos de la DGIIPP hay un elevado número de internos extranjeros que no regresan de permisos). Esta discriminación también se hace patente con la LO 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materias de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros que da un gran impulso a la sustitución automática de la pena por la expulsión (art. 89 CP) con lo que se pueden ver afectados derechos de éstos para disfrutar permisos de salida, régimen abierto y, sobre todo, libertad condicional.

6.- En cuanto al **control jurisdiccional** de la actividad penitenciaria, destaca la intervención del Ministerio Fiscal en numerosas materias, como por ejemplo la notificación por parte de la Administración penitenciaria de las clasificaciones en tercer grado (art. 107). Igualmente hay resaltar una mayor comunicación a los Juzgados de Vigilancia de actuaciones y resoluciones que afectan a los derechos de los internos.

7.- El Título XI establece el nuevo **modelo organizativo de los centros penitenciarios**, que sólo resulta aplicable a las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia penitenciaria como derecho supletorio. Su finalidad es racionalizar y desconcentrar las funciones que se realizan en los establecimientos peniten-

ciarios (tratamiento, régimen, potestad disciplinaria y gestión económica) creando los siguientes órganos colegiados especializados: Consejo de Dirección (art. 270-271 RP), Comisión Disciplinaria (art. 276-277), Junta Económica-Administrativa (art. 278-279 RP) y Junta de Tratamiento (art. 272-273 RP). Sólo nos vamos a referir a este último órgano colegiado por tener intervención directa en la clasificación penitenciaria puesto que es el que realiza las propuestas de grado e incluso sus acuerdos llegan a ser ejecutivos cuando la pena de prisión es de hasta un año.

La nueva regulación de la Junta de Tratamiento fue un gran avance para este órgano, sobre todo, la asignación de competencias que se le hizo puesto que con anterioridad las propuestas de grado y permisos de los internos eran aprobadas por la Junta de Régimen y Administración, derogada por este Reglamento. Recordemos que este órgano estaba formado por los directivos del centro y otros funcionarios no necesariamente especializados en las ciencias de la conducta, con lo cual ahora se residenció la competencia en esta materia en los profesionales que por su formación y capacitación son los competentes en estas actuaciones.

8.- Desaparece la clásica división entre centros de preventivos, penados, hombres, mujeres, jóvenes,... y se crean los **establecimientos polivalentes**, que se convierten en centros que debido a su arquitectura modular permite la separación penitenciaria como establecen los artículos 7 a 11 LOGP, y realizar la asignación modular en base también a la clasificación penitenciaria. Estos *macrocentros* se construyen por razones económicas pero no son los más adecuados desde el punto de vista del tratamiento penitenciario porque en lugar de individualizar, *despersonaliza* más al interno que se convierte en un *número*, *pues suelen albergar más de mil presos*.

Segunda parte

La clasificación penitenciaria: Requisitos legales y procedimiento

1. Definición

En sentido amplio puede hablarse de tres tipos distintos de clasificación o de tres acepciones diferentes de esta expresión, distinguiéndose entre la clasificación de establecimientos penitenciarios (arts. 6 a 11 de la LOGP), la clasificación interior o separación penitenciaria de los internos y de la clasificación de los penados en sentido estricto¹⁰².

Pueden distinguirse tres tipos de establecimientos penitenciarios de carácter general: de preventivos, de cumplimiento de penas y especiales. Los centros de cumplimiento se dividen en cerrados, ordinarios y abiertos. Los establecimientos especiales son de tipo hospitalario, psiquiátricos y de rehabilitación social. En el RP de 1996 se crean lo que denominan establecimientos polivalentes a los que pueden ser destinados internos de cualquier situación procesal y penitenciaria pero separados en departamentos o módulos diferentes.

Antes de abordar el tema de la clasificación penitenciaria, nos referiremos a una cuestión que está muy relacionada con la misma y que, a veces, se confunde con ésta, es la llamada separación o ubicación penitenciaria dentro de cada establecimiento penitenciario¹⁰³. La separación penitenciaria, también denominada clasificación interior en el art. 280.2 9.ª queda dentro de las funciones del Director del establecimiento siendo éste a quien le corresponde decidirla, significa la agrupación de los reclusos en atención principalmente a sus peculiares condiciones personales en determinados Establecimientos y su división en grupos homogéneos en el interior de los mismos, con el fin de evitar el contagio y la promiscuidad¹⁰⁴. Para evitar esta confusión, o quizá contribuyendo a incrementarla se regulan ambas en el Título IV del Reglamento Penitenciario bajo el enunciado “De la separación y clasificación penitenciaria”. El capítulo I de este título se denomina “Separación de los internos”, y en su único art. el 99 RP, se fijan los mismos cri-

102. González Cano, M.ª I. “La ejecución de la pena privativa de libertad”. Valencia. 1994. Pág. 321

103. Cervelló Donderis. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 120

104. Nistal Burón, J. “Clasificación de los internos: especial referencia a los FIES”. Derecho y Prisiones Hoy. Universidad Castilla-La Mancha. Cuenca. 2003. Pág. 85

terios generales que establece el art. 16 de la LOGP. Según este artículo se procederá a **la separación penitenciaria**, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento.

Como consecuencia de estos criterios:

- a) Los hombres y las mujeres deberán estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen.
- b) Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes.
- c) Los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos en las condiciones que se determinen reglamentariamente.
- d) Los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento.
- e) Los detenidos y presos por delitos dolosos estarán separados de los que lo estén por delitos de imprudencia.

En el RP de 1996 se introdujeron dos importantes excepciones, una permite que determinados jóvenes puedan ser destinados a departamentos de adultos, y la otra se refiere a la posibilidad de existencia de departamentos compartidos por hombres y mujeres (mixtos), pues si bien en el citado artículo 16 de la LOGP se establece como principio general que personas de ambos sexos deben estar separadas en prisión, también permite que reglamentariamente se regulen supuestos excepcionales, pero el RP de 1981 no recogió ninguna excepción.

Establece el art. 99 del RP de 1996 que conforme a lo establecido en el artículo 16 de la LOGP, los internos serán separados en el interior de los Establecimientos teniendo en cuenta, con carácter prioritario, los criterios de sexo, edad y antecedentes delictivos y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento. Excepcionalmente, hombres y mujeres podrán compartir un mismo departamento previo consentimiento del interno/a. Los jóvenes menores de veintiún años sólo podrán ser trasladados a los departamentos de adultos cuando lo autorice la Junta de Tratamiento, poniéndolo en conocimiento del JVP.

Como vemos el apartado tercero del citado art. 99 RP establece la posibilidad de que hombres y mujeres puedan compartir el mismo departamento por razones de tratamiento (art. 168 RP) y/o familiares (art.172 RP) si bien, debe ser voluntario el ingreso en estos departamentos mixtos.

A nivel penitenciario se consideran jóvenes, los menores de veintiún años y, excepcionalmente, los que no hayan alcanzado los veinticinco años de edad (art. 173 RP). Los jóvenes pueden convivir con los adultos si lo autoriza la Junta de Tratamiento del centro penitenciario, poniéndolo en conocimiento del JVP (art. 99.4 RP). Aquí hemos de señalar que desde la entrada en vigor de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor el 13 de enero de 2001 sólo ingresan en prisión los mayores de dieciocho años como establece el art. 19 del Código Penal, anteriormente el ingreso era a partir de los 16 años.

Pero como dice **Mapelli Caffarena**¹⁰⁵ el modelo de clasificación basado en el estudio de la personalidad del interno constituye la alternativa más moderna a los criterios rígidos basados en la edad, el sexo, antecedentes penales y tipo y modo del delito cometido. Llevado a sus lógicas consecuencias, la clasificación es algo más que el simple hecho de separar a los internos en base a una taxonomía.

Para dejar clara la diferencia entre separación y clasificación penitenciaria por esta última no debe entenderse sólo como distribución de los penados por grupos análogos en los establecimientos penitenciarios, sino el examen y estudio de la personalidad del penado para su adecuado tratamiento y posterior reinserción social. Es decir, que se realiza la clasificación para elaborar el plan individualizado de intervención que sirva para una vuelta a una vida en libertad sin delitos.

Una vez hecha esta diferenciación, podemos definir la **clasificación penitenciaria** como el conjunto de actuaciones que la Administración Penitenciaria lleva a cabo, que se inician con la propuesta de grado por parte de la Junta de Tratamiento (órgano colegiado y multidisciplinar del establecimiento penitenciario), concluyen con una resolución de la Dirección General II.PP. (excepción para condenas inferiores a un año del art. 103.7 RP) que atribuye a un penado uno de los grados de la clasificación penitenciaria (clasificación inicial) o se modifica otro grado asignado anteriormente (progresión o regresión de grado) y que determina el establecimiento penitenciario al que debe ser destinado, estableciendo con ello el *status jurídico-penitenciario* del penado¹⁰⁶ que es susceptible de control jurisdiccional¹⁰⁷. Es decir, se trata del proceso que finaliza con un acto jurídico-administrativo formalmente emanado por parte de la Administración Penitenciaria, por el que se asigna o modifica un grado de clasificación (art. 64.2 LOGP) del sistema de individualización científica¹⁰⁸. Así pues, mediante la clasificación se materializa la progresividad en el régimen penitenciario, a mayor progresión de grado, mayor confianza, mayor atribución de responsabilidad y mayor grado de libertad. Por tanto, la clasificación tiene una incidencia directa en la situación jurídico-penitenciaria del interno que se traduce en un mayor o menor número de limitaciones de sus derechos y de su esfera general de libertad como establece el art.65. 2 de la LOGP: *“La progresión en el tratamiento... entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad”*.

Es importante destacar la diferencia existente entre la denominación *grado de tratamiento*, utilizada en la LOGP y el *grado clasificación* a que se refiere el RP de 1996. Son términos “similares” pero no idénticos, según el art. 59.1 LOGP el *tratamiento* penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social; por el contrario, el *grado* es una de las cuatro clases que componen o constituyen todo el *status* jurídico-penitenciario del interno-penado, propias o características del sistema de individualización científica

105. “La clasificación de los internos”. Revista de Estudios Penitenciarios. N.º 236. 1986. Madrid. Pág. 105-106

106. En este mismo sentido Tamarit Sumalla. “Curso Derecho Penitenciario”. Barcelona. 1996. Pág. 205

107. Bona i Puivart, Remei. “Clasificación y tratamiento penitenciario”. Cuadernos de Derecho Judicial”. Madrid. 1995. Pág. 251

108. González Cano, M.ª I. “La ejecución de la pena privativa de libertad”. Valencia. 1994. Pág. 321

personal que proclama la LOGP¹⁰⁹. Esta diferenciación según **Armenta González-Palenzuela** y **Rodríguez Ramírez**¹¹⁰ se debe a que se ha querido en cierta forma desligar grado y tratamiento, y por ello si bien en la LOGP se regulan en el mismo Título III denominado “Del tratamiento”; en el Reglamento Penitenciario se han recogido en títulos diferentes, por un lado, en el Título IV “De la separación y clasificación penitenciaria”, y por otro, en el Título V “Del tratamiento penitenciario”. Parece indicar que esta diferenciación es para producir un mayor acercamiento a la línea seguida en otros países europeos donde se realizan *planes individualizados de ejecución de tratamiento* según la personalidad y evolución del recluso sin asignación de grados y sin afectar al régimen del establecimiento o establecimiento de cumplimiento¹¹¹.

La importancia de la clasificación se encuentra en que de un conjunto de datos psicológicos, sociales, penales y penitenciarios se va a deducir una conclusión con efectos jurídicos-penitenciarios¹¹².

2. Naturaleza y fines

La Constitución española en su art.25.2 establece que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social; estos fines se deben conseguir mediante el tratamiento penitenciario que según el art. 59 LOGP consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados; y el tratamiento penitenciario se efectúa de forma individualizada y por ello el art. 63 de la LOGP determina que después de la observación de cada penado, se realizará su clasificación destinándole al establecimiento cuyo régimen (normas de convivencia) sea el más adecuado para la ejecución de su programa específico de tratamiento que se le haya aprobado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. Por tanto, como hemos visto, la clasificación penitenciaria es la base para la aplicación del tratamiento tendente a posibilitar el logro de los fines determinados constitucionalmente en su artículo 25.2.

El Código Penal de 1995 establece en el primer inciso del apartado segundo del art. 3: “Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”. En este artículo se recoge la denominada *garantía de ejecución penal*, en virtud de la cual la forma de ejecución de penas y medidas ha de ser necesariamente la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan y no de otra. Por otra parte en su art. 36.1 determina: “La pena de prisión (...). Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en la Leyes y en el presente Código”. Este artículo consagra expresamente el *principio de legalidad en la ejecución de la pena*

109. Bona i Puivart, Remei. “Clasificación y tratamiento penitenciario”. Cuadernos de Derecho Judicial”. Madrid. 1995. Pág. 253

110. “Reglamento Penitenciario comentado”. Pág. 202

111. Cervelló Donderis. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 28. En esta misma línea Tamarit Sumalla. “Curso de Derecho Penitenciario”. Barcelona. 1996. Pág. 37

112. “El tratamiento penitenciario en el primer decenio de la LOGP” en “La intervención educativa en el medio penitenciario”. Garrido Genovés/ Redondo Illescas. Madrid. 1992 Pág. 34

de prisión. Con lo cual nos encontramos que ambos artículos remiten a una *norma penal en blanco* para la ejecución de la pena de prisión¹¹³, por lo que hay que entender que las remisiones (al igual que la recogida en el art. 990 LECrim.: “Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los reglamentos”) nos conducen a la LOGP de 1979, y ésta en su art. 72 determina: “*Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional conforme determine el Código Penal.*”

Por tanto, con la entrada en vigor de la LOGP de 1979 se sustituyó el sistema progresivo de ejecución de las penas privativas de libertad, donde los grados o períodos tenían carácter objetivos y rígidos; y por ello los penados tenían necesariamente que pasar por todos y cada uno de ellos para alcanzar la libertad condicional, por el de individualización científica. Para **Fernández García**¹¹⁴ el sistema de individualización científica no es más que una manifestación de los sistemas progresivos, aunque con ciertas modificaciones sustanciales puesto que se cambian criterios objetivos y rígidos por otros subjetivos y flexibles. En la misma línea **Rodríguez Alonso**, mantiene que es un sistema progresivo con peculiaridades propias. Pero entendemos que estas modificaciones son muy transcendentales apareciendo con ello un nuevo sistema de individualización científica que se caracteriza, además de estar basado en la personalidad del interno y en el tratamiento penitenciario, en que éste se puede realizar, con mayor flexibilidad ya que permite al penado ser clasificado inicialmente en cualquiera de los grados excepto el último que es la libertad condicional, si bien con la LO 7/2003, de 30 de junio, este principio se ha visto modificado puesto que se han establecido determinados requisitos que restringen el acceso al tercer grado, los cuales analizaremos más adelante. Evidentemente esto no quiere decir que el penado esté siempre clasificado en el mismo grado, pues puede ser progresado o regresado según la evolución de su personalidad¹¹⁵, en misma línea el art. 65 LOGP y el 243 del RP de 1981 sin variaciones en el art. 106 RP actual. Pero además de la personalidad, la tarea de clasificación se debe basar en variables penales, penitenciarias, personales y sociales, así como también en el análisis de los objetivos y actividades que requiere el programa de tratamiento individualizado de cada penado en el tratamiento penitenciario¹¹⁶.

3. El sistema de individualización científica

En la ejecución de la pena de privación de libertad va cobrando cada vez más importancia la forma de cumplimiento que la extensión temporal de la misma, esto trae como consecuencia que la ejecución de la pena se individualiza también cada vez más para convertirse en un sistema más subjetivo que tenga en cuenta las singularidades de cada sujeto¹¹⁷.

113. Esta misma consideración hace Rodríguez Alonso. “Lecciones de derecho penitenciario”. Granada. 2003. Pág. 296

114. Berdugo Gómez de la Torre/ Zúñiga Rodríguez/ Fernández García/ Pérez Cepeda/ Sanz Mulas. “Manual de Derecho Penitenciario”. Madrid. 2001. Pág. 118

115. “Rodríguez Alonso. “Lecciones de Derecho Penitenciario”. Granada. 2003. Pág. 216

116. Armenta y Rodríguez. “Reglamento Penitenciario Comentado”. Pág. 216

117. Cervelló Donderis, V. “Los Nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. Valencia. 2004. Pág. 10. En prensa

Decía **Quintano Ripollés**¹¹⁸ que las ventajas teóricas de los sistemas progresivos y aun de la experiencia más atrevida de los reformatorios americanos, no deben perderse de vista los riesgos de la generalización y las necesidades del examen individual en cada caso; por lo que los estudios más recientes en la materia aconsejan una primera selección de los detenidos y un estudio lo más detallado posible de su personalidad antes de decidir el tratamiento a seguir, que jamás debe ser apriorístico. Con lo que ha venido reconocerse, una vez más en el Congreso Penal y Penitenciario de La Haya, *la decisiva importancia de la individualización*.

Por ello el sistema de individualización científica supuso un gran avance respecto de los sistemas progresivos, dado que incorpora ciertas modificaciones sustanciales. Por un lado, el sistema progresivo clásico se fundamenta más en criterios exclusivamente objetivos a la hora de proceder tanto a la clasificación de grados penitenciarios como a la progresión y regresión de los mismos; en cambio, el de individualización científica tiene en cuenta otros criterios subjetivos dirigidos a considerar las características particulares de cada persona, es decir, a criterios más individualizados, y no podía ser de otra forma dado que este nuevo sistema se basa precisamente en eso, en la individualidad y personalidad de cada penado. Se convierte con ello al tratamiento en el centro de gravedad del sistema. Con el sistema progresivo el penado, a su ingreso, necesariamente tenía que transitar por el primer grado de tratamiento (el más duro, en el que estaban clasificados los internos más peligrosos e inadaptados) antes de pasar al segundo y al tercero para que se le pudiera conceder la libertad condicional. En cambio, con el de individualización científica y dependiendo de ciertas características de personalidad criminal, adaptabilidad social y otros condicionantes, no es necesario que un penado haya estado clasificado en primer grado de tratamiento, e incluso tampoco en segundo, pudiendo ser clasificado inicialmente en el tercer grado, en el régimen abierto¹¹⁹.

Este sistema penitenciario español presenta los siguientes rasgos característicos¹²⁰:

a) La **relación directa con el tratamiento** que necesita cada penado, siendo la clasificación el “instrumento” para su efectiva realización. Así pues la clasificación tiene un *carácter instrumental* respecto al tratamiento. La Inst. 20/96 sobre esta materia establece que: *“no puede perderse de vista la relación biunívoca que guardan entre sí clasificación y tratamiento. El grado de tratamiento no es sólo en función del conjunto de variables criminológicas, penales personales y sociales que concurren en un momento dado en el interno, sino también de los objetivos, estrategias y las actividades que su programa de intervención demanda (en cada caso)”*.

b) La asignación del grado **en función de la personalidad** del penado y, sobre todo, en relación con su actividad delictiva. Por lo que habrá que valorar el momento en que cometió el delito, su situación al realizar la clasificación y su pronóstico futu-

118. “Curso de Derecho Penal”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1963. Pág. 516

119. Fernández García, J. “El presente de la ejecución penitenciaria...”. Dentro de “La reforma penal a debate” Varios autores. 16 Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal. Salamanca. Abril 2004. Pág. 15 a 185

120. Alarcón Bravo. “El tratamiento penitenciario”. Estudios Penales y Criminológicos, vol. II. Santiago de Compostela. 1977-78. Pág. 41. y Manzanares Samaniego. J. L. “El cumplimiento íntegro de las penas”. Actualidad Penal n.º 7. 10-2-2003. Pág. 10

ro respecto a la posible reincidencia en el delito. Son decisivos los criterios que radican en la persona: comportamentales o de evolución de la personalidad.

c) La **libertad de grado** en la clasificación inicial sin tener que pasar por grados anteriores: “*Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los anteriores*” (art. 72.3 LOGP). Ello permite la posibilidad de que el penado pueda ser clasificado inicialmente en cualquiera de los grados excepto el último de la libertad condicional¹²¹. La LO 7/2003, de 30 de junio, ha establecido ciertos requisitos que van a dificultar este criterio de libertad de grado, como después veremos.

d) La existencia de **regímenes de vida distintos** para cada uno de los grados como marcos jurídicos de la relación especial del interno con la Administración, que posibilitan la realización del tratamiento más adecuado en cada caso (art. 72.2 LOGP). Cada programa de tratamiento requiere un tipo de vida carcelario diferente para conseguir los objetivos del mismo.

e) La progresión en base a criterios de evolución de la personalidad **sin ajustarse al cumplimiento de períodos mínimos**: “*En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por su evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión*”. (art. 72.4 LOGP). Este artículo tiene su antecedente inmediato en la reforma del art. 48 del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956 efectuada por el Decreto de 162/1968, de 25 de enero, que establecía que: “*siempre que el interno demuestre estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional; sin tener que pasar necesariamente por los que le precedan*”. La reforma del Real Decreto 2.273/1977 del Ministerio de Justicia de 29 de julio estableció en el art. 47: “*en ningún caso se mantendrá a un interno en el primero o segundo grado cuando por su evolución de su tratamiento penitenciario se haga merecedor a una progresión*”. Estamos de acuerdo con **Cervelló Donderis**¹²² cuando afirma que la duración de la condena es un criterio puramente objetivo que no corresponde con un modelo de individualización científica, pero no cabe duda que tras la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, se han introducido importantes modificaciones que afectan a este criterio legal, retrocediendo a aspectos rígidos y objetivos de los clásicos sistemas progresivos pues ahora sí que se establecen *períodos mínimos de cumplimiento* que analizaremos después.

Aunque **Manzanares Samaniego**¹²³ decía en 1986 que el sistema progresivo había muerto (legalmente), veinticinco años después podemos afirmar que esto no es así. Y si hace unos años afirmábamos que no teníamos en nuestra legislación un sistema puro de individualización científica¹²⁴, pues se establecían ciertos límites temporales para poder clasificar al penado en el cuarto grado o libertad condicional y tener que

121. Rodríguez Alonso. “Lecciones de derecho penitenciario”. Granada. 2003. Pág. 294

122. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 121

123. “Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria”. Madrid. 1986. Pág. 1053

124. Leganés Gómez, S. “La clasificación penitenciaria, los permisos de salida y extranjeros en prisión”. Madrid. 2002. Pág. 26

valorar la duración de la pena como una variable de “*gran transcendencia*” al realizar la clasificación para tercer grado; en la actualidad esta afirmación la podemos ratificar incluso con mayor rotundidad pues, como veremos, se va a exigir el cumplimiento objetivo de diversos plazos de la condena tras la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio.

La clásica denominación de sistema progresivo, que constaba en la primera redacción de la LOGP, desapareció de la misma por una enmienda presentada en Comisión por los Socialistas de Cataluña. Decía **García Valdés**¹²⁵ que el clásico sistema progresivo de criterio rígidos ya se había superado con la reforma de 1968 al art. 48 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, pudiendo así hablarse de un nuevo y peculiar sistema, el sistema de individualización científica que según el citado autor era el más avanzado del penitenciarismo de aquel momento, pudiendo citarse en este sentido los artículos análogos 4 y 5 de la Ley penitenciaria sueca, el art. 1 y 13 de la italiana y el art. 25 de la Ley n.º 788, de 28 de julio de 1978 de la francesa.

El sistema de individualización científica parte del principio de que no hay diferencia de los métodos de tratamiento según los grados, pues aquéllos no están en función de éstos, sino de la personalidad de cada interno. La práctica diaria no confirmó este principio pues sí se van a limitar los métodos de tratamiento a emplear (permisos, salidas programadas, tratamiento en centros extrapenitenciarios,...) en función de la clasificación penitenciaria. La reforma del Reglamento de 1996 al introducir el principio de flexibilidad va a tratar de reducir las limitaciones de los grados al establecer el principio de flexibilidad en su art. 100.2.

Actualmente, es lamentable decir que el sistema de individualización científica, que según **García Valdés** en 1979, cuando se aprobó la LOGP, era el más avanzado, ha sido enterrado, aunque también reconoce el CGPJ en el informe del anteproyecto de la LO 7/2003 nunca llegó a estar plenamente en vigor. Pero está claro que tras la reforma efectuada por dicha ley se ha regresado más a los orígenes del antiguo sistema progresivo pues otra vez se vuelven a establecer nuevos *plazos rígidos*, porque según el reformado art. 78.3 CP, si se ha aplicado concurso real de delitos, los penados por delitos terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales sólo podrán acceder al tercer grado cuando les quede por cumplir una quinta parte de la condena y a la libertad condicional cuando les reste la octava parte de la misma. En otros casos estos plazos son *semirrígidos* pues se autoriza su elusión, como en el art. 36.2 CP, que aunque establece que cuando la pena de prisión sea superior a cinco años, la clasificación en tercer grado no podrá efectuarse hasta que haya cumplido la mitad de la condena, permite que el JVP autorice no ser necesario el cumplimiento de este plazo, exceptuando a condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Igual ocurre respecto al art. 78.3 CP que vuelve a excluir a este tipo de delincuentes de la aplicación del régimen general de cumplimiento.

Esta vinculación con el sistema progresivo fue ya ratificado en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1989 cuando afirmaba que el sistema implantado por la LOGP no supone una total ruptura con el sistema progresivo anterior, hasta el

125. “Comentarios a la legislación penitenciaria”. Madrid. 1982. Pág. 225

punto de que la duración de la pena sigue teniendo una gran trascendencia, por lo cual como decía **González Cano**¹²⁶ el sistema penitenciario actual es **mixto** entre el progresivo y el de individualización científica, es decir, que ha de combinarse la personalidad del recluso y la duración o gravedad de la condena. En esta misma línea se manifiestan **García Valdés y Alarcón Bravo**. Por todo ello, **Mapelli Caffarena** calificaba al sistema de individualización científica de *semirrígido*, frente a la rigidez del sistema progresivo clásico. Tras la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, podemos afirmar que se ha dado un retroceso hacia el sistema progresivo clásico estableciendo nuevos plazos, que en algunos casos son ineludibles, como ya hemos visto.

Por tanto, el sistema de individualización científica ha sido un *espejismo legal* que ha sufrido un golpe en uno de sus principios fundamentales: la libertad de grado en la clasificación penitenciaria sin cumplimiento de plazos necesarios (art. 72.3 y 4 LOGP).

El CGPJ en su informe al Anteproyecto de la LO 7/2003 indicó: “El sistema de *individualización científica* que inspira nuestro sistema penitenciario, se caracteriza frente al anterior *sistema progresivo*, por estar basado en la personalidad del interno y en el tratamiento penitenciario, y conlleva un régimen flexible conforme al cual el penado puede ser clasificado inicialmente en cualquiera de los grados excepto el último que es la libertad condicional. La libertad de grado en la clasificación inicial sin tener que pasar por grados anteriores se establece en el art. 72.3 LOGP. El Anteproyecto matiza ahora esta posibilidad en el sentido de impedir esa clasificación inicial en tercer grado en el caso de delitos graves, de modo que ya no rige un sistema puro de individualización científica, sino que el sistema se limita en función de razones de prevención general positiva, por lo que en realidad rige un *sistema mixto*, como afirma un sector importante de doctrina”.

Según el CGPJ esta limitación a la clasificación es una *opción del legislador compatible con los fines constitucionales de la pena*, la prevención especial no es el único fin de la pena. Y como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina, en el modelo de Estado social y democrático de Derecho de que arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir una misión (*política*) de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Y modernamente, la idea preventivo general no se agota en una simple amenaza o temor que se inspira al potencial delincuente para disuadirle de cometer hechos punibles (*prevención general negativa*), sino junto a ella, la prevención general ofrece la significación de robustecimiento de la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social a través de la pena (*prevención general positiva o prevención por integración*), restableciendo la confianza en el derecho mediante la contraposición simbólica de la pena.

De acuerdo con lo expuesto, el art. 25.2 CE no impide que en la ejecución se tengan en cuenta otros fines de la pena distintos a la reinserción del penado, por lo que el establecimiento de un período mínimo de cumplimiento en el caso de delitos graves es, según el CGPJ, compatible con los principios constitucionales que rigen la ejecución de penas privativas de libertad.

126. “La Ejecución de la pena privativa de libertad”. Valencia. 1994. Pág. 32

Por tanto, con las últimas reformas introducidas con la de la LO 7/2003,30 de junio, lo que se potencia considerablemente es la finalidad preventiva general más que la prevención especial positiva o reeducación y reinserción social en la fase de ejecución penitenciaria de acuerdo con la nueva redacción del artículo 36 CP y en supuestos de acumulación de penas, de acuerdo al artículo 78 del CP. Pues bien, esto es una clara manifestación del impulso de la prevención general como finalidad de la pena también en la fase de ejecución penitenciaria. O lo que es lo mismo, esto supone una vuelta al retribucionismo ético y jurídico de las penas, un regreso a las concepciones de **Kant y Hegel**, donde la imposición de la pena era un fin en sí mismo como compensación al mal realizado por el delito cometido y como un criterio de exigencia de justicia. A este respecto, **García Albero** establece que el papel preponderante atribuido al principio de reeducación y reinserción social en la fase de ejecución de la pena, se ve desplazado a un segundo plano en beneficio de supuestas exigencias preventivos generales positivas, enmascaradas bajo la genérica apelación a la proporcionalidad¹²⁷.

Pensamos que estas reformas son una clara regresión hacia un Derecho Penal de *autor* característico de regímenes políticos autoritarios, donde se tiene más en cuenta la personalidad del autor que el hecho delictivo cometido. Un Derecho Penal *defensista*, que más que reeducar al delincuente, trata de encerrarlo, aislarlo de la sociedad como método de eliminación. Como afirma **Ferrajoli**¹²⁸, estaríamos ante un modelo de *Derecho penal máximo* y tendencialmente ilimitado, con lo que parece acogerse más a una postura claramente orientada a la innocuización. Según **Silva**¹²⁹, este modelo es fragmentario porque la sociedad no parece dispuesta a adoptar una respuesta uniforme frente a la criminalidad. Al contrario, se advierte la disposición a acoger respuestas selectivas en función de la percepción social del correspondiente hecho delictivo como fuente de inseguridad subjetiva. No tanto en función de la gravedad del hecho en términos axiológicos. Por todo ello, uno de los principios básicos de política criminal que inspiran el Código Penal, es decir, el de *reinserción social*, previsto en nuestra Carta Magna en el artículo 25.2, queda seriamente cuestionado¹³⁰, sobre todo por la LO 7/2003, de 30 de junio, al revitalizarse ampliamente la finalidad retributiva y de intimidación, ideas en las que reposaba el Derecho Penal tradicional. Supondrá, como bien afirman **Muñoz Conde y García Arán**¹³¹, la eliminación *de facto* de instituciones basadas en la orientación a la reinserción.

Bueno Arús también mantiene que “estas reformas de la LO 7/2003, de 30 de junio, se orientan a las finalidades de la retribución, la prevención general negativa (intimidación) y la inocuización del delincuente, antes que a la finalidad primordial de la prevención especial positiva (reeducación o reinserción social, del art. 25.2 de la Constitución), y componen por lo tanto un *componente extraño* dentro de las leyes penales y penitenciarias, que van a contener en adelante, de esta manera, *preceptos*

127. García Albero, R/ Tamarit Sumalla, J. M.^a “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 38

128. Ferrajoli, L. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Madrid. 1995. Basado en el tipo de delincuente y en su peligrosidad ante delictum más que el tipo del delito cometido

129. Silva Sánchez, J. M., “Política criminal del legislador, del juez, de la Administración Penitenciaria” Sobre el sistema de sanciones en el Código Penal español. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Pág. 3

130. López Garrido, D. y García Arán. “El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario”, Ed. Eurojuris. Madrid. 1996. Pág. 29 y ss., y 58 y ss.

131. Muñoz Conde, F. / García Arán, M. “Derecho Penal. Parte General”. Tirant lo blanch. Valencia. 2002. Pág. 565

contradictorios entre sí, van a producir confusión a los operadores del Derecho y van a contaminar el régimen penal y penitenciario ordinario con orientaciones y principios de Derecho penal y penitenciario *excepcional*¹³².

4. Derecho comparado

En nuestro ámbito europeo la tónica general respecto a la concepción del tratamiento penitenciario es muy similar a la nuestra, pues a éste se le atribuye un carácter inseparable de la ejecución de la pena privativa de libertad. La relación entre clasificación-individualización-tratamiento está presente en todos los países europeos.

Pero el concepto de grado tal y como se usa en la legislación española resulta escasamente trasladable a otros países europeos. En las legislaciones europeas la individualización del tratamiento no desemboca en grados diferentes, sino en la decisión del establecimiento de destino, sin que se pueda establecer paralelismo entre régimen y tratamiento¹³³.

La reminiscencia del sistema progresivo objetivista está presente en todos los países europeos, como es el caso de Francia, donde el criterio de duración de las penas y tipo delictivo se conjugan para hacer obligatoria la permanencia en una fase llamada “*período de seguridad*” (art. 720.2 CPF)¹³⁴.

En el lado opuesto de esta concepción, otros ordenamientos penitenciarios optan por el sistema de individualización científica en el que el programa de tratamiento es el que se diseña para cada penado; este es el caso de Alemania o Suecia, donde se huye del encorsetamiento que supone la existencia de unas fases prefiguradas (grados penitenciarios), siendo el programa individualizado el que determina el desarrollo de la ejecución.

Igualmente, existe un punto común a la hora de elegir el tipo de centro penitenciario, que en todo caso será el que determine los perfiles tratamentales, un régimen de cumplimiento concreto.

Las variedades de semilibertad en la legislación europea son considerables:

- La concesión en función de criterios estrictamente temporales o de duración de la pena. A este tipo corresponde el sistema francés, en el que como hemos visto es necesario el cumplimiento del período de seguridad para acceder a la semilibertad.
- La concesión en atención a las características del penado o la evolución del tratamiento. Este sistema es utilizado en Suecia y Alemania, pues la semilibertad depende de las características personales del penado sin que se establezcan plazos ni duración de la pena.
- La concesión combinando los dos criterios anteriores de evolución del recluso y determinados requisitos de carácter temporal. Es utilizado en Italia, donde se combina la atención en la evolución del tratamiento y los requisitos de carácter

132. Entrevista en la Revista ATIP (Asociación de Técnicos de ILPP). Cáceres N.º 1 2004. Pág. 2

133. García Arán, M./ De Sola Dueñas, A. “Legislación penitenciaria europea comentada”. Barcelona. 1991. Pág. 31

134. León Villalba, F. J. “La pena privativa de libertad en el derecho comparado”. Derecho y prisiones hoy. Universidad Castilla- La Mancha. Cuenca. 2003. Pág. 35

temporal. Este sería el más similar al utilizado en España, donde, como veremos, se valora la positiva evolución en el tratamiento del penado y, desde la entrada en vigor de la LO 7/2003, de 30 de junio, con más peso todavía, la duración de la pena.

- Un caso especial es el utilizado en Holanda, donde se interrumpe la ejecución de la pena o la salida en casos especiales, prácticamente como una concesión graciosa y sin sumisión a pautas expresas.

Se podría decir que es mayoritaria la concesión de la semilibertad por razones humanitarias en la ejecución penal para disminuir los efectos nocivos de la prisión, antes de que la progresiva adquisición de la libertad en función de la evolución del recluso, lo cual es coherente con la escasa posibilidad de opciones a favor de la progresividad del tratamiento penitenciario¹³⁵.

También hay consenso en que la necesidad de que el penado pase la última fase de su condena bajo la fórmula de la libertad condicional, entendida en algunos casos como última fase del tratamiento penitenciario (Italia, Francia, Suecia, etc)¹³⁶.

5. Los grados de clasificación penitenciaria

En primer lugar, conviene precisar que un grado no es lo mismo que un tipo de régimen. Hay tipos de régimen de vida -el de preventivos- que no se corresponde con grados¹³⁷.

Según **Armenta y Rodríguez Ramírez**¹³⁸ se puede definir el grado como un tipo y categoría penitenciaria que lleva aparejado un régimen de vida concreto, y las condiciones o bases para ejecutar un programa de tratamiento individualizado conforme a éste. Con el grado se concreta el principio fundamental de individualización científica, destinando al penado al régimen de vida más apropiado para llevar a cabo su programa de tratamiento. Aunque son diferentes los conceptos de grado de clasificación y regímenes de vida, se da una muy estrecha conexión entre ellos, pues como hemos visto la clasificación en un grado va a traer como consecuencia la aplicación de un determinado tipo de régimen (sistema o conjunto de normas) de vida penitenciaria.

El artículo 25.2 de la Constitución establece que las penas privativas de libertad deben tender a la reeducación y la reinserción social de los penados. Para conseguir este objetivo el artículo 72.1 de la LOGP determina que: “*Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional, conforme determina el Código Penal*”. Como vemos los grados del sistema penitenciario español están recogidos en el art. 72 de la LOGP, en él se hace referencia a los tres primeros grados así como la libertad condicional, también denominada “*cuarto grado*”, pero derivando

135. García Arán, M./ De Sola Dueñas, A. “Legislación penitenciaria comparada”. Barcelona. 1991. Pág. 36-37

136. León Villalba, F. J. “La pena privativa de libertad en el derecho comparado”. Derecho y prisiones hoy. Universidad Castilla- La Mancha. Cuenca. 2003. Pág. 36

137. Alarcón Bravo, J. “Las resoluciones de tercer grado desde la publicación de la LOGP”. Revista Estudios Penitenciarios. N.º 240. 1988. Pág. 17

138. “Reglamento Penitenciario Comentado”. Sevilla. 2001. Pág. 202

la regulación de ésta al Código Penal. El apartado segundo del citado artículo ordena: “*Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimiento de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el núm. 1 del artículo 10 de esta Ley*”. Por tanto, la pena de prisión se divide en cuatro grados a los que corresponde respectivamente determinados regímenes de vida¹³⁹.

Este art. 72 LOGP establece una clara vinculación entre el grado de tratamiento en que haya sido clasificado el interno y el régimen aplicable, y, por lo tanto, al establecimiento correspondiente (...). La correlación entre clasificación y régimen es un aspecto fundamental de la LOGP¹⁴⁰. Así pues, cada uno de los grados de tratamiento conlleva la aplicación de un diferente régimen de vida en prisión y el destino al centro penitenciario más adecuado al mismo.

Por su parte el art.100.1 RP establece: “... *los penados deberán ser clasificados en grados. Los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto*”. Como vemos, para nada se menciona la libertad condicional en este artículo porque está regulada en el art. 192 y siguientes de este mismo reglamento y en el Código Penal.

El artículo 63 de la LOGP ordena: “*Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea el más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél*”. Esto mismo viene desarrollado en sede reglamentaria en el art. 102.1 RP.

Para determinar la clasificación, dice el artículo 102.2 RP, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena, el medio al que retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento. En el mismo sentido el artículo 63 de la LOGP *in fine*.

El art. 102 RP establece los criterios de clasificación:

- Serán clasificados en *segundo grado* los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad.
- Serán clasificados en *tercer grado* los penados que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad.
- Conforme a lo establecido en el artículo 10 de la LOGP, serán clasificados en *primer grado* los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la

139. Cervelló Donderis, V. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 119

140. Tamarit Sumalla/ Sapana Grau/ García Alberó. “Curso de Derecho Penitenciario”. Barcelona. 1996. Pág. 206

presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente.

El RP de 1996 para potenciar la individualización científica introduce en su preámbulo el **principio de flexibilidad**, el cual luego pasa a regular en el artículo 100.2 del mismo estableciendo: “*Con el fin de hacer el sistema más flexible el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto a cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los grados de tratamiento, siempre que esta medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida, que se califica de excepcional, necesitará la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia, sin perjuicio de su ejecutividad inmediata*”.

Este principio permite la posibilidad de combinar aspectos característicos de uno y otro grado con la finalidad de que la clasificación penitenciaria se flexibilice lo más posible para lograr que el tratamiento sea lo más individualizado posible, con ello nos acercamos más a los sistemas penitenciarios europeos en los que no rigen los grados y lo que se elaboran planes individualizados sin tener en cuenta ningún grado de clasificación.

Esta flexibilidad ha sido criticada por parte de la doctrina pues como veremos se pueden producir unas *situaciones extrañas*. Pero antes hemos de dejar claro, como ya han hecho constar los Jueces de Vigilancia (por ejemplo, Auto de 9 de octubre de 1996 del JVP de Santander) que este principio no permite aplicar criterios de grados inferiores a superiores pues limitarían los derechos del estatuto jurídico-penitenciario del penado más allá de lo que permite la Ley vulnerando el art. 100.2 RP el *principio de legalidad*, ya que ésta sólo contempla cuatro grados y no recoge el principio de flexibilidad. Lo que sí se puede es utilizar para ampliar derechos y facilitar con ello la ejecución de los programas de tratamiento de cada interno. Por ejemplo, a internos clasificados en primer grado se les pueden aplicar aspectos regimentales del segundo (más horas de patio, participar en actividades...), o a los clasificados en segundo disfrute de salida de fin de semana de los clasificados en tercero, y así infinidad de posibilidades para adecuarse al programa de tratamiento individualizado de cada penado.

Con la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, este principio se ve en cierta forma desvirtuado porque si un interno no puede acceder al tercer grado o la libertad condicional hasta que cumpla unos determinados plazos (art. 36.2 y 78.3) creemos difícil la aplicación de esta flexibilidad en muchos casos porque esta restricción de la discrecionalidad administrativa en la asignación del grado va en detrimento de uno de los elementos estructurales básicos del sistema de individualización científica, el de flexibilidad en materia clasificatoria¹⁴¹. Compartimos los acuerdos de las reuniones de los Jueces de Vigilancia, en los se afirman que debe valorarse la finalidad retributiva de la pena (compensación moral a la víctima y a la sociedad ofendida) la prevención general (disuasión frente a potenciales delincuentes) y la finalidad reinsertadora (art. 25.2 Constitución) a la hora de la clasificación penitenciaria. Como vemos los indicados acuerdos defienden las *teorías unitarias* en la ejecución de las penas; pero está claro

141. González Campo, E. “El principio de flexibilidad en la ejecución penal”. Monogr. Fiscalfa. org. ISSN. 2004. Pág. 33 y 39

que con la LO 7/2003, de 30 de junio, se potencia la finalidad retributiva y prevención general sobre la finalidad reinsertadora que según el art. 25.2 de la Constitución debería ser el más importante (...). Pero no cabe duda que la flexibilidad como valor pragmático útil para buscar en cada caso las vías regimentales más aptas a las necesidades y aptitudes de reinserción social a cada reo sufrirá un recorte tan severo, que indudablemente, comprometerá en gran medida su vigencia y los saludables efectos que hasta la fecha ha venido generando en la práctica penitenciaria española¹⁴².

6. Criterios generales para la clasificación

La clasificación en grado de un interno no es algo matemático que derive de la aplicación exacta del contenido de una norma jurídica, sino que supone la valoración de un conjunto de datos obtenidos en una operación lógica y científica, para obtener un resultado.

La LOGP regula la materia de los criterios y variables en el art. 63 y 64, y en sede reglamentaria en el art. 102 del RP.

Dice el art. 63: *“La clasificación debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso para el buen éxito del tratamiento.”*.

El art. 64.2. establece que: *“Una vez recaída sentencia condenatoria se completará la información -obtenida en la fase de preventivo- con un estudio científico de la personalidad del observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y destino al establecimiento que corresponda.”*.

Conforme a la generalidad de la doctrina¹⁴³ dichos datos podemos agruparlos del siguiente modo:

- **Criterios penales:** relativos a la condena, duración de la pena y otros datos recogidos en la sentencia: existencia o ausencia de antecedentes, síntesis de la actividad delictiva...
- **Criterios científicos:** relativos a las valoraciones psicosociales (equilibrio personal, madurez, perfil caracteriológico habilidades sociales, presencia de anomalías, etc.) y criminológicas (tipo de autor, desarrollo de carrera criminal, etc...).
- **Criterios regimentales-prácticos:** relativos a la necesidad de cumplimentar determinados requisitos en situaciones específicas (v.g. inicial en tercer grado), tiempo de estancia continuada, conducta penitenciaria...

142. López Peregrín, C. “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?” Revista Española de Investigación Criminológica. <http://WWW:criminologia.net>. Madrid. 2004. Pág. 11

143. En similares términos se pronuncia Ríos Martín, J. C. “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel”. Madrid. 2004. Pág. 83

- **Conceptos indeterminados:** relativos a un pronóstico sobre la conducta del interno que exige la integración de conceptos como confianza en la actitud del interno, en sus posibilidades de actuación, etc.
- **Variables de orden sociológico:** medio del que proviene y en el que previsiblemente se reintegrará y recursos sociales con los que cuenta en el exterior.

Por tanto, de una interpretación conjunta de ambos artículos 63 y 64 LOGP, resulta que el análisis de las variables debe conducir a conocer la personalidad del penado, y más exactamente aquellos aspectos de la misma directamente relacionados con la actividad delictiva. Esto es lo que importa pues las variaciones posteriores (progresión o regresión de grado) operan sobre la evolución de la personalidad, siendo las variables enunciadas meros síntomas o elementos que sirven para apreciarla. Para ello se tendrá en cuenta tanto la información obtenida del análisis documental como de la observación directa de la conducta (para algunos autores constituye el primer y único criterio para apreciar los rasgos de la personalidad y su evolución) y a un segundo nivel, el estudio científico de la personalidad para lo que se utilizan diversas técnicas psicológicas (test de personalidad, psicométricos etc...).

Por tanto, según el citado art. 64.2, al realizar el diagnóstico de peligrosidad se ha de valorar la capacidad criminal y la adaptabilidad social.

A) Para valorar la **capacidad criminal**, estudiarán rasgos tales como:

- *Egocentrismo*, entendido como la visión que el interno tiene de sí mismo y la dificultad de éste para asimilar los valores sociales del medio en que vive.
- *Agresividad*, es decir, la especial energía criminal que le permite al delincuente superar los obstáculos para cometer el delito.
- *Labilidad*. Consiste en la incapacidad del sujeto para realizar proyectos duraderos ya que busca la gratificación a corto plazo. Este rasgo es muy común entre los delincuentes multirreincidentes.
- *Indiferencia afectiva*. Es la frialdad del delincuente para cometer el delito.

B) La **adaptabilidad social** nos indicará la facilidad del interno para insertarse al medio social, cuando salga en libertad; para ello debe valorarse si dispone de apoyo familiar o social, de trabajo, etc. Es decir, se tendrá en cuenta si tiene suficientes recursos sociales para llevar una vida normalizada sin delitos.

Del análisis de estos criterios y variables indicados en los artículos citados se debe obtener como resultado el conocimiento de la personalidad del penado y, sobre todo, aquellos factores que pueden guardar relación con una posible reincidencia en el delito. Por tanto, se deben valorar las alternativas posibles existentes para tratar de superarlos y que así, una vez puesto en libertad tenga el interno la capacidad suficiente para no volver a delinquir.

Para llegar a ese resultado se han de realizar los siguientes estudios:

A) **De la personalidad** del penado que, según **Armenta y Rodríguez Ramírez**¹⁴⁴, debe comprender el análisis de las valoraciones psicológicas siguientes:

144. "Reglamento Penitenciario Comentado". Sevilla. 2001. Pág. 204

a) **Inteligencia.** Como capacidad general para resolución de problemas, aptitudes, pensamiento, razonamiento...

b) **Motivación.** Análisis de las expectativas, valores, intereses...

c) **Emociones.** Estudio de la estabilidad personal, de respuestas frente a la frustración, de la agresividad, de conflictos...

d) **Autoconcepto o identidad.** Roles que desempeña, autoevaluaciones, grado de autocontrol, autoestima...

e) **Actitudes y normas.** Sistema de normas morales o éticas, conceptualización del mundo social, evaluación de los delitos...

B) **Historial personal.** Debe comprender el estudio longitudinal de la biografía del penado desde su nacimiento hasta el presente, valorando especialmente las relaciones familiares, sociales y ambientales.

C) **De la carrera criminal.** A este factor se refiere el art. 82.1 R.P. cuando establece que debe valorarse para la clasificación, el estudio de la trayectoria delictiva. Pero también debe tenerse en cuenta el *delito en concreto* por el que ha sido condenado, ya que no todos los delitos son iguales ni tienen el mismo reproche social, ni revela el mismo nivel de criminalidad o peligrosidad. Es importante tener en cuenta criterios criminológicos: formas de comisión del delito (si ha habido o no uso de violencia, si ésta ha sido excesiva, gratuita, inmotivada...), si se ha cometido en solitario o en grupo criminal, si ha habido o no planificación en la ejecución, etc.

Las *circunstancias modificativas de responsabilidad* son elementos muy esclarecedores de las causas que rodean al delito y de su origen. Igualmente nos informan, a veces, del rol jugado por el interno en la comisión del delito, si ha actuado en solitario o ha habido coparticipación, así como la interrelación y actitudes del delincuente con la víctima.

1.- Las **agravantes del art. 22 CP:**

a) La **alevosía** nos indica preparación adecuada del delito para conseguir su comisión y a su vez, impedir que la víctima pueda evitarlo. Igualmente, nos puede aportar la frialdad utilizada en la ejecución del delito, pues quiere decir que ha habido planificación del mismo.

b) Ejecutar el delito con **disfraz** también indica premeditación y planificación para cometerlo.

c) Ejecutar el hecho con **auxilio de otras personas**, nos informa del grado de participación de cada persona, de quién es el líder del grupo y quienes los secundarios o meros acompañantes. Si se comete en solitario puede mostrarnos que la persona tiene suficiente entidad criminógena para cometer el delito por propia iniciativa.

d) Cometer el hecho en un determinado **tiempo y/o lugar** también sugiere premeditación y planificación.

e) Ejecutar el delito mediante **precio**, nos indica la profesionalidad del delincuente o el menosprecio a la vida o integridad física, es decir, la frialdad del autor del delito.

- f) Cometer el delito por **motivos racistas** nos aporta un determinado tipo de personalidad antisocial.
- g) Ensañarse aumentando deliberadamente el **sufrimiento de la víctima** nos hace ver la frialdad de ánimo en la ejecución del delito y el uso excesivo de violencia.
- h) **El obrar con abuso de confianza** nos puede mostrar desprecio hacia la víctima, que puede ser su hijo, su padre, un compañero de trabajo...
- i) **Prevalerse del carácter público** puede indicar planificación y abuso de la confianza pública depositada en el delincuente.
- j) Ser **reincidente** puede indicar si el delincuente tiene carrera criminal consolidada.

2.- También es importante valorar las **circunstancias atenuantes** (art. 21 CP): si el delincuente sufre alguna patología, si es consumidor de drogas, si se ha cometido el delito en un estado pasional determinado (sin planificación), el confesar el delito (puede sugerir arrepentimiento) y el reparar los daños causados a la víctima (indica asunción de responsabilidad o querer indemnizar los perjuicios producidos).

Por tanto, las circunstancias modificativas, nos pueden ayudar a perfilar la capacidad criminal y el potencial delictivo de la persona estudiada.

D) También es importante analizar determinados **factores penitenciarios**: número de ingresos en prisión, conducta penitenciaria, sanciones sin cancelar, disfrute de permisos, participación en programas de tratamiento, etc.

E) **De la situación social**. Hay que valorar el medio social del que proviene el penado y al que previsiblemente se reincorporará, así como los recursos sociales con los que cuenta (si podrá tener un puesto de trabajo, si va a realizar algún tipo de formación académica, laboral...). Se trata de estudiar los factores sociales que pueden ser favorables para el buen éxito del tratamiento y los desfavorables que pueden dar lugar a reincidencia en el delito.

F) Dentro de la carrera criminal debe tenerse en cuenta **la duración de las penas**. Como ya hemos visto anteriormente, la duración de las penas era un factor muy importante a la hora de proceder a la clasificación penitenciaria, pero como dice **Manzanares Samaniego**¹⁴⁵: *“La referencia a la duración de las penas en el art. 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria ha de entenderse como un dato más de interés para conocer la posición del reo en el terreno de la resocialización, pero no puede ser privilegiada frente a las conclusiones obtenidas conjugando los demás factores disponibles”*. Pero tras la LO 7/2003 de 30 de junio, se ha convertido en un requisito determinante para la clasificación en tercer grado (art. 36.2 u 78.3.a CP).

La clasificación penitenciaria no se basa exclusivamente en la personalidad del penado, sino sobre el conjunto de la personalidad y duración de la pena. Por ello el

145. “El cumplimiento íntegro de las penas”. Actualidad Penal n.º 7. 10-2-2003. Pág. 12

artículo 63 de la LOGP establece: “*La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena...*”. Esta misma idea es desarrollada en sede reglamentaria en el art. 102.2 del RP. Como consecuencia de la LO 7/03, de 30 de junio, en nuestro sistema penitenciario aumenta el peso la *finalidad retributiva de la pena*, es decir, se potencia la prevención general de las penas sobre la especial. En el mismo sentido **Cervelló Donderis**¹⁴⁶ entiende que se da prioridad a la retribución y a la prevención general positiva sobre la prevención especial del art. 25.2 CE.

Si bien la duración de la pena ya había perdido la importancia que tenía en el sistema progresivo debía tenerse en cuenta la misma como una variable más a la hora de la clasificación, que era valorada de forma ponderada con los demás elementos. Así pues, se analizaba el *binomio* personalidad criminal-duración de la pena¹⁴⁷. Pero actualmente, en muchos casos, la duración de la pena va a ser *decisoria*, tras la reforma de los artículos. 36.2, 76 y 78 del Código Penal por la LO 7/2003, de 30 de junio. Por tanto, hay penados que quizá podrían ser clasificadas inicialmente en tercer grado y no lo son precisamente por la duración de su pena, convirtiéndose ésta en una variable *correctiva* de la clasificación penitenciaria, si bien también se dejan algunas posibilidades para paliar esta exigencia temporal, por ejemplo el citado artículo 36.2 CP que permite eximir del cumplimiento de la mitad de la condena (*período de seguridad*) cuando se den determinados requisitos, cosa que nos parece acertada al dejar abierta una *puerta abierta* para determinados tipos de delincuentes reinsertados o reinsertables. O también la posibilidad de vuelta al sistema general de cumplimiento de aquellos penados a quienes se les haya aplicado el art. 78 CP. Ambas posibilidades están vetadas para los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

El CGPJ en su informe al Anteproyecto de la LO 7/2003 resaltó: “La duración de la pena es elemento a tener en cuenta para la clasificación del penado según el vigente artículo 63 de la LOGP. Si bien la duración de la pena perdió la importancia que tenía en el sistema progresivo, constituye un elemento a ponderar junto con las demás variables dependientes de la personalidad del autor. En la medida en que el art. 36.2 en la forma que se regula en el Anteproyecto supone *dar prioridad a la duración de la pena en la clasificación en caso de delitos graves...*”. Y por tanto, como hemos visto, la prevención general en estos casos se impone sobre la especial.

7. Criterios específicos de cada grado

7.1. Primer grado

El análisis de las normas que regulan el modelo de internamiento en un establecimiento de régimen cerrado es una de las claves para conocer el grado de adaptación del orden legal a las exigencias de un Estado Social y Democrático de

146. “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. Valencia. 2004. Pág. 1

147. Manzanares Samaniego. “Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria”. Madrid. 1986. Pág. 1046

Derecho. La gravedad de este internamiento por la incidencia en la esfera íntima de la persona y por las secuelas de prisionalización que produce, justifica sobradamente un particular interés por revestir de las mayores garantías todo el proceso. Si ello es así hay que lamentar que la actual regulación induzca a confusión sobre cual sea la genuina naturaleza jurídica del primer grado en el sistema de individualización científica.

La correlación entre grado de clasificación del sistema de individualización y régimen del establecimiento, dejando a salvo el de libertad condicional, no presenta mayores inconvenientes en lo que respecta al segundo y tercer grado que se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y abierto conforme al art 9.1 LOGP. Tal correlación se trunca cuando la normativa se refiere al primer grado. Para **Tamarit Sumalla** resulta inquietante contrastar la regulación de estas causas de acceso con las normas que rigen el tratamiento penitenciario, pues el art. 10 LOGP introduce criterios referidos al régimen o al orden del establecimiento que lo alejan del concepto de tratamiento penitenciario. Y por tanto, el problema radica en que las exigencias del régimen y las del tratamiento no siempre son compatibles sino que en cada caso opera su propia lógica, a pesar del genérico mandato de coordinación contenido en el art. 71.2 LOGP¹⁴⁸. Es acertada la opinión de este autor de la dificultad de mezclar el régimen con el tratamiento a la hora de la clasificación. El tratamiento de los clasificados en primer grado debe estar dirigido, además de aprender a vivir en libertad sin delinquir, a llevar una convivencia normalizada y adaptada en régimen ordinario.

Por tanto, parece como si en definitiva tales establecimientos o departamentos se desgajaran del esquema general de clasificación y tratamiento para convertirse en centros dedicados exclusivamente a satisfacer las exigencias del *binomio peligrosidad- inadaptación*.

La *peligrosidad extrema* es un concepto jurídico muy difícil de determinar porque conlleva un pronóstico de futuro que se hace a partir de datos ocurridos en el pasado, como pueden ser la gravedad del delito cometido y las circunstancias personales del autor (peligrosidad criminal) o la gravedad de las conductas convivenciales dentro de la cárcel (peligrosidad para la convivencia en prisión)¹⁴⁹. Aún así la peligrosidad no deja de ser un concepto de riesgo abstracto, y para tratar de clarificar este concepto el RP en el art. 102.5 establece que se debe valorar la peligrosidad en base al delito cometido, a la personalidad del autor y a la comisión de determinados hechos en prisión.

Para **Rodríguez Alonso** el término *inadaptación* puede resultar ambiguo si no se fundamenta en hechos objetivos y graves que ponga de manifiesto, de forma fehaciente y contrastable, que el sujeto en cuestión es incapaz de desenvolverse en un régimen de convivencia ordenada¹⁵⁰. Por lo que cual la *manifiesta inadaptación* a otros regímenes de vida debe entenderse como la reiterada comisión de faltas disci-

148. "Curso de Derecho Penitenciario". Barcelona. 1996. Pág. 210

149. Berdugo Gómez de la Torre/ Zúñiga Rodríguez/ Fernández García/ Pérez Cepeda/ Sanz Mulas. "Manual de Derecho Penitenciario". Madrid. 2001. Pág. 325

150. "Lecciones de Derecho Penitenciario". Granada. 1997. Pág. 177

plinarias graves o muy graves que demuestren serias dificultades de adaptación a las reglas de convivencia del segundo grado. Según **Cervelló Donderis**¹⁵¹ la inadaptación para la aplicación del primer grado debe ser grave y permanente. Está claro que esta inadaptación no debe ser motivada por anomalías o deficiencias psíquicas que aconsejen su traslado al centro especial correspondiente.

El art. 72.2 LOGP establece que los clasificados en primer grado serán destinados a establecimientos de régimen cerrado conforme a las normas del art. 10 LOGP, el cual dispone que, al margen de los establecimientos de cumplimiento de régimen ordinario y de régimen abierto, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que del estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al Centro especial correspondiente.

Por todo lo expuesto, es conveniente referirse a cual fue el origen de este precepto y su posterior evolución para entender la situación actual.

En el momento de elaboración de la LOGP como en la actualidad la existencia de este régimen de cumplimiento constituía una “*amarga necesidad*” ante las gravísimas conductas que un grupo de internos tan reducido como violento, plenamente imbuidos en la subcultura carcelaria e incapacitados para una normal convivencia, llevaban a cabo con cierta frecuencia en los establecimientos: amotinándose, incendiando y destruyendo instalaciones, cometiendo graves delitos contra otros internos, funcionarios, etc. En la tramitación parlamentaria del Proyecto de LOGP se presentaron cinco enmiendas, tres del Partido Socialista y dos del Grupo Comunista que versaban sobre las garantías materiales y jurisdiccionales de esta figura. Respecto de las materiales se pretendía corregir la posible subjetividad en la estimación de la peligrosidad y la inadaptación con criterios objetivamente comprobables y así se proponía la aplicación en base a la comisión repetida de faltas muy graves. La propuesta no prosperó y en cambio se introdujo la exigencia de “*causas objetivas en resolución motivada*”.

Tales propuestas y contrapropuestas reflejan una tensión cuyo origen último está en la propia esencia del derecho penitenciario: las exigencias de las metas resocializadoras frente a la dinámica represiva inherente a la ejecución de la pena. Así, aunque en principio parece que el régimen cerrado se inscribe en el ámbito del sistema de individualización científica, la regulación legal introducía determinados elementos que lo alejaban de aquel y lo inscribía en un ámbito represivo.

El RP de 1981 siguió por esa línea, así el art. 43 (dentro del Título relativo al Régimen y muy apartado del relativo al Tratamiento y la clasificación) desarrolló la LOGP convirtiendo lo que antes eran penados *calificados de*, por penados *clasificados en primer grado por* peligrosidad e inadaptación, enumerando una serie de criterios objetivos que integrasen esos conceptos legales. En realidad lo que ocurría no es que se estableciesen unos criterios especiales para la clasificación en primer grado

151. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 122

con vistas al tratamiento -apartándose de los recogidos con carácter general en el art. 63 LOGP- sino que se regresaba a la simple calificación por una peligrosidad e inadaptación conectada más con la seguridad y el orden que con las posibilidades de reinserción social. Apoya esta afirmación la redacción del último apartado del art 10 de la LOGP conforme al cual la permanencia en régimen cerrado se extenderá en el tiempo hasta en tanto en cuanto desaparecieran o disminuyeran las razones o circunstancias que determinaron el ingreso, sin mención alguna a la progresión en el tratamiento o evolución de la personalidad del art. 65.1 LOGP.

Conscientes de la tensión que anidaba en la materia el RP trató de arreglarlo regulando formalmente dos modelos de regímenes cerrados en los arts. 46 y 47. Por una parte, los establecimientos cerrados de régimen común a donde eran trasladados los internos procedentes de una de una clasificación terapéutica negativa en base a criterios de personalidad y necesidades de tratamiento, y los establecimientos cerrados de régimen especial o departamentos especiales, a donde llegaban los internos seleccionados conforme a lo previsto en el art. 10 LOGP. En definitiva había que entender que existían dos formas de acceder al primer grado:

- Por calificación del penado conforme a los criterios de peligrosidad e inadaptación del art. 10 de la LOGP. Se trataría de un internamiento preventivo, ni represivo ni terapéutico, una medida de seguridad específica porque se toma en consideración de un peligro concreto, y provisional porque dura el tiempo estrictamente necesario para resolver la peligrosidad y la inadaptación.
- Por una valoración técnica desfavorable, primaria (clasificación inicial) o secundaria (revisión de grado) realizada sobre la base de los criterios legales de clasificación y que tiene como objetivo someter al penado a un régimen de mayor control como medio para progresar en la evolución terapéutica.

Desde esta perspectiva el art. 10 LOGP cabría interpretarlo como complemento al sistema de individualización científica permitiendo excepcionalmente llegar al régimen cerrado por simples exigencias regiminales y de seguridad. Dada la correspondencia entre regímenes y grados se opta por clasificar a estos sujetos también en primer grado.

Esta interpretación fue sostenida en un primer momento por la Dirección General II.PP. Así se fundamentaba una clasificación en primer grado de un interno con un objetivo buen comportamiento afirmando que so pena de conculcar la esencia misma del sistema de individualización la clasificación en primer grado es posible, además de los casos en que así proceda en el marco del tratamiento, en aquellos otros en que la peligrosidad e inadaptación manifiesta lo hagan aconsejable, siendo la regulación de tales factores complementaria a las normas del Título III de la Ley. Sin embargo, los Jueces de Vigilancia confirmaron que cualquier nueva clasificación vendrá determinada por la evolución del tratamiento a partir de aquella y, especialmente, su regresión a primer grado procederá cuando en relación al tratamiento se aprecie una evolución desfavorable de su personalidad conforme al art. 65 de la Ley. Estamos en un sistema de individualización científica y no se pueden eludir ciertos conceptos básicos como personalidad y su evolución, capacidad criminal, inadaptabilidad social, en fin, un conjunto de valoraciones psicosociales y criminológicas de forma que se

puede clasificar en primer grado aun sin concurrir los factores del art. 43 del RP de 1981, y no clasificar en primer grado aún concurriendo.

El panorama se enturbió más si cabe en la Reforma del Real Decreto 787/1984, de 26 de marzo:

- De una parte, se establecía que a los establecimientos de régimen cerrado o departamentos especiales sólo podían ir destinados los internos clasificados en primer grado y a continuación se concretaba que dicha *clasificación sólo* podía ser aplicada a penados calificados de peligrosidad e inadaptación.
- De otra parte y a instancias del CGPJ. se suprimió el art. 47 del RP. (relativo a Departamentos Especiales) porque se entendía que el establecimiento cerrado común ya estaba en el máximo de limitación y no podía en consecuencia regularse dos modelos de régimen cerrado. El RP no tiene otra opción que identificar ambos modelos y confundir definitivamente en una la doble institución de forma que para los penados no existía más vía de acceso al régimen cerrado que la del art. 43 del RP del 81.

A partir de aquí en su aplicación práctica tanto por la Dirección General de II.PP. como los Jueces de Vigilancia conociendo de los recursos han tendido a identificar la clasificación en primer grado con la peligrosidad y la inadaptación, e incluso sólo han admitido la apreciación de estas calificaciones cuando los factores objetivos quedaban contrastados en conductas incardinables en el ámbito disciplinario. Así pues, sólo cuando al interno no se le puede reconducir por la normal vía disciplinaria se acudiría al régimen cerrado como medida más permanente. Lo que fundamenta una clasificación en primer grado se concreta en:

- Disuadir al penado de lo improductivo e infructífero de actitudes refractarias al régimen.
- Demostrarle la realidad penitenciaria de su vida durante un período de tiempo.
- Demostrarle la necesidad de que colabore para lograr al menos los niveles mínimos e imprescindibles de adaptación que permitan una convivencia pacífica dentro de la prisión.

La STC de 8 de julio de 1996 ha apoyado este planteamiento. En el recurso se alegaba entre otras cuestiones, que el régimen de vida del primer grado vulneraba el art. 25.2. de la Constitución. El Tribunal Constitucional rechaza el argumento afirmando que: "este principio (el de resocialización) no genera un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rija exclusivamente por el mismo, con independencia del también fin primordial de las Instituciones Penitenciarias de *retención y custodia* de detenidos, presos y penados que comporta *garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del Centro*. Este último objetivo es el que expresamente persiguen las restricciones a las que se atribuye su nula orientación hacia la reeducación, con patente desconocimiento de la carencia de exclusividad de este fin en la ejecución de la pena privativa de libertad".

No obstante la radicalidad de esta postura el Defensor del Pueblo en sus informes anuales ha defendiendo que siendo incuestionable que a través del régimen cerrado la Administración cumple con su deber de custodia y de velar por la vida e integridad

física de los reclusos y funcionarios también lo es que la adopción de este régimen más severo no puede anular el principio constitucional de resocialización¹⁵².

El RP de 1996 introdujo cambios sustanciales en esta materia pero sigue manteniendo la clasificación en primer grado fuera del ámbito de la individualización científica. Por lo menos con el RP de 1981 (reformado en 1984) podía sostenerse doctrinalmente la vigencia de la doble vía de acceso al regularse en Títulos distintos los criterios de peligrosidad e inadaptación (dentro del Régimen) y los criterios ordinarios de clasificación conforme al sistema de individualización (dentro del Tratamiento). El RP. de 1996, en base a una de las razones que inspiran la reforma -sistematizar adecuadamente las disposiciones- ubica en el mismo artículo- el 102 los criterios y variables de clasificación: tras regular los motivos para una clasificación en segundo y tercer grado, en el apartado quinto regula los referidos al primer grado estableciendo que se clasificarán en primer grado los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de factores tales como:

- a) Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial.
- b) Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.
- c) Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas.
- d) Participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas o coacciones.
- e) Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves de manera reiterada y sostenida en el tiempo.
- f) Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad de notoria importancia, que haga presumir su destino al tráfico.

Aunque la enumeración sigue siendo abierta, han variado los factores respecto al Reglamento del 81 tanto porque se han añadido algunos nuevos como por el cambio de redacción de otros. Así podemos analizar:

- El primer factor no aparecía expresamente en la redacción del 81 aunque se puede relacionar con el anterior relativo a número y cuantía de condenas y penas graves en período inicial de cumplimiento. Dicho factor de la redacción del 81 había sido muy criticado tanto por su dudosa constitucionalidad como por suponer revivir el antiguo sistema progresivo. Entendemos que además de tener el tipo de personalidad descrita debe mostrar inadaptación al régimen ordinario,

152. Defensor del Pueblo. "Informes, estudios y documentos". Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos. 1988-1996. Madrid. 1997. Pág. 249-252

puesto que si su comportamiento no es inadecuado no tiene porque estar clasificado en primer grado. Por tanto el criterio de la peligrosidad se puede apreciar en base a la gravedad los delitos cometidos y a la personalidad del interno, pero todo ello relacionado con su conducta penitenciaria. Por tanto, además de la comisión delitos cometidos, es necesario que un estudio del Equipo Técnico acredite que el interno presente rasgos o características, de los cuales se pueda deducir un pronóstico de conflicto contra la convivencia adecuada dentro de una cárcel para la consecución del tratamiento¹⁵³.

- El segundo factor no tiene referencia en el Reglamento del 81 y resulta de difícil interpretación dado que la comisión de tales actos constituyen en puridad delitos y en tal sentido entrarían a valorarse conforme al párrafo a). El legislador sólo ha detallado aquellos delitos que considera más graves por atentar a bienes jurídicos más importantes¹⁵⁴. También pudiera ser que con el mismo se pretenda dar respuesta a los hechos cometidos en prisión de esta naturaleza motivando la regresión con independencia del curso del proceso judicial. Si es así la redacción podría haberlo dejado más claro, pues podría chocar con el principio de presunción de inocencia si no hay sentencia firme.
- El tercer factor se recogía en el RP de 1981 pero ahora se matiza (siguiendo el criterio sostenido en las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria) añadiendo la necesidad de demostrar signos inequívocos de abandono de dichas organizaciones. Es un supuesto controvertido pues tan sólo este criterio es prácticamente automático para clasificar al interno en primer grado sin diferenciar la importancia dentro de la organización criminal, por lo tanto puede ser clasificado en este grado el que solamente colabora o encubre o da refugio a un terrorista sin tener personalidad violenta ni inadecuada. Entiendo que hay que matizar la expresión reglamentaria pues no todo interno condenado por este tipo de delitos debe ser clasificado en primer grado y cumplir la condena así hasta el final mientras no demuestre aquellos signos. Antes al contrario, de lo que debe tratarse es de someter al régimen cerrado a aquellos internos de organizaciones delictivas o bandas armadas que aún estando en prisión mantengan digamos una conducta activa dentro de la misma y que por ello necesitan ser controlados rigurosamente (v.g. jefe de organización mafiosa que desde la prisión sigue controlando sus negocios criminales etc...). Frente al supuesto descrito está el del interno que muestra una normal adaptación a la vida en prisión al tiempo que mantiene sus ideas y su vinculación formal al grupo sin constituir un peligro para la seguridad y el orden que no se pueda garantizar por otros medios (v.g. control de las comunicaciones). Por último, si el interno manifiesta signos inequívocos de abandono de la organización lo que procedería sería estudiar una posible progresión a tercer grado (si las exigencias de retribución y prevención general lo permiten) pues precisamente ha evolucionado la personalidad en relación con la actividad delictiva hasta el punto de poder pronosticar una no reincidencia, más ahora tras la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, deberá haber cumplido

153. Ríos Martín, J. C. "Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel". Madrid. 1998

154. Berdugo Gómez de la Torre/ Zúñiga Rodríguez/ Fernández García/ Pérez Cepeda/ Sanz Mulas. "Manual de Derecho Penitenciario". Madrid. 2001. Pág. 326

los plazos establecidos en el art. 78 CP en caso de concurso real de delitos. Como dice **Zúñiga Rodríguez**, este supuesto constituye uno de los exponentes de la legislación excepcional que corresponde a la política criminal antiterrorista, de dudosa legalidad constitucional y también de incierta eficacia¹⁵⁵. Por otro lado, es difícil llegar a saber si un interno de este tipo de criminalidad se *ha sustraído* de su organización salvo que lo manifieste con requisitos objetivos: arrepentimiento, pedir perdón o colaboración con la justicia como exige el art. 72.6 LOGP tras la reforma de la LO 7/2003 para acceder al tercer grado y la libertad condicional. Por tanto, si estos no se cumplen el interno podrá estar en primer grado, pero parece contradictorio, es como si este tipo de penado sólo pudiera estar en primer o tercer grado, puesto que no se regula nada sobre ellos en el segundo grado. No cabe duda que también pueden ser clasificados en segundo grado como período intermedio entre esas muestras de arrepentimiento y colaboración con la justicia hasta que cumpla los plazos temporales ordenados en el art. 78 CP para acceder al tercer grado y la libertad condicional.

- El cuarto factor ya se recogía en el Reglamento de 1981 aunque ahora se ha variado y exige que haya sanciones firmes por la comisión de faltas muy graves que reflejen la participación relevante en esas acciones. La calificación de la participación en tales alteraciones de evidente (ya insistía en el término manifiesta de la inadaptación) por el de activa lo que conduce a excluir a los internos que en esas situaciones lo que hacen es dejarse arrastrar por la dinámica de la masa violenta. Por otro lado, aunque se haya suprimido la referencia expresa al distinto grado de participación (autor directo y por inducción) el Reglamento lo corrige en el art. 91.3, es decir, que cabe la aplicación a los inductores que partiendo del concepto penal habrán tenido siempre una participación activa.
- El quinto factor es nuevo y de difícil interpretación pues si excluimos los supuestos del b) factor y el d) darán lugar a las correspondientes sanciones por faltas muy graves o graves nos queda un criterio que precisamente fue el que se rechazó a propósito de la enmienda presentada por el Grupo Socialista en la tramitación parlamentaria del Proyecto de LOGP. A mi juicio esta norma constituye un claro exceso legal y nunca deberá asignarse el primer grado por la concurrencia de este motivo sin más apoyo. Pero deben haber sanciones firmes que acrediten esa inadaptación a los regímenes ordinario y abierto.
- El sexto factor también es nuevo y al igual que el b) y el d) supone extraer del ámbito disciplinario un supuesto que por su especial incidencia en el campo de la seguridad y orden penitenciario, no olvidemos que la droga en prisión constituye uno de los principales problemas con los que se enfrenta la institución penitenciaria porque la subcultura de la droga se mueve en dirección absolutamente opuesta a la meta de resocialización y porque su presencia es origen de auténticas estructuras paralelas de poder dentro de la organización prisional con sus secuelas de corrupción, extorsiones etc...). Pero es un criterio que puede resultar engañoso, pensemos en el caso de un interno que se limita a guardar por

155. Berdugo Gómez de la Torre/ Zúñiga Rodríguez/ Fernández García/ Pérez Cepeda/ Sanz Mulas. "Manual de Derecho Penitenciario". Madrid. 2001. Pág. 326

miedo un arma de fuego o gran cantidad de droga, por tanto habrá que valorar caso por caso. Al menos, deberá haber sanción disciplinaria por posesión de objetos prohibidos para romper la presunción del destino de la sustancia al tráfico, pero sí hay sentencia penal absolutoria de delito contra la salud pública difícilmente se podrá motivar la clasificación en primer grado por este motivo.

En el RP de 1996 desaparece como uno de los factores de clasificación en primer grado la negativa injustificada al cumplimiento de órdenes legales de conducción, asistencia a juicio y diligencias o negativas al cumplimiento de sanciones disciplinarias puesto que puede subsumirse en el apartado e) si se produce de forma reiterada.

Según una parte de la doctrina, a la que me sumo, lo definitivo para una clasificación o regresión a primer grado no es la concurrencia de dichos factores en el sentido de que si se presentan automáticamente debe procederse en tal sentido. Si ello fuera así ningún contenido tiene la intervención del Equipo Técnico que informa preceptivamente las propuestas de asignación de primer grado, bastando el acuerdo del Director (como ocurre por ejemplo para la intervención de correspondencia o la asignación del régimen del 75.1. del RP) o del órgano colegiado correspondiente. Estimo que son necesarios juicios técnicos, de evolución de la personalidad, sobre la peligrosidad y sobre la conducta global o grado de inadaptación junto a la constatación exterior de los hechos que lo pongan de manifiesto pues ésta será la única manera de que el control judicial de esta medida sea efectivo.

En este sentido además cabe afirmar que la actuación penitenciaria sobre los sometidos a este régimen no debe tener una pura orientación custodial y de seguridad. Al contrario, partiendo del estudio de la personalidad del sujeto, se deben articular las medidas tratamentales precisas que conduzcan a la superación por parte del interno de aquellos déficits relacionados con su incapacidad para adaptarse a la normal convivencia, así lo recogió el informe del Defensor del Pueblo 1986-1996.

Algunos de los conflictos planteados con motivo de la aplicación de las Circulares de la DGIIPP han llegado al Tribunal Constitucional:

- STC de 3 de junio de 1987 sobre derecho a la intimidad personal y familiar. Prohibición de comunicaciones vis a vis a internos de art.10 LOGP.
- STC de 8 de julio de 1996 sobre restricciones regimentales en régimen cerrado.

Esta última sentencia tiene además un interesantísimo voto particular de uno de los Magistrados del TC, **Viver Pi-Sunyer**, al que se adhirió **Vives Antón**, en el que se argumenta que el principio de legalidad en la ejecución de las penas privativas de libertad exige que las limitaciones que comporta la aplicación del régimen cerrado deben contenerse en una norma con rango de ley orgánica y no en simples normas de carácter reglamentario o de inferior rango.

La Administración Penitenciaria ha tenido siempre el propósito, expresado en las Circulares sucesivas, de diferenciar dentro del régimen cerrado dos situaciones a las que cabría aplicar un sistema de vida diferente. Además ha sido consciente de que ello exigía una norma con rango de ley formal por ello y aprovechando la publicación del Código Penal nuevo se intentó introducir una Disposición adicional referida a una reforma parcial de la LOGP sobre diversos aspectos que diese cobertura legal a los

cambios que se pretendían introducir con el RP 1996 cuya entrada en vigor ha sido paralela a la del Código Penal. Uno de esos aspectos era el referido al art. 10 de la LOGP proponiéndose una nueva redacción conforme a la cual se sustituyese la particular disyuntiva “o” por la copulativa “y” entre los términos establecimientos de régimen cerrado y departamentos especiales de forma que al primero serían destinados los internos por motivo de su inadaptación y al segundo por motivo de su peligrosidad, siendo el régimen de estos últimos más restrictivo que el aplicable en los primeros. El CGPJ cuando informó esta Disposición adicional la consideró oportuna por resultar coherente con el sistema de individualización científica y la flexibilidad que dicho principio impone en materia de régimen y tratamiento penitenciarios, recordando que ya fue prevista en la primera redacción de los arts. 46 y 47 del Reglamento de 1981 aunque la reforma parcial del año 1984 las redujera a una al no realizar tal distinción la propia Ley Penitenciaria. Esta última objeción desaparecía con la reforma que se proponía.

En consonancia con ello el nuevo RP 1996 resaltaba en su Exposición de Motivos como una de las principales novedades de la reforma la redefinición del régimen cerrado estableciendo dos modalidades de vida. En ambas se realizan actividades programadas para atender las necesidades de tratamiento e incentivar su adaptación al régimen ordinario y las limitaciones regimentales e incluso severas que las fijadas para el cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda, por entender que el régimen cerrado, aunque contribuye al mantenimiento de la seguridad y del buen orden regimental no tiene naturaleza sancionadora sino que se fundamenta en razones de clasificación penitenciaria. Cuando el Proyecto de Reglamento pasó el informe del CGPJ éste órgano consideró adecuada la reforma porque se ajustaba a la modificación paralela por vía de Ley orgánica del art. 10. Lo que ocurrió fue que la Disposición adicional del Código Penal sobre modificaciones en la LOGP finalmente no se incluyó en el texto del nuevo Código Penal por lo que la reforma reglamentaria se quedó huérfana de apoyo legal siendo problemática su aplicación.

Según **Armenta y Rodríguez Ramírez**¹⁵⁶ cuando afirman que este art. 102.5 RP de 1996 al igual que hacía el art. 43.3 del RP de 1981 sigue dejando una lista abierta al indicar “*factores tales*” en cuanto a los diferentes criterios de aplicación del primer grado. Así pues el art. 102.5 tiene de positivo que establece datos objetivos para la clasificación en primer grado, y de negativo que estos datos pueden ser ampliados de forma discrecional. **Mapelli Caffarena** determina que las circunstancias objetivas, que desarrollan el contenido del art. 10 LOGP, dada la trascendencia práctica que tienen, no se deberían nunca haber regulado reglamentariamente porque al afectar a los derechos de las personas debe de regir el principio de reserva de ley. De forma, que debería interpretarse exclusivamente como criterios orientativos¹⁵⁷.

Nos parece más correcta la interpretación que hace **González Campo**¹⁵⁸ cuando afirma que los factores establecidos en el art. 105.2 RP los podemos calificar de

156. “Reglamento Penitenciario Comentado”. Sevilla. 2001. Pág. 205

157. “Principios fundamentales del sistema penitenciario”. Barcelona. 1983

158. “Clasificación y tratamiento penitenciario”. <http://www.fiscalia.org>. Pág. 20-21

numerus clausus ya que sirven para exceptuar la excepcionalidad del régimen cerrado. Es decir, este régimen excepcional sólo puede ser aplicado por los factores objetivos reguladas en el citado artículo, que según el citado autor se pueden dividir:

- Los relativos a la naturaleza del delito cometido. Comprenderían los de los apartados a) y b).
- Los relacionados con el perfil criminológico del delincuente. Dentro de este tipo estaría el apartado c) (terroristas y/o delincuencia organizada).
- Los relativos a la conducta penitenciaria en prisión. Apartados d), e) y f).

Sólo no compartimos uno de los criterios de esta clasificación puesto que, desde nuestro punto de vista, dentro del perfil criminológico del delincuente se podría incluir también el apartado a) puesto que nos describe que una personalidad agresiva, violenta y antisocial, así pues este apartado, como vemos, afecta tanto a la naturaleza del delito como la personalidad del penado.

Para **Armenta** y **Rodríguez Ramírez**¹⁵⁹ los apartados a) a d) del art. 102.5 RP podrán determinar la clasificación en la modalidad de vida del art. 91.3 (departamento especial por su peligrosidad), y los apartados e) y f) la asignación de la modalidad del art. 91.2 (centro o módulo de régimen cerrado por su inadaptación).

Según el artículo 92.1 del RP: *“La asignación de estas modalidades de vida será acordada por la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, y será autorizada por el Centro Directivo”*.

El acuerdo del Centro Directivo de traslado a este tipo de Establecimiento ha de ser notificado al JVP en el plazo de 72 horas desde su adopción y el mismo plazo se comunica al interno informándole de la posibilidad de recurrir ante el JVP¹⁶⁰. La notificación al JVP aunque se realiza para que *“conozca”* la aplicación del primer grado, está claro que se hace para que valore si es ajustada o no a Derecho dicha clasificación, independientemente de los recursos que interponga el penado; ello se debe a que al ser el primer grado el más restrictivo se entiende que su aplicación debe ser más *“controlada jurisdiccionalmente”*.

La modalidad de vida se revisará en el plazo máximo de tres meses, se notificará al interno y se anotará en su expediente personal (art. 92.3 RP). Si no comporta cambio no ha de remitirse al Centro Directivo.

El art. 90.2 RP establece que en ningún caso puede haber en régimen de vida de primer grado internos con restricciones iguales o mayores que en la sanción de aislamiento para que no se trate de una sanción encubierta.

En la tramitación parlamentaria del art. 10 del Proyecto de LOGP se presentaron entre otras dos enmiendas, una del Partido Socialista y otra del Partido Comunista que incidían en el problema de la extensión del control judicial sobre el destino de los internos -fuesen preventivos o penados- a los establecimientos de régimen cerrado:

159. “Reglamento Penitenciario Comentado”. Sevilla. 2001. Pág. 205

160. Cervelló Donderis, V. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 129

- Los socialistas propugnaban que el destino a dichos establecimientos en el caso de los preventivos se acordara por la Administración no sólo dando cuenta a la autoridad judicial correspondiente sino previa su autorización o en su defecto del JVP.
- Los comunistas propugnaban la supresión de la referencia a la autoridad judicial del apartado 2.º del art. 10 y la introducción de un 4.º apartado conforme al cual la calificación de peligrosidad o de inadaptación debía ser acordada de plano por la autoridad judicial correspondiente en el caso de los preventivos, y por el JVP en el caso de los penados, a propuesta de la Administración y oído el interno; todo ello sin perjuicio de que en casos urgentes la Administración procediera al traslado que debía ser confirmado o revocado por dichas autoridades en el plazo de 24 h siguientes.

Ambas propuestas fueron rechazadas empleando entre otros el argumento de que las garantías de los derechos de los internos estaban expresadas en el art. 76.2. que atribuye al JVP entre otras funciones la del apartado j) “conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado a propuesta del Director”. Esta fórmula desafortunada inducía a confusión sobre el verdadero alcance de las atribuciones jurisdiccionales en la materia: o bien la clasificación en primer grado del penado ó la asignación del art. 10 al preventivo es presupuesto para el pase al régimen cerrado en cuyo caso la intervención del JVP iba a afectar a la actuación administrativa, o bien se estaba admitiendo la posibilidad de asignación a régimen cerrado sin destino a establecimiento de aquella clase que sólo en el caso en que se produjese y al implicar un plus de afflictividad determinaría la intervención del órgano jurisdiccional. Respecto de los preventivos el TC (STC de 8-4-92) interpretó la normativa penitenciaria entonces vigente afirmando que la resolución judicial por la que se ratificaba un acuerdo administrativo de asignación del régimen cerrado a un preventivo no resolvía recurso alguno sino que resolvía en primera instancia, otorgando validez a un acto administrativo que hasta el momento no pasaba de ser una mera propuesta necesitada de respaldo.

Respecto de los penados por el contrario la regulación parecía dar a entender que la comunicación al JVP era a los simples efectos informativos y su intervención jurisdiccional sólo se producirá en su caso vía recurso del interno. Hay que tener en cuenta que respecto de los penados la competencia de clasificación es exclusiva de la Administración Penitenciaria (art. 79 de la LOGP en relación con el 80 del RP 81, ahora art. 31 del RP 1996). De esta forma el art. 76.2 j) y la comunicación prevista al JVP quedan vacías de contenido respecto de un penado; o bien, pueden existir penados clasificados en 1.º que cumplan su condena en un establecimiento de régimen ordinario (lo que se conecta con la posibilidad de una clasificación en primer grado por motivos terapéuticos ajenos a los supuestos de peligrosidad e inadaptación), de tal forma que sólo cuando la Administración lo considere oportuno, como un plus sobre dicha clasificación, se decidiese el paso a régimen cerrado, se sometería la cuestión al JVP. Tal posición parece ser defendida por **García Valdés** quien afirmaba que el régimen cerrado se corresponde “normalmente” con el primer grado de tratamiento respecto de los penados¹⁶¹. La evolución posterior como luego analizaremos ha identifi-

161. García Valdés, C. “Comentarios a la legislación penitenciaria”. Madrid. 1982. Pág. 47

cado clasificación en primer grado y traslado a establecimiento de régimen cerrado por motivos de peligrosidad e inadaptación lo que deja sin resolver el tema debatido.

El R.P. de 1981 tras la reforma del 84 diferenciaba por lo que respecta al control judicial la situación de los preventivos y la de los penados:

Respecto de los preventivos el acuerdo de aplicación del art. 10 de la LOGP y traslado a establecimiento de régimen cerrado, era competencia de la Junta de Régimen (previos los informes del Jefe de Servicios, Equipo Técnico y Médico); una vez notificado al interno éste disponía de un plazo de 48 h. para elevar al JVP las alegaciones y proposiciones de prueba que estimara oportuna. En los tres días siguientes a la adopción del acuerdo se elevaba al JVP certificación literal de mismo acompañado de los informes preceptivos (Equipo de Observación, Médico y Jefe de Servicios) y de los escritos de interno. El JVP debía tomar una resolución: revocación, modificación o ratificación del acuerdo. El acuerdo de la Junta de Régimen era inmediatamente ejecutivo. No obstante si el mismo implicaba el traslado a otro Centro (de régimen cerrado) resultaba necesario esperar a la ratificación del acuerdo por el JVP para que éste fuese ordenado por la DGIIPP (en la línea con la concepción antes mencionada sobre el significado del 76.2 j). A su vez se establecía una excepción a la necesidad de ratificación judicial del acuerdo administrativo para el traslado: por razones de manifiesta urgencia, mediando motín, agresión física con arma u otro objeto peligroso, toma de rehenes o intento de fuga el traslado a que puede dar lugar la aplicación del art.10 LOGP podrá ordenarse por la DGIIPP aunque no se haya pronunciado el JVP. La urgencia será apreciada por la Inspección General Penitenciaria previa comunicación del Director y el traslado se comunicará de inmediato al JVP y a la autoridad judicial de quien dependa.

La revisión de los acuerdos de aplicación del art. 10 LOGP debía realizarse cada 3 meses por la Junta de Régimen una vez recabados nuevos informes de Jefe de Servicios, Equipo Técnico y Médico, previa audiencia del interno.

Esta concepción de las atribuciones administrativas y judiciales en la materia fue objeto de interpretación por la STC de 8 de abril de 1992: la aprobación del pase a régimen cerrado del art. 76.2 j) no era conocimiento de recurso contra acuerdo administrativo, sino resolución en primera instancia sobre la base de propuesta administrativa que no producía ningún efecto jurídico, susceptible de recurso de reforma y apelación. En definitiva, la competencia para la aplicación del régimen cerrado a un preventivo era judicial y no administrativa.

Respecto de los penados el RP establecía que el acuerdo de clasificación o regresión a primer grado de la Dirección General II.PP. a propuesta del Equipo de Tratamiento (art. 80 del RP) se comunicaría al JVP en el plazo de 72 h. en cumplimiento del 76.2 j (art. 43.3). En este caso ya no hay trámite de alegaciones y proposición de pruebas al JVP en el plazo de 48 h. Parece como si el precepto se atuviese al sentido usual de la palabra “conocer” como llegar a saber, y por lo tanto el acto administrativo se ejecutaba sin necesidad de ulterior resolución del JVP. No obstante ello los Jueces de Vigilancia vienen reiteradamente manteniendo en sus Reuniones que la palabra “conocer” tiene un sentido procesal característico que incluye facultades de resolución sobre el fondo del asunto, no pudiendo escapar a la judicialización tan trascendente aspecto de la actividad penitenciaria. Tal concepción sin embargo choca frontalmente con el contenido de otros preceptos legales (art. 79 LOGP) y

reglamentarios (art. 80 RP 81 y 31 del RP 1996), por lo que en la práctica el control del pase a un establecimiento de régimen cerrado por clasificación en 1.º grado de un penado en base a los criterios legales de peligrosidad e inadaptación se produce vía recurso del interno contra el acto administrativo.

El art. 95 RP detalla como debe realizarse el traslado del interno clasificado en primer grado. El traslado de un penado desde un Establecimiento de régimen ordinario o abierto a un Establecimiento de régimen cerrado o a uno de los departamentos especiales competará al a la Dirección General II.PP. mediante resolución motivada, previa propuesta razonada de la Junta de Tratamiento. De este acuerdo se dará conocimiento al JVP dentro de las setenta y dos horas siguientes a su adopción. En el mismo plazo se notificará al penado dicha resolución, mediante entrega de copia de la misma, con expresión del recurso que puede interponer ante el JVP, conforme a lo dispuesto en el artículo 76.2 f) de la LOGP. En caso de motín, agresión física con arma u objeto peligroso, toma de rehenes o intento violento de evasión, el traslado del penado a un Establecimiento de régimen cerrado podrá acordarse por la DGIIPP, aunque no se haya producido resolución clasificatoria en primer grado, que, en todo caso, deberá efectuarse dentro de los catorce días siguientes, dando cuenta inmediatamente del traslado al JVP.

En las reuniones de los Jueces de Vigilancia se ha demandado respecto al primer grado:

- La necesidad de motivar las resoluciones de la Administración Penitenciaria sobre acuerdos clasificatorios, especialmente los de primer grado.
- Valoración equilibrada y conjunta, nunca aislada, de las diferentes variables intervinientes en el proceso clasificatorio.

Además de las garantías jurisdiccionales la LOGP contempla otro tipo de garantías más propiamente administrativas. Así en el art. 65. *in fine* establece que: “cuando un mismo Equipo reitere la calificación de primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga en la Central de Observación. El mismo derecho le corresponderá cuando encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad de la condena.”. El RP lo reitera en su art. 105.3. aunque ahora convirtiendo la “calificación” por “clasificación”. La Central Penitenciaria de Observación es actualmente un órgano administrativo con sede en los servicios centrales, anteriormente era un Establecimiento Penitenciario, en donde actúa un grupo de especialistas integrados en Equipos Técnicos (Juristas, Psicólogos, Pedagogos y Sociólogos) al que se supone una mejor dotación técnica a fin de poder realizar, entre otras funciones, con mayor garantía de acierto la labor de los órganos periféricos : estudiar al interno y proponer la asignación de grado que es resuelta por la DGIIPP. Para ello se desplaza a los centros penitenciarios para realizar el estudio de los internos. Sin embargo, no siempre será la Central de Observación quien asuma esa función de doble instancia administrativa por cuanto también pueden quedar habilitadas temporalmente las Juntas de Tratamiento de otros Establecimientos Penitenciarios especialmente cualificadas dadas las características de los internos a estudiar y, bajo la exigencia de existir un elevado número de internos en espera de ser estudiados por la Central, lógicamente al menos en estos casos deberá respetarse que no se trate de la misma Junta que realizó las revisiones que se someten a control.

7.1.1. Departamentos cerrados

Ordena el art. 91.2 RP: “Serán destinados a Centros o módulos de régimen cerrado aquellos penados clasificados en primer grado que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes”. Normalmente son internos que han cometido reiteradamente faltas muy graves y graves.

La modalidad de vida en Centros o módulos de régimen cerrado está regulada en el ar. 94 RP, que establece que los internos disfrutarán, como mínimo, de cuatro horas diarias de vida en común. Este horario podrá aumentarse hasta tres horas más para la realización de actividades previamente programadas. El número de internos que, de forma conjunta, podrán realizar actividades en grupo, será establecido por el Consejo de Dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento, con un mínimo de cinco internos. La Junta de Tratamiento programará detalladamente las distintas actividades culturales, deportivas, recreativas o formativas, laborales u ocupacionales que, se someterán a la aprobación del Consejo de Dirección. Estos programas se remitirán al Centro Directivo para su autorización y seguimiento.

7.1.2. Departamentos especiales

El art. 10 LOGP junto a los Establecimientos de régimen cerrado menciona los departamentos especiales que fueron desarrollados en el art. 47 RP de 1981 que establecía dos tipos de regímenes cerrados (común y especial) hasta la reforma del Real Decreto 787/1984 de 26 de marzo, que suprimió el especial. Con posterioridad la DGIIPP dictó circulares, como la de 21 de julio de 1992, que regularon los ficheros de internos de especial seguimiento (FIES), que produjeron gran inquietud doctrinal no sólo porque permitían graves restricciones de derechos sin ningún apoyo legislativo, sino fundamentalmente porque confundían criterios de clasificación con criterios de control de datos de ciertos grupos de internos¹⁶².

La Circular de 2 de agosto de 1991 sobre “Normas comunes tipo para internos clasificados en primer grado de tratamiento penitenciario con aplicación del art. 10 LOGP” establecía la primera y la segunda fase dentro del primer grado. Esta circular desarrollaba el primer grado más allá de lo que establecían la LOGP y el RP, con lo cual se estaba creando un nuevo grado de clasificación fuera de la cobertura legal necesaria y en todo caso una cárcel dentro de la cárcel¹⁶³. Una nueva Circular de 2 de octubre de 1991 endureció el régimen de vida de primer grado, con lo cual la salida al patio podía quedar reducida a una hora de paseo en solitario. La STC de 15 de septiembre de 1994 declaró la ilegalidad de algunas de las medidas de las citadas circulares, para paliar esta situación se elaboró la Circular de 28 de febrero de 1995 que actualizó las normas de los departamentos especiales y de régimen cerrado que denominó *modalidad A* y *modalidad B* respectivamente. Esta circular regulaba el fichero FIES en el que se incluyen datos procesales, penales y penitenciarios de internos de especial seguimiento por ser conflictivos, peligrosos, narcotraficantes, terroristas, miembros pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, etc.; pero la inclusión en el mismo no debe suponer ningún tipo de perjuicio para su clasificación penitenciaria.

162. Cervelló Donderis, V. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 130

163. Cervelló Donderis, V. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 135

Posteriormente el RP de 1996 reguló las dos modalidades de vida en el art. 91, y para no incurrir en ilegalidad se utilizaron los mismos términos del art. 10 LOGP, bajo la denominación de modalidades de vida en función del marco físico donde aquél tenga lugar¹⁶⁴. Posteriormente, la Inst. 21/96 de 16 de diciembre estableció las normas que regulan ambos tipos de vida en régimen cerrado y las nuevas normas del fichero FIES. Aunque no se trata de una clasificación se sigue denunciando la improcedencia e ilegalidad¹⁶⁵ del mismo por entenderse que supone un *régimen encubierto* ya que da lugar a un endurecimiento del régimen cerrado, sin la preceptiva autorización legal pues la LOGP sólo habla de cuatro grados, y sin la debida autorización judicial. Es cierto que ni la LOGP ni el RP regulan este tipo de ficheros y que sería necesaria su inclusión en estas normas.

El art. 91 RP en su apartado tercero establece: “*Serán destinados a departamentos especiales aquellos penados clasificados en primer grado que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, Autoridades, otros internos o personas ajenas a la Institución, tanto dentro como fuera de los Establecimientos y en las que se evidencie una peligrosidad extrema*”.

La modalidad de vida en departamentos especiales, regulada en el artículo 93 del RP, que establece que los internos disfrutarán, como mínimo, de tres horas diarias de salida al patio. Este número podrá ampliarse hasta tres horas más para la realización de actividades programadas. Diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos. En las salidas al patio no podrán permanecer, en ningún caso, más de dos internos juntos. Este número podrá aumentarse hasta un máximo de cinco para la ejecución de actividades programadas.

Según el citado artículo para estos departamentos especiales se diseñará un modelo de intervención y programas genéricos de tratamiento ajustados a las necesidades regimentales, que estarán orientados a lograr la progresiva adaptación del interno a la vida en régimen ordinario, así como a la incentivación de aquellos factores positivos de la conducta que puedan servir de aliciente para la reintegración y reinserción social del interno, designándose el personal necesario a tal fin.

Las normas de régimen interior elaboradas por el Consejo de Dirección y los programas de tratamiento serán remitidas al Centro Directivo para su modificación o aprobación.

Establece el artículo 92.2 del RP que procederá, en todo caso, la propuesta de reasignación de la modalidad en el sistema de vida de los penados destinados en departamentos especiales que muestren una evolución positiva, ponderando, entre otros, *factores* tales como:

- a) El interés por la participación y colaboración en las actividades programadas.
- b) La cancelación de sanciones o la ausencia de las mismas durante períodos prolongados de tiempo.
- c) Una adecuada relación con los demás.

164. Rodríguez Alonso, A. “Lecciones de Derecho Penitenciario”. Granada. 1997. Pág. 178

165. Ríos Martín, J. C. “Los ficheros de internos de especial seguimiento”. Cuadernos de Derecho Penitenciario. Colegio de Abogados de Madrid n.º 3 y del mismo autor “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel”. Madrid. 2004. Pág. 236 y ss.

Como ya hemos indicado, el tratamiento en primer grado tiene como objetivo principal conseguir la adaptación del penado al régimen ordinario pero está claro que para los que están en la modalidad de departamentos especiales es prioritaria una buena evolución penitenciaria en estos departamentos que acrediten una posible futura progresión a segundo grado.

Además de las normas contenidas en el Reglamento Penitenciario aplicables en los centros o departamentos de régimen cerrado o departamentos especiales, se han de tener en cuenta las establecidas en la Instrucción 21/96, de 16 de diciembre de 1996, sobre régimen y seguridad.

Como dice **Cervelló Donderis**, estos departamentos como cualquiera de régimen cerrado o de máxima seguridad presentan graves problemas de legitimidad al chocar abiertamente con la finalidad resocializadora, si a eso se suma la ausencia de limitación temporal de permanencia en estos centros¹⁶⁶. En el mismo sentido se pronuncian numerosos autores manifestando que los internos sometidos al régimen cerrado, y sobre todo los que se encuentran dentro de los departamentos especiales, presentan serias limitaciones en sus derechos fundamentales, aún mayores que las normales de la privación de libertad. Por eso, al igual que la sanción de aislamiento en celda, se habla de una “cárcel dentro de la cárcel” o de un “internamiento dentro del internamiento”. Por todo ello, en la clasificación en primer grado deben primar, como cuando se impone una sanción disciplinaria y con mayor razón todavía por la duración ilimitada, los principios¹⁶⁷ de:

- *Excepcionalidad*, porque se trata de una opción extrema.
- *Oportunidad*, sólo se aplicará si es conveniente para el tratamiento individualizado.
- *Adecuación*, por la necesidad ante el fracaso de otros regímenes de vida.
- *Proporcionalidad*, sólo se debe aplicar en consideración a unos motivos objetivos y con una duración limitada hasta que cesen aquéllos.

El propio art. 90.2 RP establece la prohibición absoluta de un régimen de vida para los clasificados en primer grado con iguales o mayores limitaciones que las establecidas para el cumplimiento de las sanciones de aislamiento en celda.

En la XII reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en Enero de 2003 se acordó respecto al régimen de los clasificados en primer grado que:

“El régimen cerrado debe diferenciarse claramente del aislamiento en celda, por cuanto no constituye una sanción permanente, y el artículo 10 de LOGP debe aplicarse restrictivamente por su carácter excepcional. (...) Se debe realizar un programa específico para los internos de primer grado a efectos de realizar actividades ocupacionales y creativas con un horario mínimo y una participación superior a los dos internos. Igualmente se propondrá que los funcionarios penitenciarios que trabajen habitualmente en los módulos de primer grado reciban una formación específica”.

166. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 132

167. Berdugo Gómez de la Torre/ Zúñiga Rodríguez/ Fernández García/ Pérez Cepeda/ Sanz Mulas. “Manual de Derecho Penitenciario”. Madrid. 2001. Pág. 328

Aquí hemos de manifestar la falta de programas específicos para internos clasificados en primer grado y también la falta de formación adecuada para los funcionarios que prestan servicio en departamentos cerrados. Por tanto, podemos decir que los internos clasificados en primer grado son el gran olvido de la Administración Penitenciaria; considerados de especial peligrosidad y de carácter violento con una marcada inadaptación, no suelen ser incluidos en ningún tipo de actividad formativa u ocupacional, lo que produce un efecto negativo, potenciando el aislamiento del interno (*círculo vicioso*) del que no encuentran la forma fácil de salir de él.

El tratamiento de en este grado debe intentar conseguir con programas específicos que se ofrezcan a este tipo de internos la posibilidad de integrarse y de adaptarse a la vida penitenciaria de régimen ordinario.

Para finalizar hemos de recordar que según el art. 98.1: “*La permanencia de los detenidos y presos en el régimen cerrado será por el tiempo necesario, hasta que desaparezcan o disminuyan significativamente las razones o circunstancias que sirvieron de fundamento par su aplicación*”.

Por tanto, en cuanto desaparezcan los motivos que dieron origen a la clasificación o regresión a primer grado se le progresará de grado. El problema es que no hay un plazo máximo para estar en primer grado con lo cual algunos penados pueden estar toda la condena en primer grado, y está totalmente demostrado que cuanto más tiempo está un interno en este grado más posibilidades de reincidencia en el delito (estudios del Consejo de Europa y de Santiago Redondo¹⁶⁸, entre otros).

7.1.3. Aplicación del artículo 10 LOGP a internos preventivos

Según el artículo 74.1 en relación con el 96 del RP, con carácter general, el régimen aplicable a los internos preventivos será el ordinario. No obstante, serán aplicables las normas previstas para los establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado a los detenidos y presos cuando, conforme a lo establecido en el artículo 10 de la LOGP, se trate de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados al régimen ordinario.

La peligrosidad extrema o la inadaptación manifiesta se apreciarán ponderando la concurrencia de los factores a los que se refiere el artículo 102.5 del RP, en cuanto sean aplicables a internos preventivos, dado que si no hay sentencias firmes, en base a la presunción de inocencia, no se podrá aplicar el art. 10 LOGP por la naturaleza del delito cometido.

El **procedimiento** para la aplicación del artículo 10 de la LOGP a internos preventivos es el mismo que el regulado para la clasificación de penados en primer grado, por cuanto que la propuesta ha de realizarla la Junta de Tratamiento y se requieren los informes preceptivos y razonados del Jefe de Servicios y del Equipo Técnico (art. 97.1 RP), igualmente la resolución corresponde al Centro Directivo (art. 96.2 RP).

168. Garrido Genovés, Stangeland/ Redondo. “Principios de Criminología”. Valencia. 1999. Pág. 759

Establece el artículo 97.2 del RP: *“El acuerdo de la Junta de Tratamiento se notificará al interno, mediante copia del mismo, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su adopción, con expresión del derecho de acudir al Juez de Vigilancia, conforme a lo establecido en el artículo 76.2.g) de la LOGP. Igualmente, dentro de las setenta y dos horas siguientes a su adopción, se dará conocimiento al Juez de Vigilancia, mediante el contenido literal del acuerdo y de los informes preceptivos en que se fundamenta...”*.

Debe quedar claro que el acuerdo que ha de notificarse al interno y que debe ponerse en conocimiento del Juez de Vigilancia es la resolución del Centro Directivo, contra la que podrá acudir en queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, conforme a lo establecido en el artículo 76.2 g) de la LOGP, ya citado.

Si el acuerdo-resolución implica traslado a otro Establecimiento penitenciario, se comunicará dicha medida al Juez de Vigilancia y a la Autoridad judicial de la que dependa el interno, sin perjuicio de su ejecución inmediata (art.97.2 *in fine*).

Según el artículo 97.3 del RP: *“Mediando motín, agresión física con arma y otro objeto peligroso, toma de rehenes o intento violento de evasión, el traslado del interno a un Establecimiento de régimen cerrado podrá acordarse por el Centro Directivo aunque no se haya producido la resolución de aplicación del régimen cerrado, poniéndolo en conocimiento de la autoridad judicial de que depende el interno y del Juez de Vigilancia Penitenciaria”*.

Establece el artículo 98 RP que: *“La permanencia de los detenidos y presos en el régimen cerrado será por el tiempo necesario hasta que desaparezcan o disminuyan significativamente las razones o circunstancias que sirvieron de fundamento para su aplicación. En todo caso, la revisión del acuerdo no podrá demorarse más de tres meses, previa la emisión de los informes preceptivos”*.

La aplicación del art. 10 LOGP a presos preventivos fue abordada en la STC 24/92 de 8 de abril y la 143/97 de 16 de octubre en las que se hace indicación del carácter excepcional de la aplicación de este régimen de vida, que debe ser aplicado por causas objetivas en resolución motivada y que: *“ha de reservarse a aquellos supuestos en los que los fines de la relación penitenciaria no puedan ser obtenidos por otros medios menos restrictivos de derechos”*.

7.1.4. Régimen de vida

En cuanto al régimen de vida que se aplica a los clasificados en primer grado la LOGP (en virtud de una enmienda del Grupo Socialista) introdujo en el apartado tercer del art 10 la norma conforme a la cual: *“El régimen de vida de estos Centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine.”* Entendían los enmendantes que en atención a la gravedad de las medidas previstas era necesario que la Ley hiciera expresa remisión al Reglamento para determinar con precisión y seguridad las características que habrían de reunir estos Centros.

Ya vimos que el RP de 1981 previó dos modelos de régimen cerrado que fueron suprimidos en el 84 quedando tan sólo vigentes las normas relativas a los establecimientos de régimen cerrado, normas por otro lado absolutamente insuficientes para

dotar de contenido este régimen. La Administración Penitenciaria a través de sucesivas Circulares (años 89, 91 y 95) intentó suplir la deficiencia reglamentaria regulando el régimen de vida de estos establecimientos o departamentos introduciendo además diferencias dentro del régimen cerrado (las denominadas fases) amparándose para ello en la previsión normativa del art. 45.5. La aplicación de esta normativa ha generado una gran polémica y numerosos recursos ante la jurisdicción de vigilancia que han corregido sucesivamente cualquier intento de la Administración de normativizar el régimen cerrado porque lo que permite el referido art. 45.5 es que cada Centro en función de las características de los internos y del centro penitenciario establezca unas modalidades de vida propia siempre dentro del respeto a los derechos que se integran en el contenido de la relación jurídica del primer grado. Así en sus Reuniones los Jueces de Vigilancia vienen reiterando un criterio conforme al cual: “No existe ningún régimen penitenciario *especial* distinto de los regímenes ordinario, abierto o cerrado a que se refiere la LOGP. El régimen cerrado debe diferenciarse claramente del aislamiento en celda, por cuanto no constituye una sanción permanente, y el art. 10 LOGP debe aplicarse restrictivamente por su carácter excepcional.”

El régimen cerrado que es el más restrictivo y constituye un *régimen excepcional* en el que rige estrictamente, según el artículo 90 RP, el *principio celular* (art. 19 LOGP y 13 RP) según el cual los internos deben estar en celdas individuales. El régimen de vida se caracteriza por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos, exigiéndose de manera especial el acatamiento de cuantas medidas de seguridad, orden y disciplina elabora el Consejo de Dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento.

Según el art. 90 RP los internos clasificados en primer grado deben estar en centros de régimen cerrado o en departamentos independientes con absoluta separación del resto de la población reclusa. Por tanto, no pueden acudir a actividades de ningún tipo en la que se encuentren internos que tengan asignados regímenes de vida diferentes al cerrado.

Las normas reglamentarias, aplicables en los centros o departamentos de régimen cerrado o departamentos especiales reguladas en el RP, se completan con las establecidas en la Instrucción 21/96, de 16 de diciembre de 1996, relativa a régimen y seguridad.

En ambos tipos de régimen hay cacheos diarios, y toda la actividad tratamental se dirige a lograr la adaptación al régimen ordinario; es decir, de lo que se trata es de motivar al interno para que mejore su comportamiento demostrando que puede llevar una vida normal sin la comisión de faltas disciplinarias lo que le puede permitir la progresión a segundo grado si el motivo de su clasificación en primero fue la inadaptación. Ahora bien, si la clasificación en primer grado fue debida a su peligrosidad y/o el delito cometido, no basta con la no comisión de faltas disciplinarias sino que habrá que valorar otras circunstancias, como realización de programas de control de la agresividad, de la ira, etc.

Los clasificados en primer grado no pueden disfrutar de permisos de salida ordinarios, sí de permisos extraordinarios (art. 47.1 LOGP y 154.1 RP) con “las medidas de seguridad adecuadas” y previa aprobación del JVP (art. 155.3 RP).

Como hemos visto las normas que regulan el régimen vida de primer grado han sido y siguen siendo las más criticadas y cuestionadas, cosa lógica dado que es el más duro y restrictivo de nuestro sistema penitenciario. El Tribunal Constitucional en la sentencia 119/96 de 8 de julio, ha admitido la legalidad de las normas que regulan actualmente el régimen cerrado.

Pero las limitaciones regimentales son menos severas que las fijadas para el cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda, por entender que el régimen cerrado, aunque contribuye al mantenimiento de la seguridad y del buen orden regimental no tiene naturaleza sancionadora sino que se fundamenta en razones de clasificación penitenciaria. Desde nuestro punto de vista respecto a la situación anterior, el RP de 1996 los cambios introducidos con respecto a la normativa anterior se pueden sintetizar en los siguientes:

- Parece ahora más claro que los únicos criterios válidos para asignar el primer grado son los de peligrosidad e inadaptación tanto para la clasificación inicial como para la revisión, lo que viene reforzado por lo dispuesto en el art. 89 del RP: “El régimen cerrado, en consonancia con lo dispuesto en el art. 10 de la LOGP, será de aplicación a aquellos penados que, bien inicialmente, bien por una involución en su personalidad o conducta, sean clasificados en primer grado por *tratarse de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados a los regímenes ordinario y abierto*.”
- La inadaptación, que en la Ley no tiene calificativos, se adjetiva ahora como de manifiesta y grave lo que venía siendo exigido por la doctrina y la jurisprudencia en una interpretación analógica con lo exigido respecto a la peligrosidad extrema. Por *manifiesta* debemos entender que la decisión en que se funde en esta causa sea sólida, en base a hechos exteriores y no simples conjeturas o sospechas. Por *grave* hemos de entender que la inadaptación resulta expresiva de una actitud del interno de rechazo al régimen carcelario que trasciende a la mera infracción disciplinaria que puede ser corregida con una sanción.
- La enumeración de los factores del art. 102.5 RP sigue siendo abierta, lo que nos parece altamente peligroso puesto que puede dar lugar a falta de objetividad.

Queremos finalizar este apartado dejando constar que, tal y como establece, la LOGP la clasificación en primer grado se efectúa de forma excepcional, pues a 31 de diciembre de 2004 en nuestros centros penitenciarios, sobre 46.230 penados sólo había 1.077 clasificados en dicho grado, lo que supone el 2,32% de los mismos. Si tenemos en cuenta que este grado de clasificación se incluyen la mayor parte de los internos terroristas (unos setecientos), debemos concluir que la aplicación de este grado es residual y restrictiva y en ningún caso abusiva o desmesurada. No cabe duda que lo ideal es que ningún interno fuese clasificado en primer grado, pero ya desde los orígenes de la pena privativa de libertad se comprobó que hay penados incorregibles (peligrosos o inadaptados) que deben tener aplicado un régimen especial de vida que los separe del resto para no perjudicar un normalizada vida carcelaria. En caso de mujeres en primer grado la cifra baja entorno al 2%.

7.2. Segundo grado

El art. 102.3 RP establece que deben ser clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento en régimen de semilibertad.

Aún cuando la redacción dada por el RP 1996 quiera dar a la clasificación en segundo grado un contenido positivo lo cierto es que opera con carácter de exclusión respecto al primero y al tercero. Así el RP de 1981 establecía que con carácter general se clasificaban en segundo grado aquellos internos en quienes no concurrían las circunstancias determinantes de la aplicación de las normas del régimen cerrado o abierto. Por otra parte hay que criticar de la nueva regulación reglamentaria la referencia a las circunstancias penitenciarias pues los únicos criterios válidos de clasificación son los establecidos en el art. 63 LOGP y 102.1 RP y en ellos lo penitenciario en cuanto a adaptación al régimen de convivencia carcelario no tiene peso específico. Otra cosa será que de la observación de la conducta penitenciaria, como elemento de la conducta global, deduzcamos aspectos de la personalidad que no aconsejen su clasificación en un régimen distinto.

Se clasifica en este grado, por regla general, a la mayoría de los penados al inicio del cumplimiento de la condena.

Tanto los internos clasificados en primer como en tercer grado tienen diferentes modalidades de vida dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso, lo cual permite hablar de *subclasificación* penitenciaria pero para los internos clasificados en segundo grado no se recoge ninguna modalidad especial, esto podría indicar que esta subclasificación no es posible en este tipo de grado. Pero según **Zúñiga Martínez**¹⁶⁹ dentro de cada grado se admite la subclasificación de acuerdo con las necesidades de organización y actividades que programe el establecimiento penitenciario en aras al tratamiento. Para esta autora, en este aspecto la ley es flexible, al establecer el art. 63 LOGP: “*Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél...*”. En sede reglamentaria se vuelve a reproducir este mismo criterio en el art. 102.1 RP.

Por lo expuesto, podemos concluir que el artículo 63 LOGP permite la subclasificación al referirse al “*grupo o sección más idóneo*” dentro del régimen asignado. Ello es debido en que más allá de la clasificación penitenciaria existe una necesidad elemental de todo régimen penitenciario de separar a los distintos grupos de internos aún encontrándose en el mismo grado en base a su programa de tratamiento, por lo cual este tipo de *subclasificación*, debe ajustarse a las necesidades y exigencias del tratamiento, a los programas de intervención y a las condiciones generales del establecimiento penitenciario.

Por tanto, el citado art. 63 LOGP se refiere expresamente a la sección como una *subespecie de grado*¹⁷⁰. El nombre que se suele dar a estos *subgrados* reciben en muchas ocasiones es el de *fase*, pero no debe confundirse el grado con la ubicación

169. Berdugo Gómez de la Torre/ Zúñiga Rodríguez/ Fernández García/ Pérez Cepeda/ Sanz Mulas. “Manual de Derecho Penitenciario”. Madrid. 2001. Pág. 320

170. Tamarit Sumalla y otros. “Curso de Derecho Penitenciario”. Barcelona. 1996. Pág. 206

penitenciaria de un interno en un determinado módulo de un establecimiento penitenciario ya que en algunos centros se utiliza un programa propio de progresión y regresión de fase en función de las normas interiores y la conducta observada por el interno, cuya progresión determina poder acceder a *ventajas adicionales* de horario, comunicaciones o esparcimiento aunque se trate de penados clasificados en el mismo grado y en aplicación del mismo régimen penitenciario de vida¹⁷¹.

Este agrupamiento de internos se fundamenta en el art. 280.2 9.ª, según el cual le corresponde al Director del centro penitenciario “*Decidir la clasificación interior de los internos teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias de cada uno conforme a lo dispuesto en el art. 99 RP*”. Este art. 99 establece que uno de los criterios a seguir para la separación penitenciaria es la exigencia del tratamiento. Por tanto, se puede tener a penados clasificados en segundo grado en módulos diferentes en base al programa que estén realizando; por ejemplo, internos que destinados en comunidades terapéuticas que pueden tener *ventajas*, como hemos visto, de horarios, de salidas programadas, trabajos, etc. Pero en realidad no se puede hablar de *subclasificación* sino de separación por razones de tratamiento. Está claro que el acceso al primer grado se ha restringido significativamente hasta el punto de suscitar algunas reticencias la facilidad con que ciertos penados conflictivos pueden estar en centros de régimen ordinario, con el consiguiente problema para el mantenimiento del orden en los centros de esta clase¹⁷². Es cierto que el segundo grado es un “*cajón de sastre*” en el que cabe todo tipo de internos: primarios, reincidentes, penados por delitos violentos, etc. Al igual que el primer y tercer grado tienen diferentes modalidades de vida, para el segundo no están previstas cuando es el grado en el que hay un mayor número de internos clasificados, entorno al 75% de los penados son clasificados en segundo grado (representa unos 24.332 internos)¹⁷³.

Pero por razones de tratamiento es conveniente no tener a internos potencialmente conflictivos en módulos cuyos programas requieran un determinado ambiente terapéutico, laboral, etc. Por todo ello es necesaria esa separación penitenciaria, por ejemplo en fases para un mejor desarrollo de los programas de tratamiento. Todo lo expuesto es ratificado en la XII reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en Enero de 2003 donde se acordó que: “No existe ningún régimen penitenciario especial distinto de los regímenes ordinario, abierto y cerrado a los que se refiere la Ley Orgánica General Penitenciaria”. Aunque entendemos que una vez garantizados los derechos básicos de los internos en segundo grado, nada impide que se otorguen *mayores ventajas regiminales* a aquellos que por razones de tratamiento las requieran. Por tanto, un mismo grado de clasificación no tiene por qué suponer siempre el mismo régimen de vida¹⁷⁴.

Además de los recursos correspondientes frente a la clasificación penitenciaria en segundo grado, cabe solicitar que la revisión de grado la realice la Central de Observación Penitenciaria (creada por Orden de 22 de septiembre de 1967 y modificada por Orden de 9 de septiembre de 1992) en base al art. 70 LOGP en

171. Bona i Puivart, R. “Clasificación y tratamiento penitenciario...” en Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. 1995. Pág. 254

172. Chiang Rebolledo, M. “Procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria”. Barcelona.2003. Pág. 101

173. Informe General de la Dirección General de I.P.P. del año 2002. Madrid. Pág. 37

174. Nistal Burón, J. “El régimen penitenciario...”. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 1995. Pág. 188

relación con el 102.5 RP que permite que cuando sea reiterada la clasificación en segundo grado por la misma Junta de Tratamiento y habiendo cumplido la mitad de la condena.

7.2.1. Régimen ordinario

El art. 76 RP establece que en los establecimientos de régimen ordinario los principios de seguridad, orden y disciplina tendrán su razón de ser y su límite en el logro de una convivencia ordenada. En ellos la separación interior de la población reclusa se ajustará a las necesidades o exigencias del tratamiento, a los programas de intervención y a las condiciones generales del Centro, y el trabajo y la formación tendrán la consideración de actividad básica en la vida del Centro.

A los internos clasificados en segundo grado se les aplican las normas del régimen ordinario que es el más común. Este régimen es asignado a aquellos que todavía no ofrecen garantías suficientes para vivir en régimen de semilibertad pero que pueden llevar a cabo una convivencia normal en régimen ordinario (art. 102.3 RP).

Como vemos este régimen se caracteriza por el imperio de los principios de seguridad, orden y disciplina (art. 76.1 RP), y en él, el trabajo y la formación tienen la consideración de actividades básicas. El horario es estricto, se garantiza un descanso nocturno de ocho horas, y dos horas para atender asuntos propios de los internos, así como el tiempo suficiente para asistir a actividades culturales y terapéuticas, y para las comunicaciones con el exterior (art. 77 RP).

Según el art. 77.3 RP el Consejo de Dirección aprobará mensualmente el calendario de actividades. Este calendario será puesto en conocimiento de los internos y estará expuesto permanentemente en lugar visible para los mismos. El horario será el aprobado por el Consejo de Dirección.

Las prestaciones personales obligatorias de los clasificados en segundo grado están reguladas en el art. 78 RP y conforme a lo establecido en el artículo 29.2 LOGP los internos vendrán obligados a realizar las prestaciones personales necesarias para el mantenimiento del buen orden, la limpieza y la higiene en los Establecimientos. Todos están obligados a colaborar con las medidas de higiene y sanitarias que se adopten, procurando que las instalaciones se encuentren siempre limpias y haciendo un buen uso de las mismas.

Respecto a la participación de los internos en actividades el art. 79 RP establece que el Consejo de Dirección debe fomentar la participación de los internos.

Según el art. 55 RP los internos participarán en la organización del horario de las actividades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo. También se procurará la participación de los internos en el desenvolvimiento de los servicios alimentarios y de confección de racionados, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de lo que se establezca en las normas de desarrollo de este Reglamento. El Consejo de Dirección, mediante resolución motivada, podrá ampliar la participación de los internos en otras áreas regimentales. La participación de los internos en estas actividades en los Establecimientos de cumplimiento de régimen abierto y de régimen ordinario y en los de preventivos, se efectuará a través de Comisiones de internos.

Los internos, a través de sus representantes, podrán de acuerdo con las normas de régimen interior, organizar por sí mismos las actividades mencionadas o colaborar en su organización con los funcionarios encargados del área correspondiente (art. 60 RP).

Establece el art. 61 RP que podrán hacer sugerencias: *“Igualmente, podrán presentar los representantes de los internos toda clase de sugerencias, que deberán ser elevadas por el funcionario receptor al Director del Establecimiento”*.

Hay que destacar que pese a la detallada participación de los internos en la planificación de las actividades de los centros penitenciarios, en la actualidad esta participación es ínfima salvo en los departamentos o módulos especiales (deshabitación de drogas, mixtos, etc) que funcionan en forma de comunidad terapéutica donde los internos sí que tienen una actuación muy activa en la programación y participación en todo tipo de actividades.

Además, los internos clasificados en segundo grado podrán disfrutar de:

- a) Permisos **de salida ordinarios**, de hasta treinta y seis días al año, y de permisos extraordinarios cuando se producen circunstancias excepcionales (art. 47 LOGP y 154 a 158 RP).
- b) **Salidas programadas**, previstas en el art. 114 RP, que tienen por objeto el desarrollo de actividades concretas y específicas.

Las salidas programadas, aunque no son propiamente permisos de salida; es una institución muy estrechamente vinculada a los mismos por ser comunes los requisitos para su autorización y tener, como elementos muy importantes de tratamiento, la misma finalidad resocializadora. Si bien, es de destacar que la ubicación de este tipo de salidas es más adecuada que la de los permisos, al primar en éstas únicamente las razones tratamentales; por ello están reguladas dentro del Título V del RP referido al Tratamiento y concretamente en el Capítulo II (Programas de tratamiento). No podía ser de otra forma porque con esta institución se potencia la posibilidad, como establece el art. 113 RP, de que las actividades de tratamiento se realicen tanto dentro como fuera de los centros penitenciarios.

Por todo ello, las salidas programadas son un nuevo instrumento de intervención incorporado en el art. 114 RP si bien venían siendo ya puestas en práctica con la anterior regulación normativa, mediante la Circular de 12 de febrero de 1990, aún sin cobertura legal o reglamentaria en aquel momento. Según este art. 114 RP para la realización de actividades específicas de tratamiento podrán organizarse salidas programadas destinadas a aquellos internos que ofrezcan garantías de hacer un uso correcto y adecuado de las mismas. En todo caso, los internos serán acompañados por personal del Centro penitenciario o de otras instituciones o por voluntarios que habitualmente realicen actividades relacionadas con el tratamiento penitenciario de los reclusos. Los requisitos necesarios para la concesión de salidas programadas serán los establecidos para los permisos ordinarios de salida en el art. 154 RP (clasificado en segundo o tercer grado, haber extinguido la cuarta parte de la condena y observar buena conducta). Las salidas programadas serán propuestas por la Junta de Tratamiento, que solicitará la aprobación de la Dirección General de II.PP. y la posterior autorización del Juez de Vigilancia en aquellos supuestos en que la salida, por su duración y por el grado de clasificación del interno, sea competencia de este órgano judicial.

Como regla general, la duración de las salidas programadas no será superior a dos días y, en ningún caso, se computarán dentro de los límites establecidos para los permisos ordinarios en el artículo 154.

La I 22/96 establece normas complementarias a esta regulación y señala:

- Las salidas programadas deberán ser aprobadas en todo caso por el Centro Directivo con independencia de que la salida de los internos por razón de su duración y grado de clasificación requieran ulterior autorización del JVP.
- La regla general de duración es la establecida en el art. 114.5 del Reglamento (no superiores a dos días). Pero cabe la posibilidad que, excepcionalmente, sean superiores a este plazo cuando resulta preciso para la ejecución de los programas de tratamiento.

c) **Salidas especiales** del art. 117 RP para que los internos de segundo grado puedan seguir determinados programas de tratamiento mediante salidas del centro, regulares o irregulares para acudir a una Institución extrapenitenciaria, son denominadas “*Medidas regimentales para la ejecución de programas especializados*”.

Estas medidas se pueden aplicar exclusivamente a internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, quienes podrán acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social.

Esta medida requerirá haber sido planificada con el interno por la Junta de Tratamiento y estará condicionada a que aquél preste su consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen de vida propio de la institución y las medidas de seguimiento y control que se establezcan en el programa, que no podrán consistir en control personal por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

La duración de cada salida diaria no excederá de ocho horas, y el programa del que forme parte requerirá la autorización del Juez de Vigilancia. Si el programa exigiera salidas puntuales o irregulares, la autorización corresponderá al Centro Directivo.

La Junta de Tratamiento realizará la coordinación necesaria con la institución para el seguimiento del programa.

La participación en el programa podrá ser revocada por decisión voluntaria del interno, por el incumplimiento de las condiciones establecidas o por circunstancias sobrevenidas que justifiquen esta decisión.

Mediante este tipo de medidas del art. 117 RP el segundo grado de tratamiento se aproxima al régimen de vida propio del tercer grado, creando una situación intermedia acorde con el principio de flexibilidad en la aplicación de los modelos individualizados de ejecución penitenciaria¹⁷⁵. La reforma de la LO 7/2003 es posible que afecte

175. Chinag Rebolledo, M. “Procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria”. Barcelona. 2003. Pag. 102

te a este tipo de medidas puesto que si pretende que el cumplimiento de la pena sea más “efectivo” en régimen ordinario hasta cumplir el período de seguridad quizá puedan restringirse más las mismas si se hace una estricta interpretación de la citada ley.

La I 22/96 establece que estas salidas *no tienen la consideración de salida programada* y que en todo caso los programas de los que formen parte dichas salidas serán previamente comunicados al Centro Directivo.

7.3. Tercer grado

Los antecedentes del régimen abierto en nuestro país ya los hemos visto en el sistema progresivo del Coronel Montesinos (1834), en la Colonia penal de Ceuta (1889) y en el Reglamento de prisiones de 1901. Pero la doctrina está de acuerdo que los orígenes de la prisión abierta como tal se remontan al denominado régimen *all'aperto*, recogido en el Código Penal italiano de 1889, y su consagración en la Penología contemporánea tiene lugar en los Congresos científicos de La Haya de 1950 y el de Ginebra de 1955.

Esta forma de cumplimiento de la pena está recogida en la legislación comparada de otros países con la denominación de prisión abierta, trabajo en el exterior sin vigilancia, semilibertad, etc. Viene regulada en las Reglas 63.2 de las Naciones Unidas y 64.2 del Consejo de Europa, en el Reglamento belga, en Código Penal francés, la Ley penitenciaria sueca e italiana y en la Ley de Ejecución alemana, entre otros muchos países¹⁷⁶.

Las ventajas del régimen abierto son muchas pues es el mejor sistema para garantizar la recuperación social, favorece la salud física y mental, mejora la disciplina, facilita las relaciones familiares, posibilita la búsqueda de trabajo¹⁷⁷. Es incomparablemente más humana que la tradicional cárcel cerrada, de ahí que tal institución se multiplica en el presente por toda la geografía penitenciaria mundial¹⁷⁸.

Las diferencias del régimen abierto con respecto al régimen ordinario son:

- No se ejercita respecto a los penados una vigilancia coercitiva sistemática.
- Se permite las salidas del establecimiento por razones de trabajo, contactos familiares, etc.
- Suele ser la antesala de la libertad condicional¹⁷⁹.

El tercer grado, aunque se puede aplicar desde el inicio de cumplimiento de la pena, se suele aprobar a los internos que se encuentran en las últimas etapas del cumplimiento de sus condenas y que se hallan más preparados para reiniciar su vida fuera de la prisión, en sociedad. Este tipo de vida puede desarrollarse en centros abiertos, secciones abiertas, unidades dependientes, centros de inserción social y centros extrapenitenciarios para rehabilitación de toxicómanos. En España el 12,5% de los penados (unos 4.000 internos) están clasificados en tercer grado¹⁸⁰.

176. García Valdés, C. “Comentarios a la legislación penitenciaria”. Madrid. 1982. Pág. 227

177. Neuman, “Prisión abierta”. Buenos Aires. 1984. Pág. 157

178. Mapelli Caffarena. “Régimen penitenciario abierto”, Cuadernos de Política Criminal n.º 7. Madrid. 1979. Pág. 72

179. Bonal Falgas, R. “La comunidad y el régimen abierto”. Revista de Estudios Penitenciarios N.º 240. 1988. Madrid. Pág. 111

180. Informe de la Dirección General de II.PP. del año 2002. Pág. 37

Sin lugar a dudas es en la clasificación en tercer grado donde el sistema de individualización científica plantea de una forma más clara el problema del *vaciado de la pena*. El régimen abierto actual, frente al diseñado en el sistema progresivo clásico, ofrece tal atenuación frente al ordinario que puede situarse justamente en el punto de equilibrio entre aquel y la libertad condicional comportando una modificación sustancial sobre lo que es una decisión judicial y firme de privación de libertad.

En principio y en un sistema de individualización científica el tercer grado debiera acordarse únicamente en función de la personalidad del reo en relación con el tratamiento requerido y su mayor o menor proximidad al objetivo final de la resocialización y así se deduce de lo establecido en los arts. 72.3 y 4 de la Ley. Así pues, cuando el art. 63 de la LOGP describe los criterios o variables de la clasificación debiera interpretarse que lo fundamental es la valoración de la personalidad del penado en relación a su actividad delictiva y pronóstico de reincidencia y/o reinserción social, siendo el resto de variables síntomas o elementos que permiten llegar a conocer esa personalidad: historial familiar, personal y delictivo etc. La duración de la pena, y en relación con ella la naturaleza y gravedad del delito, la reprobación del autor en la medida de su culpabilidad, etc...; en definitiva los elementos que definen la pena desde una perspectiva de retribución y prevención general no operaría sino como elemento coadyudante al juicio sobre la personalidad.

Frente a esta postura, (que maximaliza los fines de prevención especial) la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende que la duración de la pena expresiva del grado de retribución que merece el culpable debe actuar como elemento de *corrección del sistema* desde fuera para evitar el vaciado de la pena. Junto a los fines de prevención especial ligados a la resocialización no podemos olvidar que el fundamento de la pena (de cualquier pena y no solo de privación de libertad) radica en la culpabilidad y al tiempo deben tomarse en consideración otros fines de la pena como la prevención especial ligada a la intimidación y la prevención general lo que es particularmente relevante en determinadas forma de criminalidad o cuando el penado rechace el tratamiento.

Por tanto, la clasificación en tercer grado, a veces, es planteada como la impunidad plena o el *vaciado de la pena*, es decir, se valora como que al clasificar a una persona en tercer grado, régimen de semilibertad, ya hubiese cumplido su pena. El legislador de la LO 7/2003, de 30 de junio, cae en este error al exigir un cumplimiento efectivo que ya se produce desde la entrada en vigor del CP de 1995. Por tanto, hay que dejar claro que la duración de la pena siempre será la misma independientemente del centro donde se cumpla. Así pues, como dice **Manzanares Samaniego**¹⁸¹, sabido es que el Estado no se halla obligado a apurar en su *reacción punitiva* el marco trazado por la culpabilidad del reo (tal es el caso, por ejemplo, de suspensión de la pena), y que en materia de clasificación penitenciaria el único *límite irrenunciable* en el vaciado de la pena es el establecido en el apartado tercero del artículo 72 de la LOGP, es decir, la libertad condicional, único grado en el que no puede ser clasificado el penado hasta que no haya cumplido las 2/3 ó 3/4 partes de la condena. Este mismo autor mantiene que el contenido real de la pena, su componente aflictivo, varía con la

181. "Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria". Madrid. 1986. Pág. 951

clasificación y puede producirse, y se produce con demasiada frecuencia, un profundo vaciado de la misma, con lo que la sanción se distancia excesivamente de las exigencias retributivas y de prevención general -y aun especial- en aras de una pretendida resocialización a la que algunos delincuentes, entre ellos terroristas, son poco proclives (...) Con la reforma de la LO 7/2003 se pretende reducir el tiempo en que por una u otra vía, sea el tercer grado o con la libertad condicional, el encarcelamiento del reo quede en papel mojado¹⁸²; por ello se establecen los nuevos límites temporales recogidos en los artículos. 36.2 y 78 CP respecto el acceso al tercer grado y a la libertad condicional. Estos límites son irrenunciables en el caso de los terroristas o de penados que comenten en el delito en seno de organizaciones delictivas.

El art. 102.4 RP establece que la clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, valorándose a tal fin las circunstancias contenidas en el apartado dos del mismo artículo. Respecto de las penitenciarias valga lo dicho anteriormente además de reseñar que la redacción del RP de 1981 no hacía referencia a las mismas.

Ante la ausencia en la LOGP de un límite temporal expreso de cumplimiento previo de condena o de límite de penas a las que resulta aplicable la clasificación en tercer grado el R.P (ya desde el de 1981) introdujo un precepto que, contrariando indirectamente el principio de jerarquía normativa, establecía determinado límite para el acceso al tercer grado. Establece el art. 104.3 que para que un interno que no tenga extinguida la 1/4 parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación enumeradas en el art. 102.2, valorándose especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado. Es decir, de forma solapada se establece el límite de cumplimiento previo de la 1/4 en la línea del art. 50.4 del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956, dando así respuesta a la preocupación de que la Ley no estableciera en materia de duración de la pena un criterio corrector absoluto. Para evitar el choque frontal con el art. 72.3. la norma no se formula de forma genérica y como condición temporal imprescindible sino de manera indicativa y referencial permitiendo la clasificación en tercer grado aún no teniendo cumplida la 1/4 parte si concurren favorablemente calificadas las variables intervinientes en el proceso de clasificación. Respecto de las mismas el RP de 1981 resaltaba a tales efectos la primariedad delictiva, la buena conducta y la madurez personal. Dejando de lado la buena conducta, de clara resonancia progresista pura y no prevista legalmente como variable de clasificación, no tiene sentido la enumeración reglamentaria pues precisamente para clasificar a una persona en tercer grado (independientemente del tiempo de cumplimiento) deben poder valorarse positivamente esas variables que no se presentan en enumeración cerrada. La actual redacción del RP. varía la referencia específica al historial delictivo y el pronóstico de integración social aunque sigue sin resolver la cuestión. Temeroso el RP de que, pese a todo, algunos responsables de graves delitos puedan iniciar la ejecución en régimen abierto -con la consiguiente alarma social- se decidió montar una tercera línea defensiva:

182. "El cumplimiento íntegro de las penas". Actualidad Penal n.º 7. Madrid. 10-16-2003. Pág. 1-2

so pretexto de asegurar el estudio del penado se exigía en el RP de 1981 la permanencia del interno en el Centro que lo propone durante al menos dos meses. Con ello y el trámite de aprobación se ganaba algún tiempo. Ante los problemas que causó tal límite temporal respecto de alguna delincuencia específica (los insumisos) el precepto fue reformado por el Real Decreto 1764/1993, en el sentido de establecer ese plazo como indefinido, lo que ha pasado al actual Reglamento de 1996.

En definitiva en esta materia hay que señalar que partiendo del análisis de los fines de la pena en nuestro sistema penal la jurisprudencia viene valorando el criterio de la duración de la pena como factor independiente y de igual peso que los demás a la hora acceder al tercer grado.

Dentro del amplio espectro de clasificaciones en tercer grado podemos distinguir los siguientes supuestos:

1. *Clasificaciones iniciales en tercer grado.* En este caso el interno no ha experimentado, al menos teóricamente, una actuación expresa del tratamiento sobre él, y cabe suponer que o bien no se ve necesitado de un especial tratamiento resocializador o bien el mismo debe llevarse a cabo en el marco del régimen abierto. En ambos supuestos las variables de carácter criminológico-penal (ausencia de carrera delictiva, no excesiva condena, tipo delictivo, etc...) y social (ausencia de carencias socio-laborales etc...) son las que definen el perfil del interno.
2. *Progresiones a tercer grado como nueva fase del tratamiento.* En este caso priman las variables más propiamente penitenciarias concretadas en la evolución positiva puesta de manifiesto a través de la participación en actividades de carácter formativo, laboral o propiamente terapéuticas, así como la capacidad de cumplimiento en régimen de semilibertad puesta de manifiesto en el disfrute regular de varios permisos de salida. Junto a ello también resulta necesario contar con una planificación de las actividades a realizar en la nueva fase del tratamiento : laborales, formativas, programas de apoyo en toxicomanía o alcoholismo. En estos casos las variables penales referidas a trayectoria delictiva y tiempo que le resta de condena jugarán un peso más importante si es que con anterioridad el sujeto había disfrutado del régimen abierto, la libertad condicional etc,... fracasando en el mismo.
3. *Progresiones a tercero en fase próxima a la libertad condicional.* También es posible contemplar el pase a régimen abierto no sólo desde la situación previa al mismo sino con una perspectiva de futuro. Aunque el quantum de la condena pendiente no debe jugar como factor “motriz” que atraiga al interno hacia el tercer grado, cuando ya le falta poco tiempo para el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena (y en tal sentido los criterios para la progresión hacen referencia clara a evolución positiva, es decir, a factores antecedentes a la propia progresión) debe reconocerse una influencia real del simple transcurso temporal del cumplimiento en la progresión a tercer grado de algunos internos. Se trata de internos en los que la evolución ha tenido un carácter más pasivo que activo, que ha disfrutado algún permiso de salida y respecto del cual se puede realizar un pronóstico de respetar la ley penal en el tiempo de condicional.

Lo que está absolutamente vetado (y en este sentido existen instrucciones de la Dirección General II.PP.) son las famosas propuestas de tercer grado a los solos efectos de libertad condicional. Casos que no se consideraba adecuados para estar realmente en régimen abierto, que no se confiaba en ellos por su incorregible habitualidad delictiva, se les abría, sin embargo al puerta a la libertad condicional en auténtico fraude legal. El carácter progresivo de nuestro sistema de ejecución tiene una finalidad absolutamente clara y precisa: facilitar la reinserción social del penado y por lo tanto no pueden aplicarse como medio de dulcificación de la pena en base a criterios meramente temporales. La clasificación en tercer grado es un requisito previo para la libertad condicional y nunca una gestión necesaria y condicionada por la proximidad de las fechas de cumplimiento de las 3/4 partes de la condena. El tercer grado tiene que venir justificado por la conducta previa del interno y el correcto funcionamiento de las fases anteriores. Por ello resulta deseable que las progresiones a tercer grado se planifiquen y preparen con tiempo suficiente para permitir un correcto y real funcionamiento de este período. En ese sentido el RP de 1996 ha acabado con una práctica viciosa en base al RP de 1981 cual era clasificar o progresar a un interno a tercer grado próximo a la condicional, pero en el régimen limitado del art. 43 RP manteniéndole en el establecimiento de régimen ordinario, sin traslado al Centro de régimen abierto. Con la actual regulación la clasificación en tercer grado conlleva siempre la aplicación del régimen abierto.

Los Jueces de Vigilancia tienen adoptado un Criterio en esta materia: *“Cuando hallándose un interno próximo al cumplimiento de las 3/4 partes de su condena, estuviese aún clasificado en segundo grado, el JVP de oficio o a instancia del interesado, podrá requerir a la Junta Tratamiento para que, a la mayor brevedad posible, se pronuncie sobre la procedencia de proponer o no a la Dirección General el pase a tercer grado de dicho interno, resolución que habrá de ser notificada formalmente al mismo.”*

Como se puede apreciar las opiniones en torno al tema no son uniformes.

Por tanto, antes de la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resultaba estar en condiciones para ello, podía ser situado inicialmente en un grado superior, salvo el de la libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden (artículo 72. 2 y 3 de la LOGP). Todo en base al sistema de individualización científica separado en grados que establece nuestra legislación penitenciaria, como ya hemos visto con anterioridad. Pero actualmente se han fijado nuevos requisitos:

- Temporales (art. 36.2 y 78.3 CP).
- Satisfacción de las responsabilidades civiles (art. 72.5 LOGP).
- Haber abandonado la lucha y fines terroristas, así como colaboración con la justicia en el caso de condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 72.6 LOGP).

Según el art.102.4 RP: *“La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad”*.

Para **Manzanares Samaniego**¹⁸³ el tercer grado penitenciario –y más en concreto su concesión y su contenido– constituye sin duda uno de los puntos más criticables del cumplimiento de las penas de prisión en España. Según este autor de acuerdo con el art. 72.3 LOGP, es posible, e incluso pudiera ser obligado en determinados supuestos, que la clasificación inicial se realice ya en ese grado, con lo que el penado será destinado a un establecimiento de régimen abierto y disfrutará de un régimen de semilibertad, que al amparo del Reglamento de 1996, admite modalidades comparables a la libertad en el vaciado efectivo de la pena, como por ejemplo mediante el uso de sistemas telemáticos. Este autor siempre ha estado preocupado por el vaciado de la pena, pero también reconoce que la clasificación en cualquier grado excepto la libertad condicional está permitido por la LOGP, al igual que la legislación penal permite la renuncia a la ejecución de la pena en el caso de la suspensión de la misma. Por tanto cuando el legislador de 1979 aprobó el acceso al tercer grado ratificó un régimen de vida en semilibertad en el cual también se cumple la pena privativa de libertad impuesta, cosa que no recuerda el legislador de 2003 cuando habla del cumplimiento efectivo, pues los internos en tercer grado siguen cumpliendo la pena, y no se les acorta por ser clasificados en ese grado.

No estamos de acuerdo con el citado autor cuando dice: “Si la clasificación y, en su caso, las progresiones de grado responden a la posición del reo respecto a la meta resocializadora, debería concederse de inmediato el tercer grado, por ejemplo, a todo delincuente que no precise de resocialización, algo que –como ya se dijo– puede ocurrir en algunos ámbitos, como el de las altas finanzas, o en determinados crímenes pasionales”. Pero desde nuestro punto de vista, todo penado tiene circunstancias que le han llevado al delito, según los ejemplos puestos por él; el delincuente de cuello blanco su afán desmedido por conseguir dinero y poder; y el homicida pasional dejarse llevar por sus pasiones. Y ambos tipos de criminalidad necesitan un determinado tipo de tratamiento que “frene” la comisión de nuevos delitos. Por otro lado, tras LO 7/2003, de 30 de junio de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la duración de la pena sí que se convierte en un *factor privilegiado* que puede impedir el acceso al tercer grado.

El art. 251 del Reglamento de 1981 pretendía evitar las precipitadas clasificaciones en tercer grado con la previsión consistente en exigir que el penado hubiera cumplido la cuarta parte de la totalidad de su condena o, si no ocurriera así, se hubiera dedicado un tiempo mínimo al conocimiento del interno, *no inferior a dos meses* de estancia real en el Centro que propuso la clasificación, valorándose especialmente la primariedad delictiva, la buena conducta y la madurez o equilibrio personal. No obstante en el art. 241.3 del mismo texto legal al enumerar los criterios a tener en cuenta para la clasificación decía textualmente: “*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 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*”.

183. “El cumplimiento íntegro de las penas”. Actualidad penal n.º 7. 10-2-2003. Pág. 12

El RD 1764/1993 modificó este artículo suprimiendo la estancia de un mínimo de dos meses exigiendo tan sólo un tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del interno (expresión repetida por el art. 104.3 RP de 1996 con ausencia de criterios temporales, permitiendo con ello la clasificación desde el inicio en régimen abierto, pero introduciendo las variables del historial delictivo e integración social).

Además en aquellos momentos la clasificación en tercer grado no se notificaba siquiera al Fiscal, con lo que el JVP no podía intervenir de oficio, que el penado difícilmente recurriría el Acuerdo, y, por tanto, la concesión del tercer grado quedaba al arbitrio de la Dirección General II.PP. conforme a lo dispuesto en el art. 77 de LOGP.

El Reglamento de 1996 suprimió aquellos requisitos temporales y permitió, ya sin ambages, la clasificación inicial en tercer grado, pero disponiendo expresamente en su art. 107 que todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado se notifiquen al Fiscal. Ahora bien, si éste no recurre, continuará la falta de control por parte del Juez de Vigilancia. Y nada se dice, como tampoco se decía antes, de una posible intervención de las víctimas del delito o de las acusaciones particular y popular. Pero tras la LO 7/2003, de 30 de junio, sí que es posible esta intervención, aunque mínima, puesto que los art. 36.2 y 78 CP determinan que se oirá a la víctima o perjudicados por el delito por parte del JVP antes de aprobar la aplicación a los penados al régimen general de cumplimiento.

La concesión del tercer grado era valorada por algunos autores como la entrega de un *cheque en blanco* a la Administración Penitenciaria que ésta rebajaba a voluntad, minusvalorando a veces el fundamento culpabilístico de la pena y sus fines de prevención general. Para evitar esta discrecionalidad la LO 7/2003, de 30 de junio, ha establecido la nuevas competencias de intervención previa del JVP en determinados casos (art. 36.2 y 78 CP) para controlar el acceso al tercer grado antes de su aprobación pues son ellos los que tienen que aprobar el levantamiento el período de seguridad y la vuelta al régimen general de cumplimiento. En los acuerdos de las Reuniones periódicas de los Jueces de Vigilancia siempre reclamaron que la Administración Penitenciaria les notificara también a ellos la concesión del tercer grado y no sólo al Ministerio Fiscal. Este acuerdo nos parece muy razonable para que el JVP, que es el órgano judicial encargado de controlar la ejecución de la pena sepa en que situación se encuentra el penado, además si la clasificación en primer grado requiere que la Administración Penitenciaria la ponga en conocimiento de esta autoridad, con más razón y por analogía se debería hacer cuando se va a proceder a la excarcelación aunque sea discontinua del recluso que acceda a régimen abierto mediante su clasificación en tercer grado.

7.3.1. El período de seguridad

Los primeros antecedentes del período de seguridad en España podemos encontrarlo en la Ordenanza de Presidios del Reino de 14 de abril de 1834, donde se establecía la posibilidad de reducción de la pena cuando se hubiese cumplido la mitad de la pena, y en los sistemas progresivos, como el del Coronel Montesinos (1834) y, sobre todo, el aprobado por el Reglamento de 1901, que establecía que el período intermedio se alcanzaba cuando se cumplía la mitad de la pena.

Podemos encontrar un precedente inmediato de la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas en una enmienda al Proyecto de Código Penal de 1994 en el Congreso de los Diputados, el Partido Popular presentó una propuesta en la que se sustituyera el término “*extinguido*” por “*cumplido*”, pues con ello “se garantizaba el cumplimiento de las penas”¹⁸⁴. Con ello se evita la aplicación del régimen abierto hasta que el penado haya estado efectivamente privado de libertad un período mínimo como compensación por el ilícito grave cometido, prevaleciendo durante ese período consideraciones de prevención general sobre las relativas a la prevención especial. La comunidad no entendería que el autor de un delito grave pudiera acceder a un régimen abierto desde el inicio de su condena, y, en consecuencia, el sentimiento de vigencia del ordenamiento jurídico podría resentirse. Este criterio más tarde es el que ha sido utilizado por el citado partido durante su etapa al frente del Gobierno, para la aprobación de la LO 7/2003, de 30 de junio, cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, exigiendo que el cumplimiento sea real.

Como ya hemos visto, nuestro sistema de ejecución de las penas privativas de libertad se fundamenta en el principio de individualización científica separado en grados, recogido en el art. 72 LOGP.), y que, precisamente, vino a suponer una superación del rigorismo representado por el progresismo objetivista que exigía que el penado estuviera en cada fase de cumplimiento un determinado tiempo tasado por la norma. Con el período de seguridad parece reverberar aquellas exigencias de permanecer la mitad de la condena del período *intermedio* que el Real Decreto de 3 de julio de 1901 implementó al consagrar en nuestro Derecho el sistema progresivo, recogiendo con ello una tradición que se incardinaba directamente con la obra de **Montesinos**. La nueva regulación deja sin apenas sentido la previsión del art. 104.4 del Reglamento Penitenciario (variables a valorar en supuestos de clasificación en tercer grado de internos que no tengan cumplida la cuarta parte de la condena) que tan sólo tendrá virtualidad en los casos en los que el JVP dispense al penado de la aplicación del período de seguridad, o cuando la pena no sea superior a cinco años de duración.

La LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas reforma el art. 36 del CP para introducir en nuestro ordenamiento el conocido como *período de seguridad* que podemos definirlo como el tiempo obligatorio de cumplimiento de la pena de prisión en régimen ordinario para poder acceder a régimen abierto. Es decir, significa que en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta¹⁸⁵. En otros derechos europeos se utiliza este período de seguridad pero con ellos hay grandes diferencias. En el derecho penal francés el período de seguridad supone que no cabe aplicar beneficio alguno sobre la ejecución de la pena (permisos de salida, semilibertad, trabajo en el exterior, etc) a menos que la condena fuera acompañada de remisión condicional; distingue entre el período obligatorio y el facultativo, este último podrá imponerlo discrecionalmente el Juez o Tribunal, mien-

184. Enmienda n.º 286 a la Ley Orgánica del Código Penal

185. Villameriel Presencio, L. “La comisión técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003”. Madrid. Diario La Ley 4-5-2004. Pág. 4

tras que el primero lo establece directamente la Ley cuando lo prevé específicamente en determinados delitos¹⁸⁶. El período de seguridad en Francia se establece en la mitad de la pena cuando ésta es igual o superior a diez años de prisión, o en algunos casos hasta los dos tercios o en veintidós años cuando la pena es de cadena perpetua. En Italia se establece la necesidad de cumplir la mitad de la pena en las superiores a seis meses para acceder al régimen de semilibertad, para los delitos especialmente graves se eleva el período de seguridad a los dos tercios¹⁸⁷. Por el contrario, en otros países europeos como Bélgica y Alemania no se utilizan estos períodos de seguridad pues en ellos rige la idea de planificación del tratamiento y no la progresividad por grados, y por ello cabe la ejecución en régimen abierto desde el primer momento con independencia del delito, cosa que ocurría en nuestro país con anterioridad a la LO 7/2003, de 30 de junio.

Según la citada ley el período de seguridad, en síntesis, significa que en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta. Para la Exposición de Motivos esta ley: “Se considera necesaria la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento penal, que sirve de *punte* entre este ordenamiento y el penitenciario, ya que, a la hora de determinar la proporcionalidad de las penas, su concreta extensión y su adecuación a los fines de prevención general y especial, no pueden hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciaria. En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de libertad condicional puede hacer que la pena prevista por el Código Penal y fijada en la sentencia *quede muy distante de la efectivamente cumplida*”. Como resaltamos en esta última frase éste es el objetivo principal de las reformas de la LO 7/2003, de 30 de junio, como reconoce **Villameriel Presencio**¹⁸⁸, componente de la Comisión Técnica de la Reforma del Sistema de Penas creada por Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 2000 (BOE de 16 de julio de 2000), y por ello se establece el período de seguridad¹⁸⁹. Es decir, se produce cierta *desconfianza* en la Administración Penitenciaria y en los Jueces de Vigilancia en la forma de ejecución de las penas y se establecen límites para frenar esta discrecionalidad, y ello se justifica en base al *principio del derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos* (art. 9.3 Constitución española) en cuanto a la forma de ejecutar las penas de prisión. Siempre se había pensando que la seguridad jurídica era más importante y prioritaria para los penados que son quienes tienen que cumplir la condena que para el resto de la sociedad, pero ahora se da más importancia, al menos teóricamente, a que los ciudadanos sepan como se van a cumplir las penas aunque no les afecten directamente. Según diversos Autos de la Audiencia Provincial de Madrid Sección Quinta de 6 de Mayo, y de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Novena de 14 y 19 de Mayo de 2004: “de poco va a servir la seguridad jurídica antes de delinquir, si después del delito puede cambiarse la forma en que se ejecutará la pena”. La seguridad jurídica es incompatible si en la práctica se puede cambiar sobre la marcha la forma de ejecución de la pena.

186. Aránguez Sánchez, C./ Alarcón Navío, E. “El Código Penal Francés traducido y anotado”. Granada. 2000

187. García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 41 a 45

188. “La comisión técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003”. Pág. 4

189. García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Pág. 22

Por otro lado, lo que se consideró flexibilidad cuando se aprobó la LOGP para ofrecer la mejor solución al caso concreto de forma individualidad, consecuencia necesaria del fin resocializador de la pena, se califica sin embargo hoy, como puede verse en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, como amplio margen de discrecionalidad a combatir¹⁹⁰. Por todo lo cual se limita la discrecionalidad de la Administración y de los jueces en la toma de decisiones en materia de ejecución penitenciaria y, por tanto, el sistema de individualización científica también se ve afectado por esta reforma puesto que se restringen posibilidades de actuación penitenciaria. Decimos que se limita la discrecionalidad de la Administración Penitenciaria y del JVP porque para acceder al tercer grado cuando hay que cumplir el período de seguridad es necesaria la autorización del JVP para su levantamiento pero a su vez es *requisito preceptivo* el informe de pronóstico favorable de reinserción social (art. 36.2 *in fine*). No cabe duda que los nuevos requisitos establecidos son en realidad medidas que limitan la discrecionalidad del Juez de Vigilancia en la apreciación de la prognosis favorable de reinserción social en orden a la clasificación del penado¹⁹¹.

Evidentemente el apelar a este principio de la seguridad jurídica para realizar las reformas de la LO 7/2003, de 30 de junio, ha sido criticado por la doctrina que entiende mayoritariamente que detrás de ello hay un interés político-criminal de endurecimiento punitivo de las penas y de suprimir a la Administración Penitenciaria y a los Jueces de Vigilancia facultades para potenciar “*cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*” (ya la propia ley así lo expresa en su título), si bien de todos es sabido que desde que entró en vigor el Código Penal de 1995 el 25 de mayo de 1996, las penas se cumplen de forma *íntegra* salvo que se apruebe un indulto; ahora bien, lo que sí que es novedad de esta LO 7/2003, de 30 de junio, es que quiere que la pena se cumpla de forma efectiva. De todas las reformas se deduce que por *efectivo* hay que entender que el penado permanezca en una prisión en régimen ordinario, y que, por tanto, el legislador entiende que el estar en una de régimen abierto no lo considera como cumplimiento efectivo, y por ello se trata de retrasar lo más posible su salida a este tipo de prisión abierta, este argumento es mantenido por el CGPJ¹⁹². El legislador con ello opta por una concepción inocuidadora de la prevención especial consistente en mantener al delincuente alejado el mayor tiempo posible de la sociedad¹⁹³.

Por todas las razones citadas, además de por cuestiones electorales, como bien ha señalado también la mayoría de la doctrina, se establece en el art. 36.2 CP que cuando se imponga una pena de prisión superior a cinco años, el condenado no podrá ser clasificado en el tercer grado hasta haber cumplido la mitad de la pena impuesta. Ello no obstante, se introduce la previsión de que el JVP podrá acordar bien su mantenimiento, bien la aplicación del régimen general de cumplimiento, con lo que puede ser clasificado inicialmente en tercer grado con independencia del tiempo cumplido, volviendo a tener sentido el criterio del art. 72.4 LOGP. Por ello podemos decir que

190. López Peregrín, C. “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas? Revista Española de Investigación Criminológica. <http://WWW:criminologia.net>. Madrid. 2004. Pág. 1, 6 y 11

191. Leiva Tapia, J. “Retroactividad de la LO 7/2003”. Revista ATIP (Asociación Técnicos II.PP.). N.º 1 2004. Pág. 16

192. Informe al Anteproyecto de LO 7/2003. Madrid. 2003. Pág. 73

193. González Cussac, J. L. “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”. Revista xurídica galega n.º 38/2003. Pág. 24

actualmente hay una doble vía para la clasificación en tercer grado, si la pena es hasta cinco años rige el sistema general de individualización científica (art. 72.3 y 4 LOGP); pero si el delito es grave (pena superior a cinco años), salvo que autorice el JVP la aplicación del sistema citado, el penado queda fuera del mismo “*aparcado*” a la espera de que se cumpla el período de seguridad. Así lo reconoce el CGPJ en el informe al Anteproyecto LO 7/2003: “Si contempla el cumplimiento de la mitad de la pena sólo es como presupuesto de hecho que opera a modo de condición sin el que no cabe, en determinados casos, la concesión del tercer grado, dentro del sistema progresivo de ejecución de la pena de prisión”. Aquí cabe apreciar la influencia del denominado *Derecho Penal del enemigo*, según el cual algunos delincuentes pierden parte de sus derechos en base a la gravedad de los delitos, lo cual encaja con la ola de neo-conservadurismo que entiende la justicia como venganza¹⁹⁴.

La Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas proponía que para poder ser aplicado el régimen general tendría que cumplir *un año* de la pena¹⁹⁵. Otra propuesta que figuraba en el Anteproyecto de la LO 7/2003 aprobado por el Consejo de Ministros de 3 de enero de 2003 establecía la necesidad de tener cumplida la *cuarta parte* de la pena, quizá por ser este el plazo establecido para los permisos de salida (art. 47.2 LOGP), se pensó que no tendría sentido, con gran razón por cierto, que un penado fuese clasificado en tercer grado si no podía disfrutar de este tipo de permisos, aunque también sería conveniente reformar el art. 47.2 LOGP estableciendo mayor flexibilidad en cuanto al criterio rígido de la cuarta parte de la pena para los permisos. Pero ambas propuestas finalmente no se recogieron en la LO 7/2003 y, por tanto, se puede aplicar el régimen general desde el inicio del cumplimiento de la pena pero con determinados requisitos como veremos a continuación.

El Grupo Parlamentario Catalán presentó en el Congreso la enmienda n.º 59 a la LO 7/2003 pretendiendo elevar el límite del período de seguridad a los ocho años en base a entender que “en la medida que el artículo (36.2) contiene una institución novedosa en nuestro derecho penal y penitenciario, debe considerarse con cautela suficiente a fin de que, su aplicación, no se produzcan efectos no deseados. Asimismo, la ampliación del período de seguridad es necesaria ya que la realidad penitenciaria nos muestra que los condenados a más de cinco años de reclusión son una gran mayoría de los penados, y, en muchas ocasiones, son porque se utiliza violencia en la comisión del delito”. Esta enmienda no prosperó. Compartimos la propuesta de este grupo parlamentario puesto que la mayoría de los internos cumplen penas superiores a cinco años por delitos de robo o contra la salud pública, y, por tanto, hubiese sido razonable elevar el período de seguridad a ocho o diez años para evitar que a la mayor parte de los penados les sea aplicado un régimen excepcional de cumplimiento en base al art. 36.2 CP.

Dice textualmente el art. 36.2 CP:

“Cuando la duración de la pena de prisión impuesta 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.

194. Renart García. “Libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 14

195. “La comisión técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003”. Pág. 4

El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate 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, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.”

Como vemos, se dispone como regla que en las penas superiores a cinco años será necesario haber cumplido la mitad de la pena impuesta para obtener el tercer grado de tratamiento penitenciario. En el segundo apartado, sin embargo, se faculta al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en tales penas superiores a cinco años, para acordar la aplicación general del cumplimiento, cuando tenga pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Posibilidad facultativa que no alcanza a determinados delitos de terrorismo y de organización criminal, en los que rige de forma absoluta la exigencia del cumplimiento de la mitad de la pena, como período de seguridad previo al otorgamiento del posible tercer grado¹⁹⁶.

Respecto a este artículo el CGPJ en el informe al Anteproyecto de esta ley indicó sobre la *naturaleza* del mismo: “En primer lugar se trata de una disposición del Derecho de la ejecución de penas y no del Derecho penal material por cuanto afecta a la clasificación del penado y al régimen de cumplimiento de la prisión”. Por ello el CGPJ señaló la conveniencia de que esta exigencia para la concesión del tercer grado penitenciario se estableciese, al igual que sucede con las demás condiciones legales del mismo, en la LOGP: “Sacar esta norma del Código Penal evitaría el riesgo de error en la calificación de su naturaleza jurídica...”. Como el legislador no siguió estas indicaciones del CGPJ, se produce la confusión respecto a si este *período de seguridad* es derecho penal material o ejecutivo con lo que se genera dudas sobre su retroactividad. La doctrina mayoritaria, como es el caso de **Rodríguez Alonso**, entiende que sería deseable que estuviese recogido en la LOGP¹⁹⁷. Por el contrario, en Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 mayo 2004 se entiende que: “Distinguir entre la pena por un lado, y la vida de la pena, por otro, como si la pena existiera materialmente la margen de su cumplimiento, es contrario a toda experiencia y a la razón vital” y por ello defiende que esta norma no es ajena al Código Penal. Desde nuestro punto de vista el período de seguridad debería estar recogido en la LOGP puesto que afecta a la clasificación penitenciaria, y, por otro lado, esta ley también tiene el rango de ley orgánica.

En su informe el CGPJ distingue entre “retroactividad auténtica y retroactividad impropia”, así como la diferenciación entre Derecho penal material y Derecho procesal de ejecución de penas, sosteniendo la *retroacción* del período de seguridad (art. 36.2 CP), y en base a todo ello entiende, aplicando la jurisprudencia sobre del Tribunal Constitucional, que cuando un penado no está todavía clasificado en tercer grado no tiene “*derechos subjetivos*” al mismo, sino “*expectativas de derechos*” por

196. “La comisión técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003”. Pág. 5

197. “Lecciones de derecho penitenciario”. Granada. 2004. Pág. 295-296. En la misma línea López Peregrín, C. “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?” Revista Española de Investigación Criminológica. <http://WWW:criminologia.net>. Madrid. 2004. Pág. 11. y Renart García. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 88

lo cual el período de seguridad no sería aplicable a los que ya están clasificados en tercer grado¹⁹⁸, pero sí a los que todavía no lo tengan aprobado con independencia de la fecha de comisión del delito. **Fernández Arévalo**¹⁹⁹ defiende la constitucionalidad de la disposición transitoria única de la LO 7/2003, considerándola irreprochable, pues desde la STC 42/1986 (fundamento jurídico 3.º) lo que prohíbe art. 9.3 de la Constitución es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores, pero no, la incidencia de la nueva ley en los derechos en cuanto su proyección hacia el futuro.

Hay que resaltar que en el citado informe hay un voto particular al que se adhirieron siete miembros del denominado sector *progresista* que no estaban de acuerdo con esta interpretación. Como mantienen **García Albero** y **Tamarit Sumalla**²⁰⁰ los argumentos de retrospección de la LO 7/2003 no logran convencer puesto que afectan directamente al estatuto a la libertad como derecho fundamental, y para ello citan como ejemplo histórico reciente el tratamiento que se dispensó a las *redenciones de penas por el trabajo* en el Código Penal de 1995 al establecer el derecho a las mismas de todos los penados a quienes cometieron el delito con anterioridad a su entrada en vigor (25 de mayo de 1996) si les beneficiaba aunque todavía no hubiesen comenzado a cumplir la pena. El legislador no fue tan radical como el CGPJ y estableció que los artículos. 36.2, 76 y 78 de la Ley 7/2003 sólo podrán aplicarse a los delitos que se comentan a partir de la entrada en vigor de la misma²⁰¹, ya que estos quedan excluidos de la Disposición transitoria única que establece que sólo se aplicarán las disposiciones de esta ley desde la entrada en vigor de la misma en los artículos 90 y 90.3 CP y 72.5 y 6 de la LOGP. Pero estos últimos artículos también afectan al derecho fundamental a la libertad y por ello la disposición transitoria única ha de reputarse *inconstitucional*²⁰², criterio que compartimos totalmente, debería haberse establecido un período transitorio como se hizo con el citado ejemplo de la redención de penas por el trabajo, desgraciadamente habrá que esperar a lo que resuelva el Tribunal Constitucional frente a los numerosos recursos interpuestos contra esta ley.

La Inst. 9/2003 de la Dirección General II.PP. de 25 de julio de 2003 que regulaba las Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones introducidas por la LO 7/2003, de 30 de junio, determinó la aplicación retroactiva del período de seguridad, en el mismo sentido se ha pronunciado la Inst. 2/2004, de 16 de junio, que ha derogado la citada instrucción. La Generalitat de Cataluña, que tiene competencias en cuanto a la ejecución penitenciaria, si bien su Circular 1/2003, de 22 de septiembre, ordenó la aplicación retroactiva, posteriormente ha establecido que no cabe tal retroactividad en su Circular 1/2004, de 8 de junio, al producirse diversas resoluciones que niegan tal retroactividad, como son los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid Sección Quinta de 6 de mayo y de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Novena de 14 y 19 de mayo de 2004.

198. Téllez Aguilera. "La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia". Diario La Ley. 14-8-2003. Pág. 4

199. "Alcance de la disposición transitoria única de la LO 7/2003: retroactividad". XIII Reunión Jueces de Vigilancia. Valencia. 2004. Pág. 19

200. "La reforma de la ejecución penal". Valencia. 2004. Pág. 29

201. García Albero/ Tamarit Sumalla. "La reforma de la ejecución penal". Valencia. 2004. Pág. 30

202. García Albero/ Tamarit Sumalla. "La reforma de la ejecución penal". Valencia. 2004. Pág. 31

La Audiencia Provincial de Madrid en Auto de 6 de mayo de 2004 valorando la aplicación del período de seguridad a un penado que delinquiró antes de la entrada en vigor de la LO 7/2003, de 30 de junio, se ha pronunciado sobre la irretroactividad de la misma: “no cabe aplicarle una norma desfavorable (el *período de seguridad*), que le obligue a cumplir la mitad de la condena. Y es desfavorable -y, por tanto, debe ser irretroactiva- se indica en la propia exposición de motivos que la inspira”. Sigue este Auto “La Ley 7/2003 es penitenciaria, con rango de ley orgánica, y afecta a un derecho fundamental: la libertad de una persona”. Por ello, no es factible según este Tribunal *endurecer* una norma y aplicarla a alguien después de haber cometido un delito, puesto que ello crea desconfianza en la norma, es decir, da lugar a inseguridad jurídica, curiosamente, lo que se trataba de combatir con la LO 7/2003²⁰³.

A pesar de ello hay autores, como **Rodríguez Alonso**, que defiende que aunque con mayor grado de cumplimiento efectivo, la pena que sigue cumpliendo es la misma en su extensión a la impuesta por la norma originaria (...). Tan sólo si la actual normativa sirviera de base para sobrepasar la duración concreta de la pena impuesta en sentencia condenatoria se estaría vulnerando el principio de irretroactividad. La garantía penal derivada del principio de legalidad (art. 2.1 CP) determina sólo la prohibición de retroactividad de normas que impongan penas más graves a las impuestas con arreglo a la normativa previa (...). El art. 3.2 CP parece admitir que la posibilidad de que las penas y medidas ya impuestas se ejecuten con una normativa aprobada con posterioridad a la perpetración de los hechos que motivaron la condena. (...). Por ello, entiende que la Disposición Transitoria única de la LO 7/2003 únicamente vulneraría la prohibición constitucional de irretroactividad si, bajo las nuevas condiciones de cumplimiento, se produjera la regresión del tercer grado o la revocación de la libertad condicional ya concedida pues es una *situación jurídica consolidada* (...). No parece, por tanto, que en este punto la reforma aprobada pueda reputarse inconstitucional²⁰⁴.

Es cierto que la LO 7/2003, de 30 de junio, no incrementa la duración de las penas ya firmes, ni las futuras por hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, pero sí, como dice el citado autor, supone un endurecimiento del cumplimiento de las penas por los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la citada ley orgánica; y este mayor endurecimiento entendemos que puede afectar al derecho a la libertad (art. 17 CE) pues es posible prolongar el cumplimiento efectivo de la pena en prisión por más tiempo del inicialmente previsto cuando se cometió el delito, conculcando con ello el derecho a la seguridad jurídica, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9 CE).

Ríos Martín se opone claramente a la retroactividad de la LO 7/2003, de 30 de junio, y entiende que sólo es aplicable a las personas que delincan a partir del 2 de julio de 2003, fecha en que entró en vigor la citada ley²⁰⁵. Nosotros compartimos totalmente este criterio.

203. En el mismo sentido de irretroactividad del período de seguridad de la LO 7/2003, por ser desfavorable al reo, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de junio de 2004

204. “Lecciones de derecho penitenciario”. Granada. 2003. Pág. XXX- I

205. “La ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel”. Madrid. 2004. Pág. 92-100

Durante la tramitación de la LO 7/2003, de 30 de junio, algunas de las enmiendas presentadas solicitaron la supresión del *período de seguridad* del art. 36.2 por entender que el cumplimiento de la mitad de la pena en los supuestos de que la pena fuese superior a cinco años de prisión para acceder al tercer grado penitenciario es puramente *retribucionista*, carente de respaldo a la hora del respeto constitucional de la reinserción social que debe primar las penas privativas de libertad. Pero aquí hemos de recordar que el Tribunal Constitucional, en las diversas ocasiones en las que se ha pronunciado al respecto y entre ellas, las sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987 de 21 de enero, 28/1988 de 23 de febrero, 55/1996 de 28 de marzo, 112/1996 de 24 de junio, 75/1998 de 31 de marzo y 91/2000 de 30 de marzo, reitera que, en principio, dicha vulneración carece de entidad autónoma para justificar, por sí sola, la pretensión de amparo por cuanto, dicho precepto, -se refiere al art. 25.2- no contiene un derecho fundamental, “sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos” precisando además que: “el artículo 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad”. En consecuencia, según **González Pastor**²⁰⁶, tampoco la reforma introducida estaría en contra de la finalidad constitucionalmente citada en el referido artículo, si bien se ha introducido un elemento de rigidez²⁰⁷.

Desde nuestro punto de vista, no cabe duda que el art. 36.2 establece un *elemento extraño* en el procedimiento de clasificación que *distorsiona* el sistema de individualización científica recogido en la LOGP y el RP, requiriendo el cumplimiento necesario de la mitad de la pena lo cual choca con el tratamiento flexible y basado en la evolución de la personalidad del penado²⁰⁸. En la misma línea **Cervelló Donderis**²⁰⁹ mantiene que a partir de ahora se da preferencia a criterios objetivos basados exclusiva y preferentemente en la duración de la pena impuesta, por más que se admitan excepciones de las que se excluye expresamente al terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Ya hemos visto que con esta nueva figura se ha introducido un elemento de *rigidez* en la flexibilización que caracteriza al sistema de individualización científica.

También hemos comprobado que la Disposición Transitoria de la Ley LO 7/2003, de 30 de junio, no hace referencia al art. 36.2 CP, por lo que entendemos que la exigencia del período de seguridad no tiene efectos retroactivos, y por ello no procederá ninguna regresión a segundo grado de quien estando clasificado en tercer grado antes de la entrada en vigor de la reforma y hallándose condenado a penas superiores a 5 años no tuviera cumplida la mitad de la condena, ni tampoco sería aplicable a los penados que cometieron el delito antes de la entrada en vigor de la LO 7/2003 el 2 de julio de 2003.

Antes de la LO 7/2003, de 30 de junio, podían ser clasificados en tercer grado los penados, que por sus circunstancias personales y penitenciarias estaban capaci-

206. “Análisis de la LO 7/2003: Examen de su constitucionalidad”. Revista Actualidad Penal n.º 40. 2-11-2003. Pág. 12

207. Téllez Aguilera. “La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”. Diario La Ley. 14-8-2003. Pág. 4

208. En este sentido García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Pág. 47-48

209. “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. Valencia. 2004. Pág. 14

tados para vivir en semilibertad (art. 102.3 R.P.) puesto que el art. 72.4 LOGP establece que: “*En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión*”. Por su parte el art. 72.3 dispone que siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte en condiciones para ello, *podrá ser clasificado inicialmente en grado superior*, salvo el de libertad condicional sin pasar necesariamente por los anteriores. Por tanto, se podía clasificar en tercer grado a cualquier penado que reunía los requisitos para vivir en régimen abierto sin haber cumplido ningún plazo mínimo de condena. Tras LO 7/2003, de 30 de junio, se producen una serie de *contradicciones* entre la normativa penal y penitenciaria²¹⁰, es decir, entre los artículos citados de la LOGP y el reformado art. 36.2 CP, que establece que para acceder al tercer grado es necesario haber cumplido el denominado *período de seguridad* (la mitad de la pena cuando ésta sea superior a cinco años). Por lo cual, estimamos que sería necesaria la reforma del art. 72 LOGP en relación con el art. 36.2 CP.

Pero se plantea la duda interpretativa de qué ocurre si el sujeto está cumpliendo varias penas que no superan ninguna de ellas los cinco años de condena pero sí rebasa dicho límite la suma total de las mismas. La cuestión es, pues, si el período de seguridad entra en juego, como si de una pena accesoria se tratara, cuando una pena alcanza el citado umbral de rebasar los cinco años o si es predicable de penas de duración inferior pero que han quedado refundidas o acumuladas dando lugar a una pena resultante que supera dicho límite. Para **Téllez Aguilera**²¹¹ una interpretación teleológica del 36.2 CP impide llegar a la ilógica deducción que una pena de 5 años y un día sí tiene período de seguridad, mientras que una pena de 15 años por refundición de 3 de 5 (esto es sin que ninguna supere el límite fijado por la ley para entender aplicable el período de seguridad) o de varias impuestas por delitos conexos de las cuales la mayor es una de cinco, no le es aplicable dicho período. El legislador ha querido que sobrepasado un determinado número de años de pena de prisión el penado no pueda ser clasificado en tercer grado hasta alcanzada la mitad de su cumplimiento, y para ello da igual que los citados años procedan de una pena única, varias acumuladas o refundidas.

En contra de esta interpretación se pronuncia **García Albero** pues tratándose *sensu stricto*, de refundición de penas ex art. 193.2 RP, la unidad se predica exclusivamente de la ejecución, más las penas siguen conservando, nominalmente su autonomía. Varias penas inferiores a 5 años siguen siendo, varias penas menos graves en la nueva reforma del art. 33 CP (LO 15/2003, de 25 de noviembre por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) por mucho que, a efectos de ejecución, se haga precisa su consideración unitaria²¹². Además, el precepto que regula la refundición tiene mero rango reglamentario y se refiere sólo al cómputo a efectos de libertad condicional. Por todo ello, podemos decir que pretender transformar por la suma de penas menos graves en pena grave a efectos de libertad condicional no tiene cobertura ni legal ni reglamentaria.

210. Renart García, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 88

211. “La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”. Diario La Ley. 14-8-2003. Pág. 4

212. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 58

Otra interpretación para saber qué penas son graves se basada en que el art. 36.2 se refiere a *pena*, como consecuencia jurídica del delito, frente a *condena* que es el resultado de la suma aritmética o refundida de las penas impuestas (193.2 RP); y el citado art. 36. 2 dice textualmente la “*pena de prisión*”, con lo que no podría entenderse como pena la suma de varias, pues esto da lugar a una condena. Por otro lado, la refundición de condenas es a los solos efectos de libertad condicional con lo cual si quisiera establecer la unidad de ejecución a efectos de período de seguridad debería constar textualmente en el art. 36.2 CP.

La Instr. 9/2003, de 25 de julio, sobre “*Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones introducidas por la LO 7/2003*” del Director General de Instituciones Penitenciarias determinaba que el *período de seguridad* cuando el interno esté condenado a varias penas debe computarse sumando todas ellas aunque hayan sido impuestas en diferentes procedimientos: “*En los supuestos en los que el penado cumpla una pena de más de 5 años o varias que sumadas aritméticamente o refundidas excedan de esta duración será requisito necesario que el interno tenga cumplida la mitad de la condena o condenas, con independencia de que éstas vengan impuestas en una o varias causas o procedimientos*”. La citada instrucción ha sido derogada por la Inst. 2/2004, que regula la misma materia manteniendo la misma redacción y criterio respecto al período de seguridad. La Generalitat de Cataluña, que tiene transferidas las competencias en la ejecución penitenciaria, si bien en su Circular 1/2003, de 22 de septiembre, ordenó que se debía aplicar el período de seguridad incluso a la suma de las penas que superasen los cinco años, en la Circular 1/2004, de 8 de junio, mantiene que sólo se aplicará el período de seguridad a penas superiores a cinco años, excluyendo la suma de varias penas que no superen los cinco años para aplicar el período de seguridad. En esta última circular se indica que este cambio se produce debido a los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid Sección Quinta de 6 de mayo y de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Novena de 14 y 19 de mayo que se pronuncian en este sentido.

Por todo ello, consideramos que la Inst. 2/2004 de la DGIIPP es contraria al principio de legalidad, y supone un caso de analogía *in malam partem*. El art. 3.2 CP establece que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. Y todo ello porque en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003 se señala que: “en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado de tratamiento hasta que haya cumplido la mitad de la condena”. Por tanto se vincula el período de seguridad a los delitos considerados de *cierta gravedad*. Para averiguar cuál es esta gravedad habrá que acudir al Código Penal, donde se establece en el art. 13 que *son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave*; y si queremos saber que delitos son considerados graves para el legislador del año 2003 hemos de acudir la LO 15/ 2003, de 25 de noviembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal donde se establece en el art. 33.2 que *es pena grave la superior a cinco años*. Por lo tanto no parece que el sentido de la LO 7/2003, de 30 de junio sea que se establezca dicho período a delitos que no tengan esa “*cierta gravedad*” aun cuando sean varios y la cuantía de la pena correspon-

diente a cada uno sumada aritméticamente o refundida sea superior a cinco años, así parece que se debe interpretar tras la lectura de la exposición de motivos²¹³.

Así pues, como dice **Castro Antonio**²¹⁴ refiriéndose a la Inst. 2/2004 de la DGIIPP, resulta totalmente rechazable que una cuestión de tanta importancia como la que nos ocupa sea desarrollada por una Instrucción de la DGIIPP, órgano administrativo que no puede regular limitaciones en materia punitiva.

También esta instrucción recuerda que el cumplimiento del período de seguridad: *“Este requisito es siempre exigible a internos condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones delictivas. Respecto al resto de los penados se parte de la regla general de su exigencia, si bien el art. 36.2 párrafo 2.º del Código penal permite que el Juez de Vigilancia lo dispense cuando exista un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción”*.

Manzanares Samaniego²¹⁵ se muestra favorable al período de seguridad porque entiende que la clasificación tercer grado suponía un amplio margen de discrecionalidad: “Este margen de actuación administrativa, sin otro control que el confiado a la discreción del Fiscal es, sin duda, excesivo. Sobre todo, cuando algunos penados sólo van a dormir al establecimiento penitenciario (...). Las críticas a esta situación han sido constantes, exigiendo al menos el previo cumplimiento efectivo de una parte de la pena, a semejanza de lo que ocurre con la libertad condicional. (...) Hoy la concesión del tercer grado funciona como la entrega de un cheque en blanco a la Administración Penitenciaria que ésta rebajará a voluntad, minusvalorando a veces el fundamento culpabilístico de la pena y sus fines de prevención general”. La reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, exige “al menos el previo cumplimiento efectivo de una parte de la pena, a semejanza de lo que ocurre con la libertad condicional”, lo que desde nuestro punto de vista significa volver al clásico sistema progresivo al exigir nuevos plazos objetivos de cumplimiento. Por el contrario, **Ríos Martín**²¹⁶, mantiene que el período de seguridad destroza absurdamente y sin fundamento razonable el principio de individualización científica que se intenta conseguir a través del tratamiento penitenciario que postula la LOGP. Estamos de acuerdo con este autor en que la LOGP y su Reglamento cuentan con los mecanismos suficientes de control para evitar que las personas con penas elevadas obtengan inicialmente el régimen abierto pero no lo hacen imposible para casos excepcionales, y que el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional debería hacerse en función del tratamiento individualizado legalmente establecido, y, por tanto, su aplicación no debería tener ningún límite temporal, sino que debería ser aplicado en función de las variables que establece la Legislación Penitenciaria.

No cabe duda, como dice **Téllez Aguilera**, que el sistema de individualización científica acuñado por la LOGP se ha *esclerotizado*²¹⁷, quebrando la columna princi-

213. Petisco, M.ª Teresa y Sánchez, Fernando. “Algunas consideraciones sobre la Instrucción 9/2003. Revista Asociación de Técnicos de II.PP. Cáceres. 2004 Pág. 6

214. “El período de seguridad”. XIII Reunión Jueces de Vigilancia. Valencia. 2004. Pág. 3

215. “Cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”. Madrid. Actualidad Penal n.º 10-2-2003. Pág. 12

216. “Manual de ejecución penitenciaria.: defenderse de la cárcel”. Madrid. 2004. Pág. 89

217. “¿Hacia un Guantánamo español? Reflexiones a partir de la LO 7/2003”. Revista ATIP (Asociación Técnicos II.PP.). Madrid. N.º 1 2004. Pág. 24

pal del mismo al establecer nuevos plazos y otros requisitos. En este sentido se manifiesta **Bueno Arús**²¹⁸ al decir que no está de acuerdo con el período de seguridad por ser claramente una medida de precaución política que altera la naturaleza y la finalidad preventivo-especial positiva de la pena.

En otro orden de cosas, la introducción del período de seguridad va a suponer una grave contradicción con otros preceptos de la propia LOGP y el RP. Así, en el art. 72.4 de la ley se establece que *“en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de su progresión”*. También el art. 105.1 RP prescribe la obligación reglamentaria de revisar cada seis meses dicha clasificación. En estos casos, esa revisión resultará inútil si se encuentra clasificado en segundo grado y no ha cumplido aún la mitad de la condena para su clasificación en tercero²¹⁹. Todo ello condiciona gravemente también la planificación del programa de tratamiento y todas las demás previsiones encaminadas a la resocialización de los penados. Por lo que consideramos conveniente la supresión del período de seguridad, y en caso de que se mantenga debería incluirse en la LOGP y reformarse los apartados tercero y cuarto del art. 72 de la citada ley.

7.3.2. Las limitaciones del art. 78 CP

El sistema que sigue nuestro Código Penal para la punición del concurso real de delitos es el de la acumulación material (arts. 73 y 75) limitado por el principio de acumulación jurídica (art. 76). Es decir, al responsable de dos o más delitos se le imponen las penas correspondientes a cada uno de ellos, pero la suma total, en los casos en que fueron impuestas en un solo proceso o en distintos pero por delitos que por su conexión pudieran haberse enjuiciado en uno solo, se limita al triple de la más grave, sin que este máximo de cumplimiento pueda superar los topes que fija el art. 76 CP, y que, hasta la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, eran de 20, 25 ó 30 años, según los casos allí previstos. Para los supuestos en los que la pena resultante de la acumulación supusiera una rebaja superior a la mitad de la suma de todas las penas, el art. 78 CP preveía la posibilidad de que el Tribunal sentenciador señalara, atendiendo a la peligrosidad del sujeto, que los beneficios penitenciarios y el cómputo para disfrutar de libertad condicional se realizasen no sobre la pena acumulada resultante sino sobre el total de las penas, acuerdo que podía luego el JVP modificar en función de la evolución tratamental del penado, y por tanto dejar sin efecto dicha limitación.

La LO 7/2003, de 30 de junio, ha procedido a realizar una reforma en los arts. 76 y 78 del Código Penal, cuyos aspectos más destacados son los siguientes:

- a) Se parte del mismo sistema de punición del concurso real (esto es, principio de acumulación material limitado por el de acumulación jurídica) señalando como tope el triplo de la pena más grave y fijando el tope punitivo general en los 20 años. Excepcionalmente se mantienen los topes de 25 (para cuando alguno de los delitos está castigado por la ley con pena de hasta 20 años) y 30 (si para alguno de los delitos la pena legalmente prevista es superior a los 20 años). La

218. Prólogo al libro de Renart García. “Libertad Condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 21
219. García Albero, R. “Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado”

novedad fundamental consiste en que se incluye un nuevo tope penológico de 40 años de prisión para los supuestos en que dos delitos estén castigados con penas superiores a 20 años, salvo que se trate de delitos de terrorismo, en cuyo caso basta la existencia de un solo delito castigado legalmente con pena superior a 20 años para que la pena acumulada total a cumplir se sitúe en los 40 años. Junto a esta fundamental novedad, comentar que se añade en el ap. 2.º del art. 76 la mención expresa al momento de la comisión del delito como criterio, junto al de conexión, que permite la acumulación punitiva.

- b) Con respecto a las limitaciones previstas en el art. 78, éstas se agudizan, en el sentido de que lo que era una facultad del Juez o Tribunal sentenciador antes de la reforma se convierte ahora en un acuerdo preceptivo para los supuestos en los que la pena resultante sea de 25, 30 ó 40 años (siempre que dicho tope represente un *ahorro* de más de la mitad de la duración que representaba la suma lineal de todas las condenas), ampliándose el campo de aplicación no sólo a los beneficios y libertad condicional sino también a los permisos y a la clasificación en tercer grado. Por su parte, la restricción comentada se extiende, asimismo, a la posibilidad de que el Juez de Vigilancia pueda luego revisar dicho régimen, pues en los casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones delictivas dicha posibilidad nunca podrá darse para poder clasificarse en tercer grado antes de que reste tan sólo una quinta parte del límite máximo de cumplimiento o una octava parte para acceder a la libertad condicional.

Por tanto, la existencia de límites máximos de cumplimiento efectivo de la pena de prisión puede dar lugar a que la pena a cumplir sea muy inferior a la suma total de las impuestas, lo cual ha sido considerado suficiente por el legislador del 2003 para establecer un régimen *más duro* de acceso al tercer grado en algunos supuestos²²⁰.

Sin duda, uno de los aspectos más discutibles de cualquier sistema penal es la respuesta a dar frente al concurso de delitos, en especial al concurso real. El cumplimiento de todas las penas correspondientes a todos los delitos cometidos por el mismo autor es rechazado por el Derecho penal moderno, al menos en su forma pura. El Código de 1995 había establecido en treinta años el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena a pena de prisión, sea cual fuere el número de los delitos cometidos por el condenado. Las reformas de la LO 7/2003 van íntimamente relacionadas con el incremento de la duración de las penas, concretamente se incrementa la pena máxima de prisión hasta cuarenta años en supuestos de concurso real de delitos.

En base al art. 76 del CP y, en algunos supuestos (cuando la acumulación jurídica sea inferior a la mitad de la acumulación material, es decir, cuando la suma de las condenas impuestas en las respectivas sentencias sea más del doble de la limitación absoluta establecida en cada caso en el artículo 76), de acuerdo al artículo 78 del CP, se podrá acordar por parte del tribunal sentenciador que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para

220. López Peregrín, C. “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas? Revista Española de Investigación Criminológica. <http://WWW:criminologia.net>. Madrid. 2004. Pág. 8

la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. No obstante, también aquí el JVP, en la fase de ejecución penitenciaria, dependiendo del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, puede determinar el régimen general (como en el supuesto de la clasificación en tercer grado), aunque también si son delincuentes terroristas o que han cometido delitos en el seno de organizaciones criminales, sólo podrán acceder al tercer grado cuando les falte por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de condena, y a la libertad condicional, cuando le quede por cumplir una octava parte del límite máximo.

La Comisión Técnica consideró que dicho máximo de treinta años debía mantenerse. Sin embargo, estimó también necesario reformar la regla de cómputo de los beneficios penitenciarios en los supuestos en los que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Conforme al CP de 1995, es facultad del Juez o Tribunal decidir si los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional han de referirse a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias o sólo al máximo de su cumplimiento efectivo. La reforma pretendía que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Se trataba obviamente de activar la respuesta penal efectiva frente a los autores de una pluralidad de delitos, por lo que sería de aplicación sólo a aquellos supuestos graves en que los condenados se encuentren en los límites máximos señalados por el art. 76.2 (veinticinco o treinta años de cumplimiento efectivo de condena a pena de prisión) y siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Cuando no lleguen a entrar en juego estos límites máximos, la Comisión fue del parecer de que debe mantenerse plenamente la facultad decisoria del Juez o Tribunal ya señalada al principio.

La LO 7/2003 reforma el art. 78 CP para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de *crímenes especialmente graves* se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Esta modificación fue propuesta por la Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas²²¹.

Para la Exposición de Motivos de esta ley: *“Se trata de activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves, que además han cometido una pluralidad de delitos, es decir, frente a aquellos que se encuentren en los límites máximos señalados por el artículo 76 del Código Penal (25, 30 ó 40 años de cumplimiento efectivo de condena a pena de prisión) y siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Cuando no lleguen a entrar en juego estos límites máximos, debe mantenerse plenamente la facultad decisoria del juez o tribunal ya señalada al principio.*

Pero en los casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el JVP podrá acordar la concesión de un tercer grado sólo cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena impuesta, y podrá acordar la concesión de la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del mencionado límite”.

221. “La comisión técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003”. Pág. 5-6

En el Anteproyecto de LO 7/2003 aprobado por el Consejo de Ministros el 3 de enero de 2003 establecía el cumplimiento íntegro de las penas sin posibilidad de régimen abierto ni libertad condicional para los supuestos de terrorismo y/o crimen organizado. Esto suponía una quiebra del principio orientador de las penas del art. 25.2 CE, ya que se hacía imposible vislumbrar en el horizonte de ese “cumplimiento íntegro y efectivo” de la pena el más mínimo atisbo de reinserción social a través de los mecanismos que le son propios, es decir la obtención de los beneficios penitenciarios en sentido amplio²²². Por tanto, la cuarta parte, la mitad o las tres cuartas partes se establecían sobre la totalidad de las condenas; lo cual daba lugar en supuestos de penas superiores a 160 años no podrán disfrutar ni tan siquiera de permisos salida. Para salvaguardar el principio orientador, pero irrenunciable, de las penas del art. 25.2 CE, y evitar el riesgo de cierta tacha de constitucionalidad el legislador, en base a un acuerdo entre el Partido Popular y el Socialista, establecieron la posibilidad de que en supuestos de terrorismo y/o crimen organizado se pudiera disfrutar, con grandes restricciones como veremos, régimen abierto y libertad condicional.

El incremento del techo penológico a los cuarenta años, cuya constitucionalidad está, según cree **Téllez Aguilera**, salvada por la posibilidad de alcanzar la libertad condicional anticipada a los treinta y dos años de la condena²²³.

Tales limitaciones siguen considerándose por parte de la doctrina como inconstitucionales dado que la permanencia en prisión puede llegar incluso en el mejor de los casos hasta treinta y dos años, y este cumplimiento chirría con los arts. 25.2 y 15 CE, este último prohíbe las penas o tratos inhumanos inhumanos y degradantes.

Por otro lado, también choca con la doctrina del TS (Sent. 7.3.2001) que es especialmente crítica con las penas que por no poder ser objeto de acumulación jurídica pueden alcanzar los treinta años, indicando como solución su ajuste en sede reglamentaria con fórmulas como el indulto parcial, la solicitud de indulto por la Junta de Tratamiento o el adelantamiento de la libertad condicional, lo que precisamente con las reforma de la LO 7/2003 no va a poder ser posible²²⁴.

Si hay un rechazo tanto jurisprudencial como doctrinal al incremento de las penas de prisión con los claros efectos desocializadores que tienen, no se entiende muy bien esta desmesurada agravación, salvo que esto suponga volver la espalda a línea político criminal que inspiró el art. 25.2 CE. A veces, se pone como ejemplo a otros países europeos en los que existe la cadena perpetua (Francia, Alemania, Italia, etc.) pero en estos casos es posible su remisión mediante la libertad condicional o el derecho de gracia: en Italia a los veintiséis años y en Alemania a los quince. Como vemos estas penas quedan muy distantes de los cuarenta años que establece la LO 7/2003, de 30 de junio.

Establece textualmente el art. 78:

“1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios

222. Leiva Tapia, J. “Retroactividad de la LO 7/2003”. Revista ATIP (Asociación Técnicos ILPP). N.º 1 2004. Pág. 17

223. Téllez Aguilera, A. “¿Hacia un Guantánamo español? Reflexiones a partir de la LO 7/2003”. Revista ATIP (Asociación Técnicos ILPP). N.º 1 2004. Pág. 23

224. Cervelló Donderis, V. “Los nuevos criterios de clasificación”. Valencia. 2004. Pág. 5-6. En prensa

penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.
3. En estos casos, el juez de vigilancia, 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 Penitenciarias 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 del límite máximo de cumplimiento de la condena.”

Este artículo, según **García Albero**²²⁵, establece tres tipos de régimen de cumplimiento:

1) *Régimen de cumplimiento efectivo contingente.*

Este régimen es aplicable a los penados que reúnan los siguientes requisitos:

- Que la pena a cumplir sea *inferior a la mitad* de total de las impuestas.
- Que no hayan sido condenados por ningún delito castigado con pena de prisión de hasta 20 años o superior a 20 años.

En estos casos la aplicación de las limitaciones establecidas por el art. 78 CP es facultativa por parte del Juez o Tribunal sentenciador. Aunque no se diga expresamente, no cabe duda que dichas limitaciones deben ser motivadas en la sentencia o auto de acumulación de las penas para evitar que la decisión de aplicar el art. 78 sea absolutamente discrecional.

2) *Régimen de cumplimiento efectivo necesario.*

Es aplicable a penados a los que se haya limitado el máximo de cumplimiento de pena con los topes establecidos en las letras a), b), c) y d) del art. 76: 25, 30 ó 40 años. En estos casos la aplicación del art. 78 es *preceptiva*.

En estos dos primeros supuestos es posible el *regreso al sistema general de cumplimiento*, condicionada al previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, levantándose con ello las limitaciones del art. 78 y del art. 36.2 (período

225. García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 77 y siguientes

de seguridad) sobre la totalidad de las penas impuestas. Esta vuelta al régimen general de cumplimiento deberá ir precedida del trámite de audiencia del Ministerio Fiscal, de Instituciones Penitenciarias y de las demás partes.

3) *El régimen de cumplimiento íntegro por terrorismo y/o delincuencia organizada.*

En el caso de delincuencia terrorista y/o organizada en el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros de 3 de enero de 2003 se preveía el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas ya que no era posible flexibilización alguna bajo ningún concepto, por lo cual el Juez de Vigilancia no podía hacer nada para rebajar el período de cumplimiento efectivo de la condena al no permitírsele el legislador, lo que era un síntoma claro de que podía constituir un trato inhumano o degradante ya que suponía acarrear sufrimientos de una especial intensidad y provocar una humillación o sensación de envilecimiento. En cambio, el CGPJ, en su informe sobre el mismo, establece todo lo contrario y afirma que no puede calificarse de trato inhumano o degradante lo previsto en el texto²²⁶, aunque sí propone que: “*si se mantiene en el número 3 del artículo 78, la excepción allí prevista para los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, debería introducirse algún tipo de mecanismo jurídico o de precisión legal que diferenciase de algún modo el tratamiento del delincuente que alcance la rehabilitación social de aquel otro que se encuentre en el caso contrario*”. Afortunadamente el CGPJ sí observa cierta desproporción en esta regulación y propone cambios, por lo que, de forma indirecta está reconociendo la excesiva dureza del precepto cuestionado. Fruto del Proyecto de 7 de febrero, el acuerdo entre las fuerzas políticas PP-PSOE, se previó una mínima posibilidad de atenuación o flexibilización al permitir la salida en libertad condicional, en estos casos, cuando el terrorista hubiera cumplido treinta y cinco años de condena. No puede, por tanto, hablarse de grandes mejoras con este acuerdo de los partidos políticos mayoritarios del Parlamento de la nación.

Sólo se puede levantar las limitaciones del art. 78 CP y volver al régimen normal de cumplimiento cuando se hayan cumplido determinados plazos:

- Cuatro quintos (treinta dos años sobre una pena máxima de cuarenta años) para acceder al tercer grado.
- Siete octavos (treinta y cinco años sobre una pena máxima de cuarenta años) para alcanzar la libertad condicional.

Con lo cual y en relación a lo que establece el art. 36.2 tampoco se puede levantar el período de seguridad a penados por delitos de terrorismo o cometido en el seno de organización criminal aunque hayan cumplido la mitad de la pena, sino que tienen que tener cumplidos los cuatro quintos de la pena. En este punto el art. 78 constituye una *lex specialis* respecto al citado art. 36.2, que agrava considerablemente la duración del período de seguridad para este tipo de delincuentes. En esta misma línea, se

226. CGPJ. Servicio de estudios e informes. Versión digital, p.8. Según este informe que “la adecuación o no a la Constitución de la elevación a 40 años del máximo de cumplimiento efectivo de la condena en supuesto de concurso de delitos no se sitúa tanto en el terreno de la noción de tratos inhumanos y degradantes, sino en el de la posibilidad o no de que ésta pueda satisfacer las exigencias que a las penas privativas de libertad impone el artículo 25.2 CE, máxime si se tiene en cuenta que la cuestión que es objeto de este informe no se sitúa en el terreno de la duración máxima de las penas (artículo 36 CP), sino en el del cumplimiento efectivo de éstas en el caso de concurso de delitos (artículo 76 CP)

determina en el art. 78.3 que en los penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales sólo podrán ser clasificados en tercer grado cuando les falte por cumplir una quinta parte de la pena (Sobre una pena de 40 años tendrán que cumplir 32 años para acceder al tercer grado). Por ello podemos afirmar que este tipo de penados tiene que cumplir un *período de seguridad agravado*.

En cuanto a la limitación impuesta para que el JVP pueda tornar al régimen general de cumplimiento en los casos de condenados por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones delictivas, señalar que la posibilidad de tal decisión sólo lo es, ex art. 78.3 *in fine*, a los efectos de clasificación en tercer grado y disfrute de libertad condicional. Nada se dice de la concesión de permisos, lo que lleva a que, siguiendo la literalidad del precepto, éstos en todo caso se refieran siempre a la suma total de las penas, lo que tiene como ilógica consecuencia el hecho de que cuando estos internos hubiesen sido condenados a más de 160 años de prisión nunca puedan salir de permiso (cumplirían la cuarta parte a los 40 años, esto es, cuando extinguen completamente su condena), pese a lo cual sí que pueden disfrutar de tercer grado a los 32 años y libertad condicional a los 35²²⁷. En la misma línea se manifiesta **Cervelló Donderis**²²⁸. Desde nuestro punto de vista es totalmente absurdo que un penado, aunque sea condenado por terrorismo, no pueda disfrutar de permisos de salida cuando haya informe pronóstico favorable de reinserción social y se le levante las limitaciones del art. 78 CP, pues ello quiere decir que no podrá salir a la calle hasta que pase a tercer grado, es decir, cuando haya cumplido 32 años de la pena; con ello se renuncia a un instrumento muy beneficioso para romper la vinculación con el grupo terrorista y reforzar la vinculación familiar.

Todas las reformas penales del año 2003 estaban dirigidas a potenciar la seguridad ciudadana, al menos teóricamente, por ello **Landrove Díaz** vino a decir que el conocido hasta ahora como el Código Penal de la democracia habría que denominarlo como el Código Penal de la seguridad, realizando la siguiente crítica: “más delitos, penas más severas, mayor eficacia -obviamente represiva- ante la criminalidad y todo ello en aras de la seguridad ciudadana. En definitiva, *tolerancia cero* ante una patología social cuyos orígenes no parecen interesar al sistema que la genera y que actúa con creciente dureza ante las consecuencias ignorando deliberadamente sus causas últimas²²⁹”.

De otra parte, la inclusión de reglas específicas para la ejecución de las penas a ciertos delincuentes, vulnera, según **Fernández García**, otra regla fundamental de las características de la pena en el Estado social y democrático de derecho, que es la *igualdad* porque, ante la comisión de un hecho gravísimo, como puede ser el asesinato, si se comprueba por el juzgador la presencia de todos y cada uno de los elementos del delito, debe, inexorablemente, aplicarse la pena en igualdad de condiciones, sea terrorista o no lo sea quien cometa el abominable crimen, puesto que el acto es igualmente disvalioso²³⁰. En la misma línea **López Peregrín** afirma que la LO 7/2003 al esta-

227. Téllez Aguilera, A. “Cumplimiento íntegro de las penas: una nota de urgencia”. Diario La Ley 14/8/2003. Madrid. 2003. Pág. 3

228. “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. Valencia. 2004. Pág. 28. En prensa

229. “El Derecho Penal de la seguridad”. Revista La Ley 10/10/2003. Pág. 2

230. “¿Un derecho penal mejor?”. Diario El País. 16/2/2003

blecer reglas diferentes para un determinado tipo de delincuentes supone una infracción del principio de igualdad²³¹ pues se *agrava* el acceso al tercer grado y libertad condicional de los terroristas y/o los que cometan el delito en el seno de organizaciones delictivas. Con ello se establecen dos clases de delincuentes, aquéllos que pueden obtener el régimen general de cumplimiento y los que tienen un régimen excepcional, plasmándose de esta forma lo se ha dado en llamar un “*Derecho penal del enemigo*”, un derecho penal que trata a determinados tipos de delincuentes no como ciudadanos que han infringido una norma penal y deben ser castigados con una pena, sino “como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizados del modo que sea, cueste lo que cueste²³²”. Según **Muñoz Conde** al enemigo se le imponen gravísimas penas y se le recortan garantías del Estado de Derecho, abriéndose con ello una “puerta por donde puede colarse sin darnos cuenta un derecho penal autoritario”²³³. Por tanto, el Derecho penal del enemigo distingue entre delincuentes con derechos y delincuentes enemigos del Estado, estos últimos con menos o ningún derecho, vulnerando con ello las garantías inherentes al propio Estado de Derecho.

Este derecho del enemigo puede dar lugar a un neorretribucionismo en el que la pena no esté realmente vinculada a la idea de proporcionalidad del delito cometido, sino que exprese en realidad un sentimiento de venganza que conduzca a penas desproporcionadas o contrarias a la dignidad humana aumentando la prevención general puramente retributiva e intimidatoria. Esta es la situación que tenemos en España tras las reformas penales del año 2003, como es el caso de la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, donde ha perdido terreno el pensamiento resocializador a favor de la inocuización, revalorizándose las funciones custodia y control.

Consideramos que estas modificaciones legislativas, que en sí mismas consideradas y en abstracto pueden verse como conciliables con el artículo 25.2 de nuestra Constitución, apuntan a ser irreverentes con su espíritu (forjado éste en una tradición de humanismo penitenciario de siglos) porque, articuladas conjuntamente, imposibilitan la verdadera reinserción de nadie, convirtiendo entonces la pena en trato inhumano y degradante, y encima se antojan de dudosa eficacia antiterrorista porque le hacen el juego a la banda criminal propiciando lo que ésta quiere, que el “militante” encarcelado siga siendo soldado del pueblo y héroe de la causa. Para mayor desatino, quiebra una filosofía de la rehabilitación social del recluso fundada en el estudio particularizado del delincuente y sus circunstancias.

7.3.3. La responsabilidad civil

Encontramos antecedentes sobre la satisfacción la responsabilidad civil durante la ejecución penal de pena en el CP de 1928 en su art. 169, y en el CP de 1970 en su art. 114, en los que se hacía referencia a la obligación legal de destinar parte de las ganancias obtenidas en prisión al pago de aquella²³⁴.

231. “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas? Revista Española de Investigación criminológica. <http://www.criminologia.net>. Pág. 13

232. “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo”. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, Jueces para la Democracia. Pág. 20

233. “¿Hacia un derecho penal del enemigo? Madrid. El País. 15-1-2003. Pág. 12

234. Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 115

La LO 7/2003, de 30 de junio, exige la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito para alcanzar el tercer grado, por lo que el pronóstico favorable de reinserción social que preside la concesión de este grado de clasificación debe considerar la conducta efectivamente observada por el penado en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, así como las garantías de que las satisfaga con el patrimonio que pudiese llegar a adquirir en tanto no haya satisfecho su responsabilidad.

Esta exigencia se justifica *plenamente* en aquellos delitos que han permitido al culpable obtener un importante enriquecimiento ilícito si no se satisfacen las responsabilidades pecuniarias fijadas en sentencia a causa de haber ocultado el penado su patrimonio. Por ello, se aplicará esta norma, *singularmente*, cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas, por delitos contra los derechos de los trabajadores, por delitos de terrorismo, por delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, así como delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

Textualmente establece el nuevo apartado quinto del art. 72 LOGP:

“La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; 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; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; 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. Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.*
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.*
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.*
- d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal”.*

El CGPJ en su informe al Anteproyecto de la LO 7/2003 indicó: “La exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado. La reparación del daño es signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado. Por ello, esta exigencia debe establecerse en forma análoga a la establecida en el vigente artículo 81 y 88 del

Código penal, que no requieren para la suspensión o la sustitución de la pena de prisión, respectivamente, la efectiva reparación del daño, sino el esfuerzo serio dirigido a esa reparación, por lo que no debe ser obstáculo para la suspensión de la ejecución el estado de insolvencia del penado”. Esto quiere decir que en sí mismo el requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles para acceder al tercer grado o a la libertad condicional no puede ser establecido como condición absoluta para el disfrute del beneficio sino que debe abordarse desde una perspectiva preventivo-especial, exigiendo que el penado haya puesto de manifiesto la tendencia a adecuar su conducta al respeto a la norma y a la víctima de su delito.

Ello es lo que engarza este requisito con el anterior relativo a la prognosis favorable de reinserción social. La prognosis social arrojará un sentido negativo cuando el sujeto que, pudiendo hacerlo, no repare el daño causado permaneciendo indiferente a las consecuencias de su acción. Por el contrario, el Anteproyecto se pronuncia en términos que inducen a confusión en cuanto al alcance del requisito que establece. Entiende el CGPJ que el acceso al tercer grado o a la libertad condicional no puede ser condicionado al previo pago de la indemnización señalada en la sentencia. La vía de apremio de la que dispone el Tribunal constituye suficiente garantía para la reparación del daño. Luego lo que debe exigirse es una colaboración activa del penado en esa reparación y no meramente inactiva como sujeto pasivo de una investigación patrimonial.

Por tanto, se trata de que el comportamiento postdelictivo observado por el penado es una circunstancia de especial significación a los efectos de realizar el juicio pronóstico de conducta futura, por lo que el legislador, al exigir la satisfacción de la responsabilidad civil debe hacerlo en el sentido del esfuerzo serio de la reparación, como circunstancia objetiva que concreta el juicio pronóstico que debe realizar el Juez.

Según la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio, este requisito es susceptible también de ser explicado desde un punto preventivo general, en el sentido de que “la comunidad no comprendería liberar al penado de su pena y no atender al mismo tiempo los derechos de la víctima, pues ello sería considerado por la población como una injustificada indulgencia que conlleva a una desconfianza hacia la eficacia del derecho. Por el contrario, el acceso a la libertad condicional en casos de insolvencia no hace que se resienta el sentimiento de vigencia de la norma”. Por todo lo anterior, sugirió el CGPJ una redacción similar a la contenida en los artículos 81 y 88 vigentes del Código penal, que presentan el problema de una forma más precisa que el artículo 72. 5 LOPG del Anteproyecto; cosa que no ha ocurrido generando gran confusión. El legislador no incluyó en la LO 7/2003 la sugerencia del CGPJ respecto a regular la responsabilidad de forma análoga a la suspensión y sustitución de las penas, lo cual genera una gran discrepancia y un mayor perjuicio para quienes ya están cumpliendo *efectivamente* la pena de prisión frente al que le ha sido suspendida o sustituida. Aunque entendemos que debería hacerse una interpretación analógica con los citados artículos del Código referentes a la suspensión y a la sustitución de las penas, pues si se admite que el no satisfacer la responsabilidad civil no impide acceder a esas instituciones por qué no va a poder serlo cuando el penado se encuentra en una situación más gravosa: cumpliendo una pena privativa de libertad. La misma orientación se aprecia en el art. 136.2.1 CP respecto la cancelación de los antecedentes penales de un insolvente.

En particular, la redacción dada al apartado 5 del artículo 72 no distingue convenientemente entre circunstancias que denotan una voluntad reparadora del recluso, como elemento que permite al Juez valorar una actitud positiva del penado de cara a su progresión de grado, y lo que son consecuencias perjudiciales derivadas del delito, ya valoradas en la determinación de la pena y de la responsabilidad civil derivada del delito, y que deben dejarse al margen en el juicio de prognosis que requiere la clasificación del penado, pues en este juicio no deben tomarse en consideración circunstancias relativas al hecho sino sólo las relativas a la personalidad del autor.

Aunque este es un requisito que, en el sentido expuesto, puede exigirse cualquiera que sea la clase de delito realizado, el legislador ha querido resaltar que *singularmente* esta exigencia rige respecto de determinados delitos que enumera en el número 2 del artículo 72.5 LOGP. Según **Cervelló Donderis** la expresión *singularmente* 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; pero ninguna de las dos interpretaciones se puede extraer del tenor literal del texto legal ya que en el nuevo n.º 5 del art. 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 respecto a los demás²³⁵. Compartimos totalmente estos criterios, también aprobados en las Conclusiones V Encuentro estatal SOJ Penitenciario celebrado en Sevilla del 13 al 15 noviembre 2003.

En relación a la obligación de tener satisfechas las responsabilidades civiles derivadas del delito para que el penado pueda ser clasificado en tercer grado, para autores como **Beristáin Ipiña**, este tipo de modificaciones son necesarias pues suponen la introducción de la *restorative justice*, es decir, la justicia restaurativa²³⁶. Pero como dice **Tamarit Sumalla**, si bien España con esta reforma se ha incorporado tarde al movimiento político-criminal que trata de evitar el olvido de las víctimas y de atribuir a la intervención del aparato punitivo del Estado un sentido reparador que complemente el meramente retributivo o preventivo y puesto que la justicia reparadora extiende su alcance a todas las fases del procedimiento (incluso a la ejecución de la pena, añadido nuestro), la fórmula legal adoptada no se adecúa a las realizaciones legislativas y prácticas de mayor interés en el Derecho comparado y resulta técnicamente defectuosa²³⁷.

Estamos de acuerdo con el informe del CGPJ al establecer que la exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil para el acceso a la libertad condicional y al tercer grado debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado. Sugiere el Consejo una redacción similar a la contenida en los artículos 81 y 88 vigentes del Código penal²³⁸, que flexibiliza considerablemente

235. "Los nuevos criterios de clasificación". Valencia. 2004. Pág. 18

236. "Justicia restaurativa", publicado en el diario "El País", el 12-01-03, p. 13

237. García Albero/ Tamarit Sumalla. "La reforma de ejecución penal". Valencia. 2004. Pág. 115

238. CGPJ. Servicio de Estudios e Informes, op., cit., p. 47. En los artículos 81 y 88 del vigente Código penal se especifica, respecto a la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, lo siguiente: 3.º Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas

los criterios obligatorios de responsabilidad civil para el condenado. **Ríos Martín** entiende que es suficiente la declaración de insolvencia, como en la suspensión de condena (art. 81. 3.º CP)²³⁹, pero desde nuestro punto de vista también es importante valorar el verdadero esfuerzo realizado por el penado para la satisfacción de la responsabilidad civil, y sobre todo, el rechazo del pago pudiendo hacerlo.

La Instrucción 9/2003, de 25 de julio, de la Dirección General de II.PP. sobre *Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la LO 7/2003*, al referirse a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito establece para su valoración los siguientes criterios:

- El pago efectivo de esta responsabilidad.
- La conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales.
- 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.
- Las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura.
- 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.

El primero de los criterios es calificado por esta instrucción como *objetivo*, sin embargo al resto de los mismos como eminentemente *valorativos*. Así pues, la forma de proceder para acreditar estas circunstancias, según la citada instrucción; deberá ser la siguiente:

Para el *criterio objetivo* será necesario confirmar ante el Tribunal sentenciador tal cumplimiento o la declaración de insolvencia del penado en la sentencia condenatoria, para lo que se solicitará del Tribunal sentenciador el informe correspondiente o una copia de la pieza de responsabilidad civil.

En el caso de los *criterios valorativos* sobre el comportamiento postdelictual del interno recogidos en el n.º 5 del artículo 72 de la LOGP, éstos serán conocidos y ponderados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, asumiendo, en virtud del artículo 76.2 a), las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores. Por el contrario, la Generalitat de Cataluña, con competencias en materia penitenciaria, en la instrucción que dictó para el desarrollo de la LO 7/2003, de 30 de junio, ordenó que este criterio valorativo debía realizarlo el Juez o Tribunal sentenciador. Este último criterio es el que se ha ido imponiendo en la práctica como el más razonable y eficaz, puesto que si es el Juez o Tribunal sentenciador el encargado de tratar que el condenado satisfaga la responsabilidad civil derivada del delito, no cabe duda que es el órgano más adecuado para valorar ese comportamiento post-

239. "Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel". Madrid. 2004. Pág. 100

delictual para hacer frente a la indicada responsabilidad civil. Además el art. 125 CP que regula el pago aplazado de la responsabilidad civil establece que es competencia del juzgado o tribunal sentenciador el aprobar este pago aplazado: *“Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o Tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos”*.

El 16 de junio de 2004, la Inst. 9/2003 ha sido derogada por la Inst. 2/2004 que regulando la misma materia y realizando una interpretación más amplia del pago de la responsabilidad, al no limitarla sólo al pago ha establecido otros criterios como son la situación económica del penado y las posibilidades de pago futuro, determinando que quien tiene que valorar de forma ponderada los citados criterios valorativos ha de ser la Junta de Tratamiento a la hora de realizar las propuestas de tercer grado, *“siendo necesario acompañar a la propuesta copia de la resolución judicial de insolvencia del penado dictada en los correspondientes procesos penales, así como justificar la situación económica actual del interno que le impide afrontar el pago (extracto de la hoja de peculio que refleje la escasez de ingresos, informe de los servicios sociales al respecto...) y el compromiso firmado por el mismo interno de comenzar a satisfacerla si durante el tercer grado o el disfrute de la libertad condicional desarrolla un trabajo remunerado. Si el interno ya viene pagando fraccionadamente la responsabilidad civil se señalará y documentará este extremo.”*

Con esta reforma se deja en manos de la Junta de Tratamiento una gran discrecionalidad en el estudio ponderado de los criterios valorativos, el JVP sólo resolverá sobre la responsabilidad civil vía recurso si lo interpone el Ministerio Fiscal contra la progresión a tercer grado o la libertad condicional.

Seguimos pensando que es el Juez o Tribunal sentenciador el órgano que mejor puede conocer la situación económica del penado ya que sólo éste puede solicitar la investigación patrimonial necesaria a la Agencia Tributaria (art. 989 LECRim). Por tanto, la Junta de Tratamiento sólo tendrá conocimiento de lo que informen los Servicios Sociales Penitenciarios sobre la situación económica del interno, información que consideramos totalmente insuficiente para saber si se puede o no satisfacer la responsabilidad civil durante el cumplimiento de la pena.

En los supuestos expresamente previstos en el nuevo 72.5 de la LOGP -delitos patrimoniales de notoria gravedad y perjuicio a generalidad de personas, contra los derechos de los trabajadores, contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social y contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del Título XIX del libro II del Código Penal- se deberá exigir, en todo caso, según la Inst. 2/2004, de 16 de julio, *el criterio objetivo*, es decir que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil o presente el aval suficiente de que podrá hacerlo en un futuro.

En este apartado la Inst. 9/2003 es mucho más restrictiva que la propia LO 7/2003 infringiendo con ello el principio de jerarquía normativa²⁴⁰. Contra esta interpretación

240. Estevan de la Fuente, G. “Nuevos requisitos para el acceso al tercer grado”. Revista ATIP. Cáceres. 2004. Pág. 31

se pronunció emitiendo un voto particular **Felix Pantoja García** en el informe del CGPJ al Anteproyecto de esta ley, igualmente se han pronunciado varios Jueces de Vigilancia, al decir que el término “*singularmente*” no introduce un diferente trato jurídico penitenciario ni crea un régimen distinto para los penados por los delitos recogidos en el art. 72.5; por otro lado, no existe una especial razón criminológica que justifique un trato diferenciado respecto del que se apropia indebidamente de bienes ajenos. Aunque no lo recoge expresamente la citada instrucción, la DGIIPP interpreta que el caso de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, los conceptos de notoria gravedad y generalidad de perjudicados deben ser entendidos en sentido criminológico y no jurídico y que basta con que concurra uno u otro. Opción igualmente rechazable desde el punto de vista de los principios generales que informan el derecho penal, básicamente de tipicidad y taxatividad. La Inst. 2/2004 mantiene el mismo criterio al establecer que en los delitos enunciados en el apartado 5.º del art. 72 LOGP introducido por LO 7/2003: “*se deberá exigir, en todo caso, el criterio objetivo, es decir, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil o presente aval suficiente de que podrá hacerlo en un futuro*”.

Estamos de acuerdo con **González del Pozo**²⁴¹ cuando afirma: “No es pues admisible entender que el término *singularmente* introduce un tratamiento diferente tratamiento jurídico penitenciario para los penados según que el delito cometido sea uno de los enumerados en el precepto o cualquier otro”.

Ordena la Inst. 9/2003 que tanto el pago de la responsabilidad civil, como la ponderación de los criterios valorativos deben figurar expresamente en las Propuestas de clasificación inicial o de progresión a tercer grado que se formulen, siendo exigible para todas las propuestas y resoluciones que se adopten a partir del día 2 de julio de 2003, con independencia de la fecha de la comisión del delito o de la sentencia condenatoria, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, de 30 de junio. La Inst. 2/2004 mantiene el mismo criterio. Por tanto, con respecto a la responsabilidad civil se vuelve a aplicar una norma con carácter retroactivo aunque en este caso lo permite la Disposición Transitoria de la LO 7/2003. Sí bien es cierto que la citada disposición establece la aplicación del art. 72.5 LOGP a todos los penados desde que entre en vigor la LO 7/2003, pero, como nos hemos pronunciado en otro momento, desde nuestro punto de vista esta aplicación retroactiva del citado artículo para aquellos que delinquieron con anterioridad a la fecha de su entra vigor es una aplicación retroactiva que puede afectar al derecho a la libertad pues puede frenar el acceso al tercer grado, y , por tanto, choca con el art. 9.3 de la Constitución y con el art. 2.1 CP que establece la irretroactividad de las normas desfavorables.

La Inst. 9/2003 y la posterior Inst. 2/2004 ordena que las Juntas de Tratamiento deberán tener en cuenta el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 72.5 de la LOGP para los acuerdos de clasificación inicial en tercer grado de penados a condenas de hasta un año que tengan la consideración de resolución, conforme al artículo 103.7 del Reglamento Penitenciario.

241. “La satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito como requisito para acceder al tercer grado y obtener la libertad condicional”. XIII Reunión de Jueces de Vigilancia. Valencia. 2004. Pág. 11

Para **Bueno Arús** la introducción del factor del pago de la responsabilidad civil lo considera: “muy adecuado, creo que es una de las pocas reformas de la LO 7/2003 que me satisfacen, que la ley vincule el disfrute de una ventaja o beneficio por parte del delincuente a que éste subsane en todo o en parte la deuda para con la víctima. Los derechos de ésta deben ser defendidos aprovechando todos los resquicios que permita el ordenamiento jurídico y el sistema penal. (...). Si el sujeto está en condiciones de pagar la responsabilidad civil y no quiere hacerlo, su actitud es valorable, no como dato meramente objetivo de que no paga, sino como el dato sorprendente subjetivo de que negarse a pagar pudiendo hacerlo pone de manifiesto una importante falta de nivel de aptitud del sujeto para resocializarse o reeducarse en el sentido de las leyes penales y penitenciarias. Luego *coaccionarle* para que pague es enseñarle pragmáticamente que el cumplimiento de los deberes hacia las víctimas es una patente muestra de que el sujeto está haciendo precisamente lo que cabe esperar de él”²⁴². No cabe duda que la progresión a régimen abierto, el adelantamiento de la libertad condicional y ésta misma son *mecanismos penitenciarios* que pueden *estimular* el pago de la responsabilidad civil y que la Administración Penitenciaria puede utilizar instrumentos para “influir” en la satisfacción de la responsabilidad civil, pero consideramos que lo que realmente habría que valorar no es tanto la efectiva satisfacción de la responsabilidad civil, sino *la actitud del delincuente hacia la víctima* para valorar cual pueda entenderse, como un elemento más, la conducta desplegada respecto a la reparación del daño²⁴³. Con satisfacer la responsabilidad civil no basta para entender que el penado ha comprendido el mal causado y que siente empatía hacia la víctima. Por todo ello consideramos oportuno el implementar programas de tratamiento penitenciarios de reparación a las víctimas en la línea enunciada en el art. 91.2 CP para el adelantamiento de la libertad condicional privilegiada.

Según **Tamarit Sumalla**²⁴⁴ ninguna referencia contenía la legislación penal y penitenciaria a la reparación del daño una vez iniciada la ejecución de la pena privativa de libertad, pero no estamos de acuerdo con esta afirmación, tanto la reparación del daño como la satisfacción de la responsabilidad civil ya se podía valorar como factores que intervienen en la clasificación dentro de los recogidos en el art. 63 LOGP al analizar el historial delictivo del interno valorando si el penado había reparado el daño causado y/o había indemnizado a la víctima, es decir, teniendo en cuenta su actitud ante el delito y la víctima, y aunque se utilizaba con poca frecuencia sí que se estimaban como factores muy decisivos en los delitos contra el patrimonio cometidos sin violencia si el penado había reparado el daño y/o satisfecho la responsabilidad civil. Además el art. 59 LOGP establece que el tratamiento pretende hacer del penado una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal así como subvenir a sus necesidades, procurándose que desarrollen una actitud de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general. Por tanto, el factor asumir la responsabilidad comprende lógicamente la reparación del daño y/o la satisfacción de la responsabilidad civil; así pues, si el penado pudiendo reparar el daño o satisfacer la responsabilidad civil no

242. Entrevista Revista ATIP (Asociación Técnicos II.PP.). Cáceres. N.º 1 año 2004. Pág. 5-6

243. Estevan de la Fuente, G. “Nuevos requisitos para el acceso al tercer grado”. Revista ATP. Cáceres. 2004. Pág. 28

244. García Albero/ Tamarit Sumalla “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 114

lo hacía se podía considerar antes de la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, como un motivo de no progresión de grado. En relación con este tema el art. 33.1.d de la LOGP al regular el trabajo penitenciario dispone que la Administración Penitenciaria debe de procurar que los internos “*contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento del resto de sus obligaciones*”, y no cabe duda que una de ellas es la responsabilidad civil derivada del delito, con lo cual el penado podría satisfacerla con los ingresos ocasionados por su trabajo durante la ejecución de la pena siempre y cuando tengan el carácter de embargables o si él voluntariamente quiere proceder al pago.

Por tanto, podemos concluir en que si bien la legislación penitenciaria no hacía referencia expresa a la reparación del daño ni a la responsabilidad civil, éstos siempre han sido factores que se han podido utilizar si se consideraba oportuno para la clasificación en tercer grado.

Pero no cabe duda que tras la entrada en vigor de la LO 7/2003 el factor de la responsabilidad civil puede ser determinante para la clasificación en tercer grado, sobre todo, en los delitos socioeconómicos que establece el art. 72.5 LOGP. Ahora bien, la satisfacción de la responsabilidad civil ha de calificarse como positiva siempre que se refiera a la actitud y no meramente a la capacidad económica, pues entender que sólo puede acceder al tercer grado el que la satisface sería volver al anacronismo de la “*prisión por deudas*”.

Desde nuestro punto de vista, *echar la carga* del cobro de la responsabilidad civil sobre la Administración Penitenciaria es un tema complicado puesto que la Junta de Tratamiento no constituye un órgano capacitado para valorar el esfuerzo del penado para satisfacerla, pues si el Juez o Tribunal sentenciador no ha llegado a demostrar la solvencia del condenado ¿cómo puede hacerlo la Junta de Tratamiento que no puede acudir a solicitar datos fiscales? Este órgano penitenciario sólo podrá estudiar el historial laboral del penado, valorando si tiene hábitos laborales consolidados, cualificación profesional, si tiene una oferta de trabajo, etc.; y en función de ello estimar si el interno podrá hacer el pago en un futuro.

Renart García²⁴⁵ afirma que el legislador de 2003 procede a endurecer aun más la posibilidad de clasificación en régimen abierto al supeditarla además a la satisfacción de la responsabilidad civil dimanante del delito. También hemos visto que gran parte de la doctrina opina que esta reforma si lo que pretende es concienciar al penado de su responsabilidad por los delitos cometidos la simple satisfacción de la responsabilidad civil no garantiza esa no reincidencia delictiva. Desde nuestro punto de vista nos planteamos una reflexión: el legislador de 2003 verdaderamente apuesta por la reinserción del penado, o quizá lo hace más para por poner más trabas el acceso al tercer grado, y que por tanto se produzca más *cumplimiento efectivo* de la pena en régimen ordinario. Para resolver la duda basta con ir al título de la LO 7/2003 que sólo se refiere al cumplimiento íntegro y efectivo de la pena, y para nada habla de reinserción y rehabilitación del penado que sólo se plantea en algunos artículos de forma secundaria porque lo que el legislador pretendía, entre otras cosas como medida publicitaria, era garantizar la seguridad ciu-

245. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 123

dadana ampliando el tiempo de estancia en prisión ordinaria de la mayoría de los penados. En este sentido se pronuncia **Tamarit Sumalla** al reconocer que la orientación general de la reforma es de corte punitivista²⁴⁶.

También hemos de dejar aquí constancia que igualmente el requisito de la satisfacción de la responsabilidad civil es necesario acreditarlo para acceder a la libertad condicional (art. 90.1 CP), estableciendo que se tienen que cumplir los criterios establecidos en el art. 72.5 LOGP, sin los cuales el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por la Junta de Tratamiento del Establecimiento penitenciario (art. 67 LOGP) debe ser desfavorable. Entendemos que toda interpretación que hemos hecho del art. 72.5 puede ser aplicada al art. 90.1 CP en el sentido de volver a valorar la responsabilidad civil como un requisito más para la libertad condicional pero si el penado no puede hacer frente aquélla ello no debe impedir el disfrute de la misma si se cumplen los demás requisitos; volvemos a opinar que lo importante es valorar el esfuerzo realizado por el penado para satisfacerla.

7.3.4. Terrorismo y/o delincuencia organizada

Según la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio: *“Los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales para acceder al tercer grado es necesario que muestren signos inequívocos de haber abandonado la actividad terrorista, colaborando activamente con las autoridades en la lucha contra el terrorismo para la obtención de pruebas o la identificación de otros terroristas, en los términos previstos en la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo”*.

Para el caso de penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el art. 72.6 de la Ley Penitenciaria, de nueva creación y siguiendo las previsiones contenidas en la Decisión marco del Consejo Europeo de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo, impone que, junto a los requisitos anteriores, los citados penados muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y, además, hayan 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 organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una 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 desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades. De hecho, el Ministro de Justicia en su defensa de la LO 7/2003 dijo que era fundamental la exigencia de la colaboración activa de los terroristas²⁴⁷. Según **Ríos Martín** es una incorrecta comprensión del art. 6 de la citada decisión marco, pues éste no condiciona la libertad a la delación, sino que obliga a prever en las legislaciones la figura del arre-

246. García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma penal de la ejecución”. Valencia. 2004. Pág. 124

247. Diario de sesiones del Congreso del los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, 6-3-2003. núm. 232

pentido y a tener en cuenta la colaboración activa para la determinación de la pena a imponer, pero no durante la ejecución de la misma, por lo cual para el citado autor con el pronóstico favorable es suficiente conforme la espíritu del instituto de la libertad condicional²⁴⁸.

Pero ahora, en la legislación penitenciaria aquello que era un refuerzo positivo se convierte en un requisito *sine qua non* para acceder al tercer grado y a la libertad condicional. Exigir la delación para poder recibir *a cambio* un tercer grado y una libertad condicional me parece que supone insuflar a las instituciones de un mercantilismo contrario a los criterios científicos que deben presidir la ejecución penal y el tratamiento penitenciario. Según **Télez Aguilera**²⁴⁹ el error es grave por su total desenfoque, la problemática de los internos terroristas y pertenecientes a organizaciones delictivas no se sitúa en el tercer o cuarto grado, sino en el primero. La solución la teníamos ya, y la seguimos teniendo, en el art. 102.5 apartado c) del Reglamento penitenciario que establece como factor determinante de la clasificación en primer grado *“la pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, mientras no muestren en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas”*. Hasta que tal desvinculación no se produzca el sujeto denota una peligrosidad que hace que su clasificación deba ser el primer grado, lo que convierte de todo punto baladí cualquier reflexión sobre su régimen abierto o libertad condicional. Producida aquélla la ejecución penal debería guiarse por los mismos criterios de objetividad y científicidad que informan la de cualquier otro interno, sin mayores exigencias.

El CGPJ en su informe a la LO 7/2003, de 30 junio, indicó: *“También este requisito debe ser entendido en el sentido de signo inequívoco de resocialización, y por tanto debe referirse a la posibilidad de una colaboración exigible al penado, y no como condición necesaria para el acceso a la libertad condicional entendida en términos de eficacia policial. En este sentido no supone la instrumentalización del penado sino una mera condición objetivable para formular el juicio pronóstico favorable en el caso de autores de delitos de terrorismo, y se refiere, por tanto, a la prevención especial”*.

Por ello, la fórmula escogida en la redacción del artículo 72.6 LOGP, según el CGPJ no es clara en el sentido de que es preciso que los condenados por delitos de terrorismo o por delitos realizados en el seno de una organización criminal presenten signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, colaborando activamente con las Autoridades cuando puedan con su aportación impedir la producción de otros delitos atenuar los efectos de su delito, o colaborar en la identificación de otros integrantes de la organización y en la obtención de pruebas sobre las referidas organizaciones. Hay que tener en cuenta que es posible que el penado por estos delitos, después de algunos años de cumplimiento no pueda proporcionar información eficaz sobre los extremos anteriores, por lo que la colaboración con resultado positivo no puede convertirse en requisito *sine qua non* para el disfrute de tercer grado.

248. “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel”. Madrid. 2004. Pág. 103-104

249. “La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”. Diario La Ley. 14-8-2003. Pág. 4

Por tanto, concluye el CGPJ, el requisito, para satisfacer las exigencias que derivan del artículo 25.2 CE, debe ser entendido en el sentido de que la prognosis de reinserción social no puede ser favorable cuando el penado, pudiendo hacerlo, no colabora activamente en paralelo con el interés social en la persecución de delitos especialmente reprochables, de gran contenido de injusto y repulsa común. Puede decirse que la resocialización en estos casos no es la adecuada.

Pero según la Exposición de Motivos: *“La mera desvinculación de la banda u organización no es suficiente, pues 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”*.

Para **Cervelló Donderis**²⁵⁰ el art. 72.6 LOGP que regula el acceso al tercer grado de este tipo de penados exige que muestren signos inequívocos de abandono de los fines y medios terroristas y colaboración activa con las autoridades, para acreditar este último requisito basta con que cumpla una de las siguientes circunstancias:

- 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 los delitos terroristas.
- obtener pruebas.

Estamos totalmente de acuerdo que el abandono del terrorismo y/o de la delincuencia organizada siempre es posible pero la colaboración, como dice el CGPJ no lo es, puesto que el penado puede ser simplemente un colaborador o un terrorista de base que no tiene ningún tipo de información, o la que tiene por el paso del tiempo ya está desfasada, después de más de treinta años en prisión poca información podrá tener. Pero esta colaboración activa que se pide después de pasar 32 años en prisión para acceder al tercer grado o de 35 años para salir en libertad condicional lo más probable es que no se pueda llevar a cabo por mucho que el penado lo quiera. Además si al penado por delitos de terrorismo se le aplicó la figura del *terrorista arrepentido* (art. 579.3 Código Penal), y ya colaboró activamente con la justicia se entiende que tiene este requisito cumplido, pero aún sí que tendrá que esperar a cumplir los plazos fijados en el art. 78 CP. Todo ello nos lleva la conclusión de que lo que pretende el legislador de 2003 es el cumplimiento íntegro y efectivo de la pena por los terroristas en régimen cerrado u ordinario, recordemos que en el Anteproyecto original el Gobierno no había previsto ninguna excarcelación anticipada para este tipo de delincuencia y que si posteriormente lo hizo fue para salvar la constitucionalidad de esta ley.

La Inst. 2/2004 de la DGIIPP que deroga la Inst. 9/2003 mantiene el mismo criterio que ésta y ordena respecto a los delitos de terrorismo que el propio artículo 72.6 acota a las condenas impuestas por alguno de los delitos previstos en la sección 2.^a del capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal, esto es, los tipificados en los artículos 571 y siguientes de dicho Código. Pero en cuanto a los delitos come-

250. “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. Valencia. 2004. Pág. 20-21. En prensa

tidos en el seno de organizaciones criminales ordena que han de entenderse con un *criterio criminológico que no normativo del mismo*. Consideramos esta interpretación de dudosa legalidad pues debería aplicarse el criterio jurídico de constar en sentencia el formar parte de organización delictiva en delitos contra salud pública, de blanqueo de capitales, de tráfico de personas, etc.

Esta instrucción exige que este tipo de penados muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas así como la colaboración activa con las autoridades. Esta colaboración debe servir:

- 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.

El abandono de los fines y medios terroristas se podrá acreditar mediante:

- una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y abandono de la violencia.
- con una solicitud de perdón expreso a las víctimas.
- con los informes técnicos de la prisión que acrediten su desvinculación de la organización terrorista y su entorno y su colaboración con las autoridades.

Según la Inst. 2/2004, de 16 de junio, el cumplimiento de estos requisitos y los criterios utilizados para entenderlo así deberán figurar expresamente en las propuestas de clasificación inicial en tercer grado o progresión. Igualmente, establece esta instrucción que los citados requisitos serán exigibles para todas las propuestas y resoluciones que se realicen con independencia de la fecha de la comisión del delito o de la sentencia condenatoria, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, de 30 de junio. Volvemos a insistir que aunque se establece en la Disposición Transitoria el carácter retroactivo del art. 72.6 es contrario a derecho aplicar una norma retroactiva en perjuicio del reo (art. 2.1 CP).

Suscita dudas que la acreditación de la desvinculación y la colaboración se confíe a “*informes técnicos*”. Por tales cabe entender los emitidos por los profesionales penitenciarios. Debería de verse con preocupación que por esta vía se tratara de conceder carta de naturaleza legal a informes policiales, posibilidad que, en estricta interpretación del texto legal, debe ser descartada. Tratándose de una materia relativa a la clasificación y progresión penitenciaria, no cabe entender que los informes técnico sean otros que los de los profesionales penitenciarios, de modo que se atienda como interés principal a la evolución del condenado²⁵¹.

No obstante, según **Télez Aguilera** el legislador ha redactado un art. 72.6 harto nada claro, y que, en muchas ocasiones, los criterios a valorar se encuentran fuera

251. García Albero /Tamarit Sumalla, J. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 109

del ámbito penitenciario, lo que exigirá una oportuna información al respecto para que, por ejemplo, las Juntas de Tratamiento puedan valorar el abandono del terrorismo y/o delincuencia organizada y la colaboración con las autoridades policiales o judiciales²⁵².

Las fórmulas de acreditación mencionadas son muy discutibles ya que la declaración expresa de repudio y el perdón de 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 salida²⁵³. Para acreditar esta desvinculación el penado no debería tener contacto con ninguna persona que tenga cierta vinculación con grupos radicales pero el problema surge cuando alguno de éstos sean familiares cercanos (hijos, padres...) con lo cual el impedir las comunicaciones con ellos no nos parece que sea lo más razonable.

Para **Cervelló Donderis**²⁵⁴ el requisito del arrepentimiento y petición de perdón resulta desproporcionado e injusto porque entra en aspectos morales y cambio de valores lo que no encaja en una resocialización dirigida a los actos no a los pensamientos. En esta misma línea se pronuncia **Tamarit Sumalla** diciendo que la "*petición expresa de perdón a las víctimas del delito*" tiene connotaciones moralistas²⁵⁵; y además todo ello no garantiza que sea verdad, debería haber criterios más objetivos para acreditar el abandono de los fines o medios terroristas, valorando sobre todo su conducta penitenciaria que demuestre esa desvinculación con los grupos terroristas o de delincuencia organizada, aunque aquí, entendemos que habrá que tener en cuenta también el riesgo personal jurídicamente inexigible que puede correr el penado si manifiesta públicamente su alejamiento del terrorismo y/o de la delincuencia organizada.

Además de para la clasificación en tercer grado es necesario acreditar los requisitos del art. 72.6 (arrepentimiento y colaboración con las autoridades) para acceder a la libertad condicional a los penados por terrorismo y/o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 90.1 CP). Es decir, se vuelve a exigir unos requisitos ya cumplidos cuando se produjo la clasificación en tercer grado, parece como si hubiese desconfianza en la anterior clasificación y, por tanto, se tiene que volver a analizar por si han variado las circunstancias, y quizá también por si el JVP no intervino vía recurso en la citada clasificación, y por ello ahora sí que tendrá la oportunidad de valorar los citados requisitos al estudiar el expediente de libertad condicional.

A la libertad condicional podrán acceder cuando les quede por cumplir una octava parte de la pena (art. 78.3 b) CP), es decir, cuando hayan cumplido treinta y cinco años de la pena. Está claro que a este tipo de penados se les excluye del derecho a la libertad condicional anticipada (art. 90.1 CP). Sí que tienen derecho a poder acceder a libertad condicional por enfermedad muy grave con padecimientos incurables y a partir de cuando cumplan los setenta años de edad (art. 92 CP y 196.1 y 2 RP). Finalmente hemos de hacer constar que el endurecimiento del cumplimiento de la libertad para los condenados por terrorismo (aquí se excluye a los que cometieron el

252. "La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia". Diario La Ley. 14-8-2003. Pág. 3

253. Renart García, F. "La libertad condicional: nuevo régimen jurídico". Madrid. 2003. Pág. 166-167

254. "Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria". Valencia. 2004. Pág. 21

255. García Albero/ Tamarit Sumalla. "La reforma de la ejecución penal". Valencia. 2004. Pág. 125

delito en el seno de organizaciones delictivas) llega al punto de que en caso de revocación de libertad condicional supondrá la pérdida del tiempo disfrutado en libertad, volviendo a un sistema retrogrado que se dejó de usar con la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

7.3.5. Normas para la tramitación del tercer grado

Ya decíamos anteriormente que la clasificación en primer y tercer grado requiere el cumplimiento de una serie de factores y normas mucho mayor, lógicamente, que para el segundo; por ello y debido al aumento de los nuevos requisitos que establece la LO 7/2003, de 30 de junio, la Dirección General de II.PP. elaboró la Instrucción 9/03 de 25 de julio de 2003 que estableció las “*Normas para tramitación de las propuestas de tercer grado por las Juntas de Tratamiento*”, la cual ha sido derogada por la Inst. 2/2004 de 16 de junio de 2004 que mantiene la mayoría de los criterios de aquélla pero con las diferencias que veremos a continuación, en la que se indican los nuevos factores introducidos por la citada ley que deben valorarse para la clasificación inicial o progresión a tercer grado. Sólo se exceptúa de estos nuevos factores cuando la propuesta de tercer grado lo sea en base al art. 104.4 RP (por enfermedad grave e incurable). En el resto de casos las Juntas de Tratamiento deberán tener en cuenta las siguientes normas:

- a) Con independencia de las características penales de cada caso -tipo delictivo y duración de la condena-, la actuación de clasificación de las Juntas de Tratamiento deberá tomar en consideración *los principios introducidos por la Ley Orgánica 7/2003*, en cuanto a la importancia de la evolución favorable en el tratamiento reeducador y pronóstico de reinserción social así como al resarcimiento por parte de penados del daño ocasionado por el delito, valorando tales extremos con *criterios objetivos*.

Es lógico que esta instrucción indique que deben tenerse en cuenta los principios de la citada ley pero como veremos, en algunos casos, la propia Administración Penitenciaria va en contra de los mismos, como en el caso ya visto de aplicar el período de seguridad a delitos menos graves.

- b) Cuando vaya a formularse propuesta de clasificación en tercer grado de un interno se tendrá en cuenta la posible existencia de *otras responsabilidades* penales en curso que no se encuentren aún penadas, procurando recabar toda la información disponible sobre ellas (tipo delictivo, petición fiscal, etc.) e incluyendo la misma en la propuesta.

Es cierto que existe y debe tenerse en cuenta el derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24 de la Constitución) pero si el informado tiene una causa grave (homicidio, violación, etc.) o muchas causas pendientes en fase de instrucción o recurridas, esto puede indicarnos la existencia de una carrera criminal consolidada, además que al estar en esa situación puede influir en el quebrantamiento para eludir la acción de la justicia. Compartimos la posición de **Racionero Carmona**²⁵⁶ en que es importante tener en cuenta la causa o causas pendientes pero el art. 108.3 R.P. per-

256. “Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial”. Madrid. 1999. Pág. 141

mite que el Director del Establecimiento puede suspender la salida de los internos clasificados en tercer grado y su pase provisional a régimen ordinario hasta que la Junta de Tratamiento estudie la reclasificación correspondiente, cuando aquellos fueren detenidos, ingresados en prisión como presos preventivos, procesados o imputados judicialmente por presuntas nuevas responsabilidades. Por tanto, si la simple imputación judicial es suficiente para la regresión cautelar a segundo grado, también lo debe ser a la inversa, para valorar esta situación procesal como impedimento o “freno” para acceder al tercer grado. En contra de este criterio se han manifestado algunos Jueces de Vigilancia y otros tribunales como la Audiencia Provincial de Madrid Sección 5.^a, por ejemplo en Auto de 30 de noviembre de 1998. En esta última línea se manifiesta **Ríos Martín**²⁵⁷.

Por todo ello, entendemos que debe haber un *juicio ponderado* entre el derecho a la presunción de inocencia y la posibilidad de acceder al tercer grado para evitar pasar a régimen abierto a internos que teóricamente cumplen los requisitos para estar en esta situación pero que quizá en poco tiempo pueden ser condenados posiblemente por asesinato, violación o por narcotráfico a gran escala..., y por ello puede haber alto riesgo de quebrantamiento.

- c) Cuando la Junta de Tratamiento considere que un penado al que 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 encuentra pese a ello en condiciones de acceder al tercer grado de tratamiento, solicitará al JVP la aplicación régimen general de cumplimiento. A la propuesta de tercer grado se acompañará copia de la resolución en la que se acuerde, en su caso.

El 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, podrá tomar en consideración:

- Asunción o no del delito: reconocimiento y valoración por el interno del significado de su conducta recogida en los “hechos probados”.
- Actitud respecto 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 la 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.

Como vemos para el levantamiento del período de seguridad se exigen numerosos requisitos que deben reunir los penados para poder solicitar al JVP el levantamiento del período de seguridad y la vuelta al régimen general, algunos de ellos son difíciles

257. “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel”. Madrid, 2004. Pág. 104

de cumplir, sobre todo si el interno acaba de ingresar en prisión, lo cual puede obstaculizar la clasificación en tercer grado hasta que no los alcanza. Una vez se tengan estos factores cumplidos nada impide su clasificación en tercer grado si el JVP lo aprueba, pero para ello es necesario el pronóstico favorable de reinserción emitido por la Junta de Tratamiento. Es curioso que este pronóstico viene a ser como una anticipación del requerido para la libertad condicional (art. 67 LOGP) pero elaborado cuando al penado le falta por cumplir más de la mitad de la pena con lo que hace más complicado el juicio de probabilidad sobre el comportamiento del sujeto en libertad y, por tanto, ese pronóstico debe ser a corto plazo valorando su futuro comportamiento en régimen abierto que es donde puede ser destinado el interno si accede al tercer grado.

La Inst. 9/2003 establecía que en su apartado d): “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 Penitenciaria la posibilidad de aplicar al penado el régimen general de cumplimiento, de forma previa a la adopción de resolución de tercer grado (En estos casos, según establece el art. 45.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se suspenderá el plazo máximo legal para la resolución de la referida propuesta hasta el momento en el que se reciba el pronunciamiento del JVP)”. Este apartado ha sido derogado.

Es lógico que se pudiese suspender el plazo para la resolución del tercer grado por parte de la Administración Penitenciaria dado que primero debía pronunciarse el JVP sobre el levantamiento del período de seguridad, y si éste lo aprobaba, sólo en este momento podría aprobarse la clasificación en tercer grado. Pero se podría adelantar tiempo si la propuesta de levantamiento del período de seguridad se remitiese directamente por la Junta de Tratamiento al JVP competente, y fuese aprobado la vuelta al régimen general, la propia Junta enviaría la propuesta de tercer grado al Centro Directivo para su aprobación. Esto que exponemos es lo que ha hecho la Inst. 2/2004, con lo que al remitir la propuesta de levantamiento la Junta directamente al JVP se adelanta mucho tiempo. Si este órgano judicial aprueba el levantamiento, se deberá remitir propuesta de tercer grado al Centro Directivo adjuntado este documento.

También cabe destacar que la Inst. 9/2003 establecía que la Junta de Tratamiento “podrá” formular la propuesta de levantamiento del período de seguridad, lo cual parecía indicar cierta discrecionalidad; pero la Inst. 2/2004 es imperativa y ordena “solicitará” al JVP dicho levantamiento, con lo que es obligatorio hacerlo si el penado reúne los requisitos que indica el art. 36.2 CP.

- d) 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 al interno del régimen general de cumplimiento y la Junta de Tratamiento considere que el interno debe continuar en tercer grado solicitará al Juzgado de Vigilancia la aplicación del régimen general de cumplimiento; en caso contrario, propondrá al Centro Directivo, en informe motivado, su regresión al segundo grado.

Recibido el pronunciamiento judicial solicitado sobre la aplicación del régimen general de cumplimiento, la Junta de Tratamiento formalizará acuerdo de continuidad en tercer grado, sin que resulte necesaria su remisión al Centro Directivo siempre que el mismo se adopte por unanimidad.

Si el Juez de Vigilancia no procede al levantamiento del período de seguridad, la Junta de Tratamiento formulará al Centro Directivo, de forma preceptiva y urgente, propuesta de regresión de grado.

La Inst. 9/2003 establecía que dicha revisión de clasificación se debía remitir de forma preceptiva al Centro Directivo, con sus informes complementarios, antes del pronunciamiento del Juez de Vigilancia. Con la nueva Inst. 2/2004 se aceleran los tramites dado que la remite directamente la Junta de Tratamiento al JVP. En este sentido se pronunció **Ríos Martín**²⁵⁸ indicando que esta reforma hace que la resolución sea más rápida.

Con la obligación establecida en el apartado d) se trata de evitar que internos que están cumpliendo condena por delitos menos graves puedan evitar el control por parte del JVP de acceso al tercer grado si le llegan penas por delitos graves, y no tienen cumplido el período de seguridad de las mismas.

e) Por lo que respecta al requisito de satisfacción de la responsabilidad civil, a todas las propuestas de tercer grado se adjuntará copia del “Fallo” de las sentencias que se encuentre cumpliendo el interno. En el caso de que en alguna de ellas venga impuesta 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.

Cuando se trate de delitos *singularmente* recogidos en el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, será preceptivo, para 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.

La remisión del “Fallo” unido a la propuesta de clasificación, a veces, no sirve para nada pues no consta si hay responsabilidad civil, la cantidad, si ésta ha sido satisfecha, si el penado es insolvente, etc.

Respecto al pago preceptivo para acceder a tercer grado por los delitos *singulares* recogidos en el art. 72.5 LOGP volvemos a insistir que en la LO 7/2003, de 30 de junio, no se indica que haya un régimen especial ordene que el pago sea realmente necesario para obtener el tercer grado, lo que sí ha de valorarse negativa y *especialmente* es la no satisfacción de la responsabilidad civil pudiendo realmente hacerlo. Aquí la instrucción es contraria a la propia ley.

f) En el caso de *los restantes delitos*, si el penado no ha satisfecho aún la responsabilidad civil impuesta o ha sido declarado insolvente en sentencia, la Junta de Tratamiento valorará la actitud y comportamiento efectivos del interno ten-

258. “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel”. Madrid. 2004. Pág. 94

dentos 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 condena²⁵⁹.

Según la Inst. 9/2003 el informe relativo a los aspectos del comportamiento post-delictual del interno se debía remitir, antes de formular propuesta de tercer grado, al JVP, solicitando el pronunciamiento de dicho órgano judicial sobre si, a la vista del mismo, resultaba 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 artículo 72.5 de la LOGP, quedando a lo que acordase este órgano judicial. Dicho pronunciamiento debía adjuntarse, en su momento, a la propuesta de tercer grado.

Casi todos los Jueces de Vigilancia, como el de Valencia (Providencia de 29 de septiembre de 2003), se declararon incompetentes para conocer de forma previa estos informes, si bien sí que manifestaron que lo harían en fase de recurso si se les planteaba. No cabe duda que como ya hemos apuntado que el órgano judicial más adecuado para valorar el comportamiento postdelictual del penado es el Juez o Tribunal sentenciador que es el encargado de tratar de que se satisfaga la responsabilidad civil derivada del delito, así ha sido entendido por la Generalitat de Cataluña al regular esta materia en su Circular 1/2003, de 22 de septiembre, al indicar que se debe valorar positivamente para la clasificación en tercer grado el compromiso serio de pago ante los órganos judiciales, esta misma circular defiende la aplicación analógica de los arts. 81 y 88 CP. Compartimos que no es el JVP el órgano competente pues como indicaba el CGPJ en su informe al Anteproyecto de la LO 7/2003 es el juez o tribunal sentenciador el más adecuado para esto. Por tanto, entendemos que esta circular de la Generalitat es más flexible que la Inst. 2/2004 de la DGIIPP pues aquella indica que se debe valorar muy positivamente el esfuerzo reparador del penado con la víctima del delito y no sólo el pago objetivo de la responsabilidad civil.

En la práctica penitenciaria se da gran importancia al acuerdo de pago aplazo aprobado por los jueces y/o tribunales sentenciadores y todo ello en base al art. 125 CP que determina: “Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el *Juez o Tribunal*, previa audiencia al perjudicado, *podrá fraccionar su pago*, señalando según su prudente arbitrio y atención a las necesidades del perjudicado y a las responsabilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos”. Este artículo cobra tras la LO 7/2003, de 30 de junio, una mayor importancia puesto que al exigirse el tener satisfecha la responsabilidad civil, como uno de los requisitos, para acceder al tercer grado o a la libertad condicional, queda al arbitrio judicial el aprobar el pago fraccionado, pero como éste debe aprobarse previa audiencia del perjudicado, y éste puede influir en al citada aprobación o denegación de dicho pago fraccionado, consecuentemente, esto puede determinar el acceso al tercer grado o a la libertad condicional.

259. En este sentido se ha pronunciado Ríos Martín, J. C. “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel”. Madrid. 2004. Pág. 101-102

Por todo lo expuesto, la Inst. 2/2004 modifica este procedimiento, y establece que cuando no se produce el pago efectivo de la responsabilidad civil es la Junta de Tratamiento la que debe valorar la situación económica del penado y la posibilidad de que éste pueda realizar el pago durante el cumplimiento de la pena pero, como ya hemos indicado anteriormente, no consideramos que este órgano sea el más adecuado para realizar dicha valoración por falta de medios para saber cual es la verdadera capacidad económica del interno; sobre lo que sí podrá informar es si aquél cuenta con una oferta laboral o con posibilidades de obtener un trabajo para satisfacerla y del compromiso alcanzado para hacerlo. Por tanto, sí que estamos de acuerdo en que la Junta de Tratamiento, como dice **González del Pozo**²⁶⁰, puede servir: “Para estimar qué garantías existen que permitan asegurar la satisfacción futura de la responsabilidad independiente a partir del momento de la salida de la prisión (ordinaria) se deben evaluar especialmente sus condiciones personales como capacitación profesional para el desempeño de un trabajo en el exterior, los hábitos laborales que posee el penado, si existe o oferta laboral y ésta se refiere a empleo estable o temporal, las cargas familiares que deba asumir el penado. Sólo así se podrá hacer un juicio pronóstico de su capacidad real, presente y futura, para satisfacer la responsabilidad civil”.

- g) No tendrán efectos ejecutivos los acuerdos de clasificación en tercer grado adoptados por las Juntas de Tratamiento sobre penados con condenas de hasta un año según el art. 103.7 del Reglamento Penitenciario, si existiere responsabilidad civil no satisfecha. En este caso, las propuestas se tramitarán conforme en el procedimiento ordinario.

En este apartado la Dirección General de IIPP realiza una especie de *avocación* de competencias al ordenar que si no está satisfecha la responsabilidad civil la aprobación de la clasificación en tercer grado en base al art. 103.7 RP realizada por la Junta de Tratamiento será nula y que ella dictará una nueva resolución.

La valoración de la Inst. 2/2004 respecto a la derogada Inst.9/2003 es positiva puesto que aquélla otorga mayor discrecionalidad a la Junta de Tratamiento para valorar el pago futuro de la responsabilidad civil durante el cumplimiento de la pena y también flexibiliza los procedimientos ahorrando con ello trámites y tiempo para la clasificación en tercer grado.

7.3.6. Modalidades de vida de régimen abierto

El régimen abierto se aplica a los internos clasificados en tercer grado, y según el art. 80 RP se puede cumplir en:

- a) *Un centro abierto o de inserción social* que está separado de otros establecimientos penitenciarios y funciona con autonomía y personal propio. En estos centros se cumplen los arrestos fin de semana, se realiza el seguimiento de los liberados condicionales y de la ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad. (Aquí hemos de recordar que la LO 15/2003 ha derogado la pena de arresto fin de semana, sustituyéndola por la pena de localización permanente).

260. “La satisfacción de la responsabilidad civil del delito como requisito para acceder al tercer grado y obtener la libertad condicional”. XIII Reunión Jueces de Vigilancia. Valencia. 2004. Pág. 9

- b) En *secciones abiertas* que siempre dependen administrativamente de un establecimiento polivalente, constituyendo unidades, módulos o departamentos del mismo, normalmente destinados a internos clasificados en tercer grado preferentemente del régimen abierto restringido (art. 82.1 RP).
- c) En *unidades dependientes* fuera de la prisión, gestionadas por asociaciones u organismos oficiales extrapenitenciarios pero en que se realiza la vigilancia y el programa de tratamiento por profesionales penitenciarios aunque también pueden colaborar en este último otras instituciones.
- d) *Unidades extrapenitenciarias* en las que no hay personal penitenciario y todos los controles y programas los realizan profesionales no penitenciarios.

El art. 81.1 del RP establece: “*El régimen de estos establecimientos será el necesario para lograr una convivencia normal en toda la colectividad civil, fomentando la responsabilidad y siendo norma general la ausencia de controles rígidos que contradigan la confianza que inspira su funcionamiento*”.

Por tanto, las normas regimentales deben ser lo menos restrictivas posibles con ausencia de cacheos o registros, los internos gozarán de libertad de movimientos por el interior del centro, es decir, que el régimen de vida debe ser lo más asimilado posible a la sociedad libre. Para que la vida en estos centros sea lo más similar a la vida en libertad, por ejemplo, se autoriza el curso de dinero de curso legal para fomentar la autorresponsabilidad de los internos (art. 301 RP)²⁶¹.

Las salidas del Establecimiento vienen reguladas en el art. 87 RP, que establece que los internos podrán salir del Establecimiento para desarrollar las actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su integración social. Estas salidas deberán ser planificadas y reguladas por la Junta de Tratamiento, señalando los mecanismos de control y seguimiento que se consideren necesarios, de acuerdo con lo establecido en el programa de tratamiento. El horario y la periodicidad de las salidas autorizadas serán los necesarios para realizar la actividad y para los desplazamientos. En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento.

Aparte de las salidas diarias, pueden disfrutar de hasta 48 día al año de permisos ordinarios (art. 47.2 LOGP Y 154 RP).

Además, tienen derecho a salidas de fin de semana reguladas en el art. 114 RP, las cuales regulará la Junta de Tratamiento de forma individualizada, en función de la modalidad de vida establecida para cada interno, de su evolución en el tratamiento y de las garantías de control necesarias. El horario de estas salidas de fin de semana será como máximo desde las dieciséis horas del viernes hasta las ocho horas del lunes. También podrán disfrutar de los días festivos establecidos en el calendario oficial de la localidad donde esté situado el Establecimiento. Cuando los días festivos sean consecutivos al fin de semana, la salida se ampliará en veinticuatro horas por cada día festivo. La Dirección General II.PP. podrá aprobar salidas de fin de semana con horarios diferentes a los indicados.

261. En este sentido se pronuncia Cervelló Donderis, V. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 140

Los permisos fin de semana son compatibles con los otros tipos de permisos, tanto ordinarios como extraordinarios.

Aquí hemos hacer constar la incoherencia que supone que haya internos clasificados en tercer grado que no tienen cumplida la cuarta parte de la condena y que, por tanto, no pueden disfrutar de permisos ordinarios, pero al estar en régimen abierto sí pueden salir los días laborables y los fines de semana. Así pues, existe una gran contradicción entre no poder disfrutar permiso de salida por no tener la cuarta parte cumplida y sí otro tipo de salidas del establecimiento. Por todo ello, consideramos que se debería suprimir el requisito de tener cumplida la cuarta parte de la pena (art. 47.2 LOGP y 154 RP) para los internos clasificados en tercer grado.

Según el art. 84 RP: “*Las normas de organización y funcionamiento de los Establecimientos de régimen abierto serán elaboradas por la Junta de Tratamiento y aprobadas por el Centro Directivo*”. Aquí se produce una clara diferencia con respecto a los establecimientos de régimen cerrado y ordinario donde las normas son aprobadas por el Consejo de Dirección (art. 271 b), ello es debido a que en la prisión abierta prima más que en ninguna otra el tratamiento sobre el régimen, y, por tanto, es lógico que las normas sean elaboradas por la Junta de Tratamiento.

El art. 84.2 permite que en los establecimientos de régimen abierto se puedan establecer, a propuesta de la Junta de Tratamiento, distintas modalidades en el sistema de vida de los internos en base a:

- las características de éstos.
- su evolución personal.
- la necesidad de control a mantener durante sus salidas al exterior.
- las medidas de ayuda que necesiten para atender a sus carencias.

El apartado tercero del art. 82.3 llega a autorizar modalidades de vida específicas para atender y ayudar a aquellos internos que en el momento de acceder al tercer grado no dispongan de recursos suficientes para desarrollar una actividad estable en el exterior o tengan carencias importantes en el apoyo familiar o social que dificulten su integración.

Por tanto, en principio, podemos distinguir dos modalidades de régimen abierto. Por un lado, el regulado en el artículo 83 del RP que podemos denominar pleno. Y por otro, el establecido en el artículo 82 llamado régimen abierto restringido.

7.3.6.1. Régimen abierto pleno

Según el art. 83.1: “*La actividad penitenciaria en régimen abierto tiene por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva que presentan los penados clasificados en tercer grado, realizando las tareas de apoyo y de asesoramiento y la cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva al medio social*”.

El artículo 83.2 del RP determina los *principios* aplicables a este tipo de régimen de vida:

- Atenuación de las medidas de control, sin perjuicio del establecimiento de programas de seguimiento y evaluación de las actividades realizadas por los internos dentro y fuera del Establecimiento.

- Autorresponsabilidad, mediante el estímulo de la participación de los internos en la organización de actividades.
- Normalización social e integración, proporcionando al interno, siempre que sea posible, atención a través de los servicios generales de la comunidad para facilitar su participación plena y responsable en la vida familiar, social y laboral.
- Prevención para evitar la desestructuración familiar y social.
- Coordinación con cuantos organismos e instituciones públicas o privadas actúen en la atención y reinserción de los reclusos, promoviendo criterios comunes de actuación para conseguir su integración en la sociedad.

Hay una excepción al régimen abierto regular es el de las mujeres que carezcan de trabajo y que van desempeñar las labores de trabajo doméstico en su domicilio (art. 82.2 RP). Esta medida puede suponer una discriminación por razón del sexo.

7.3.6.2. Régimen abierto restringido

Según el art. 82.1 del RP este régimen de vida puede aplicarse a internos que tienen:

- *Una peculiar trayectoria delictiva.* Es decir, que no es un delincuente primario sino que ya ha tenido antecedentes penales, o bien que ha cometido delitos de especial gravedad: contra la vida, la libertad sexual, contra la salud pública...
- *Una personalidad anómala.* Por ejemplo que padezca alguna enfermedad psíquica.
- *Condiciones personales diversas.* Como falta de apoyo familiar y social, y que por lo tanto no tenga dónde ir cuando sale de la prisión.
- *Imposibilidad de desempeñar un puesto de trabajo en el exterior.* Está claro que esta circunstancia no va a ser siempre determinante pues habrá internos que aún no teniendo trabajo en el exterior pueden tener aplicado el régimen pleno: jubilados, amas de casa, enfermos, etc. También se puede dar la situación inversa, penados que cuentan con un trabajo pero que la Junta de Tratamiento considera que deben estar más *controlados*.
- *Cuando lo aconseje su tratamiento.* Está claro que si la Junta de Tratamiento entiende que el interno requiere un tratamiento que exige la presencia del interno durante más tiempo en el centro para realizar algún tipo de intervención, se le podrá aplicar este régimen restringido.

En esta modalidad la Junta de Tratamiento determina el régimen de vida *individualizado* de cada interno, estableciendo las condiciones, controles y medios de tutela que deban observar (art. 82.1 *in fine* RP).

Continúa el artículo 82.3: “*La modalidad de vida tendrá por objetivo ayudar al interno a que inicie la búsqueda de un medio de subsistencia para el futuro o, en su defecto, encontrar alguna asociación o institución pública o privada para su apoyo o acogida en el momento de su salida en libertad*”, y se asimilará, lo máximo posible, a los principios del régimen abierto fijados en el artículo 83 del RP, ya indicados.

Dentro del régimen abierto restringido, el artículo 82.2 del RP establece que: “en el caso de mujeres penadas clasificadas en tercer grado, cuando se acredite que existe

imposibilidad de desempeñar un trabajo remunerado en el exterior, pero conste, previo informe de los servicios sociales, que van a desempeñar efectivamente las *labores de trabajo doméstico en su domicilio familiar*; se considerarán estas labores como trabajo en el exterior”. Esta posibilidad conlleva la aplicación de un régimen abierto pleno, lo que resulta del todo contradictorio con el principio de igualdad proclamado en el art. 14 de la Constitución²⁶². Estrecha relación con el artículo citado guarda el artículo 179 del RP que determina: “*Con relación a las internas con hijos menores clasificadas en tercer grado*, la Junta de Tratamiento podrá aprobar un horario adecuado a sus necesidades familiares con el fin de fomentar el contacto con sus hijos en el ambiente familiar, pudiendo pernoctar en el domicilio e ingresar en el Establecimiento durante las horas diurnas que se determinen”. Habría que actuar de la misma forma en el supuesto de hombres que se encuentren en similares situaciones. Pues de lo contrario, supondría una vulneración del derecho a la igualdad de sexos recogido en el artículo 14 de la Constitución. Una situación muy similar en la que se puede vulnerar el principio de igualdad es que sólo se prevén las unidades de madres, es decir, departamentos en los que pueden estar las madres con hijos hasta 3 años, pero no establece la posibilidad de que pueda haber padres si tienen la patria potestad.

Determina el artículo 84.2 del RP: “*En los Establecimientos de régimen abierto podrán establecerse, a propuesta de la Junta de Tratamiento, distintas modalidades en el sistema de vida de los internos...*”. Los cambios de modalidad, del artículo 82 al 83 o viceversa, son propuestos por la Junta de Tratamiento y remitidos al Centro Directivo para su aprobación, a diferencia del supuesto contenido en el artículo 82.1, en el que se establece la competencia de la Junta de Tratamiento para establecer la modalidad de vida en régimen abierto adecuada para estos internos y restringir las salidas al exterior, estableciendo las condiciones, controles y medios de tutela que se deban observar durante las mismas, en su caso.

7.3.7. Excepciones a la ejecución en prisión

Se establecen varias fórmulas que permiten que al penado clasificado en tercer grado cumplir la pena fuera de prisión.

7.3.7.1. Unidades Dependientes

El art. 165 RP establece la posibilidad de crear Unidades Dependientes, determinando que son unidades arquitectónicas destinadas a internos clasificados en tercer grado, las cuales se caracterizan por estar ubicadas fuera del recinto de los Centros penitenciarios, preferentemente en viviendas ordinarias del entorno comunitario, sin ningún signo de distinción externa relativo a su dedicación y que ofrecen servicios y prestaciones de carácter formativo, laboral y tratamental. La gestión se hace de forma directa y preferente por asociaciones u organismos no penitenciarios, sin perjuicio de la participación que la Administración penitenciaria pueda tener en las tareas con personal de ella dependiente y sin perjuicio de las funciones de control y coordinación que en todo caso le competen. Este tipo de colaboración se basa en el art. 69.2 LOGP

262. Cervelló Donderis, V. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 141. En el mismo sentido se pronuncia Pérez Cepeda en el manual de A. Berdugo Gómez de la Torre/ Zúñiga Rodríguez/ Fernández García/ Pérez Cepeda/ Sanz Mulas. “Manual de Derecho Penitenciario”. Madrid. 2001. Pág. 200

que a los fines de obtener una efectiva reinserción social de los internos prevé la colaboración y participación de los ciudadanos y de las instituciones o asociaciones públicas o privadas dedicadas a la resocialización de los penados.

Se requiere aceptación expresa del penado. La vida se caracteriza por la atenuación de las medidas de control, la autoresponsabilidad, la normalización social y la integración del interno (art. 83.2), por ello el recluso debe estar clasificado en el tercer grado pleno.

Estas unidades han de ser creadas por orden ministerial, previa la correspondiente suscripción del convenio de colaboración con una asociación u organismo extrapenitenciario. Las primeras unidades de este tipo fueron las creadas por Orden Ministerial de 15 de abril de 1987 que establecía la Unidad dependiente del Centro Penitenciario de Mujeres de Valencia, siendo Directora del mismo **Mercedes Jabardo**, y la Unidad Dependiente del Complejo Penitenciario Femenino de Madrid por Orden de 22 de febrero de 1988.

Estas unidades dependientes están reguladas por la Circular 17/1995, de 26 de junio. La mayor parte de estas unidades, once actualmente, acogen madres con hijos menores, ahora si bien el art. 38.1 LOGP establece que en los departamentos de madres podrán tener las internas a sus hijos hasta que cumplan los tres años edad, cuando se trata de unidades dependientes suele haber niños mayores de esta edad dado que viven en un ambiente *extramuros* normalizado.

7.3.7.2. Unidades Extrapenitenciarias

La posibilidad regulada en el art. 182 RP, introducida en la reforma de 1984 del RP en el art. 57.1 párrafo quinto, como dice **Nistal Burón**²⁶³, es el último eslabón del régimen abierto, como forma de cumplir la pena privativa de libertad, nos encontramos con la posibilidad de hacerlo en un marco totalmente externo al penitenciario, dirigido y organizado por personal totalmente ajeno a la Institución penitenciaria. Esta forma de cumplimiento es donde más se potencia la colaboración de las asociaciones e instituciones extrapenitenciarias en la resocialización de los reclusos, dado que mientras que las Unidades Dependientes se cogestionan de forma conjunta con la Administración Penitenciaria, estas unidades extrapenitenciarias funcionan de forma autónoma, las únicas competencias que se mantienen por parte del centro penitenciario es la posibilidad de proponer la regresión de grado o la libertad condicional del penado.

El art. 182 RP establece: *“El Centro Directivo podrá autorizar la asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, de penados clasificados en tercer grado que precisen un tratamiento específico para deshabitación de drogodependencias y otras adicciones dando cuenta al Juez de Vigilancia”*.

La autorización estará sometida a las siguientes condiciones, que deberán constatare en el protocolo del interno instruido al efecto:

- a) Programa de deshabitación aprobado por la institución de acogida, que deberá contener el compromiso expreso de la institución de acoger al interno y de comunicar al Centro penitenciario las incidencias que surjan en el tratamiento.

263. “Clasificación de los internos”. Derecho y prisiones hoy. Cuenca. 2003. Pág. 98

- b) Consentimiento y compromiso expreso del interno para observar el régimen de vida propio de la institución de acogida.
- c) Programa de seguimiento del interno, aprobado conjuntamente por el Centro penitenciario y la institución de acogida, que deberá contener los controles oportunos establecidos por el Centro, cuya aceptación previa y expresa por el interno será requisito imprescindible para poder conceder la autorización.

Algún autor, como **Racionero Carmona**, ha demandado que esta modalidad de cumplimiento pueda ser aplicable a otro tipo de internos como aquellos con determinadas disfunciones psicológicas (no psiquiátricas) que puedan cumplir su condena en Centro Educativo Especial²⁶⁴. Nos parece acertada esta propuesta, por qué sólo va ser posible destinar a unidades extrapenitenciarias penados con problemas de drogadicción, y no por otro tipo de carencias psicológicas dónde puedan recibir un tratamiento de su patología si está vinculado con su etiología delictiva.

Respecto a la exigencia del cumplimiento del *período de seguridad* a los internos que se les pretenda aplicar el tercer grado en base al art. 182 RP, **De Castro Antonio**²⁶⁵ opina que exigir este requisito sería cuanto menos desnaturalizar *in extremis* el principio de tratamiento individualizado y los fines de reinserción social que propugna la LOGP (...). El pronóstico se podrá realizar una vez concluido el tratamiento, pero no *a priori*. Lo contrario sería quebrar los principios de individualización científica en materia penitenciaria y vulnerar, entre otros, el contenido del art. 67 LOGP: "...concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno se emitirá un informe pronóstico final en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento...".

Estamos de acuerdo que en estos casos el tratamiento es consustancial a la aplicación del régimen del art. 182 RP y que el pronóstico de reinserción será consecuencia directa, por tanto, al no poderse exigirse un pronóstico previo de reinserción tampoco puede exigirse el previo período de seguridad. Es decir, que en estos supuestos no se debería exigir el cumplimiento del período de seguridad pues esto podría frenar el acceso al tercer grado dado que no podría realizarse el previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción hasta que el penado no haya finalizado el programa de deshabitación, otra cosa es que el informe pronostique un comportamiento favorable para la aplicación del régimen de vida del art. 182 RP.

En la práctica penitenciaria la posibilidad de clasificación en tercer grado art. 182 se materializa de dos formas diferentes:

- La clasificación en este grado de los internos que estaban realizando un programa de deshabitación de drogas que se ve interrumpido por su ingreso en prisión, porque el penado no está en condiciones de acceder a la suspensión condicional ni a que se le aplique la medida de seguridad alternativa al cumplimiento. Esta clasificación es importante en todos los casos y, especialmente, en los supuestos en que las personas condenadas estén realizando programas de rehabilitación de drogodependencias, a fin de que puedan continuar en los mismos²⁶⁶.

264. "Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial". Madrid. 1999

265. "El período de seguridad". XIII Reunión de Jueces de Vigilancia. Valencia. 2004. Pág. 5

266. "Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel". Madrid. 2004. Pág. 88

- La de aquellos que en el curso de su evolución penitenciaria porque están realizando un programa de deshabitación en el propio establecimiento penitenciario, se considera oportuno su clasificación en tercer grado para que sigan su tratamiento en el exterior.

7.3.7.3. Controles telemáticos

El art. 86.4 RP establece que para los internos clasificados en tercer grado, es decir, los que están cumpliendo condena de prisión en régimen abierto: *“En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante **dispositivos telemáticos** adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales.”*

Estos dispositivos telemáticos son conocidos como brazaletes que pueden colocarse indistintamente en el pie o la mano y que permiten saber si la persona monitorizada se encuentra en un determinado lugar en el horario previamente establecido. Así pues, esto permite saber si el penado está en su domicilio a la hora fijada según su programa de tratamiento aprobado por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario del que depende.

Esta forma de control de penados se utiliza en numerosos países, como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Suiza y Países Bajos.

Este sistema de vigilancia consigue que el penado cumpla su condena en su entorno familiar, social y laboral, lo que puede facilitar, en muchos casos, su resocialización. Con ello se conseguiría uno de los fines principales de la pena privativa de libertad establecidos en el artículo 25.2 de la Constitución.

Hay autores, como **Escobar Marulanda**²⁶⁷, que dudan de la constitucionalidad de este sistema de control de la ejecución pues entienden que podría vulnerar el artículo 15 de la Constitución que prohíbe “las penas o tratos inhumanos o degradantes” y/o el artículo 81 del mismo texto constitucional porque el control electrónico implica una serie de restricción de derechos fundamentales como la dignidad y la intimidad de las personas y que por lo tanto no pueden regularse esta forma de ejecución mediante un reglamento como es el penitenciario sino que es necesario que se regule mediante una Ley Orgánica. Estamos de acuerdo en que esta forma de ejecución debería de estar recogida en la LOGP, pues aunque es una ley relativamente moderna (sólo tiene veinticinco años de vigencia) no podía prever este tipo de avances tecnológicos, con lo cual sería oportuna su reforma.

Otros autores opinan que este control tiene un carácter más punitivo que otros como puede ser la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, no cabe duda de ello, pero también es cierto que si lo comparamos con la ejecución de la pena dentro de la cárcel típica está claro que esto ya no es así, pues no es lo mismo que el

267. “Los monitores electrónicos ¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?”. Madrid. 1998. Pág. 218

penado esté días y días en la prisión que en su casa. Hay instituciones como el **Defensor del Pueblo**²⁶⁸ que entiende que este tipo de ejecución podría ser ilegal pues considera que puede atentar contra el derecho a la intimidad puesto que “la esfera privada pasaría desapercibida en una prisión”. Frente a esto, podemos afirmar que más vulnerado se ve el derecho a la intimidad en la cárcel de las personas privadas de libertad y de sus familiares y amigos que van a visitarles. Así, lo admite incluso el propio Tribunal Constitucional al reconocer que la pena de prisión no sólo tiene un marcado efecto degradante de la persona sino que además implica una importante restricción a su intimidad, en aras a la consecución de intereses colectivos, tales como la seguridad pública (Sentencias 37/1987, 89/1987 y 54/199). Recordemos, estas pulseiras telemáticas sólo informan si el penado está en su domicilio en el horario determinado, pero no con quién está, ni lo que hace. Por todo ello, consideramos menor desproporción punitiva en el control monitorizado que en el control carcelario.

En este punto, hemos de recordar el tratamiento penitenciario siempre debe de ser voluntario. El artículo 112 R.P. establece: “*Se estimulará la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento. Con este fin, le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y los medios y plazos más adecuados para conseguirlos. El interno podrá rechazar libremente o no colaborar..., sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado*”. Así pues, el penado según el artículo 86.4 habrá de aceptar voluntariamente este tipo de control telemático, sin que se le pueda obligar a su uso.

La **aplicación** de este sistema de cumplimiento regulado en el artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario puede utilizarse en situaciones diferentes como establece la Instrucción 13/2001, de 10 de diciembre, que regula la “Aplicación del art. 86.4 del Reglamento Penitenciario”:

- 1.^a) Aplicación a los penados que hayan demostrado una **positiva evolución en régimen abierto** durante cierto tiempo. Es decir, a aquellos internos que han manifestado una suficiente responsabilidad, autocontrol y capacidad de vivir normalizadamente en sociedad respetando la Ley Penal. Este régimen de vida se puede aplicar a aquellos internos que les falte poco tiempo para poder optar a la libertad condicional y sería como un “puente” previo, aunque no necesario, para obtenerla. La Dirección General de II.PP. había fijado el plazo máximo de seis meses para la fecha de libertad condicional. Este plazo nos parece totalmente insuficiente, pues hay muchos internos en régimen abierto que están muchos años en este tipo de vida, saliendo diariamente a trabajar o a realizar otras actividades formativas o terapéuticas y que perfectamente podrían acogerse al sistema de control telemático sin necesidad de esperar a que sólo les falten seis meses para alcanzar la libertad condicional puesto, que, aunque los penados no acuden diariamente al centro penitenciario sí que deben hacerlo cuando sean requeridos para ello por razones de tratamiento por lo que sigue habiendo cierto conocimiento de la evolución del penado en libertad. Por todo ello, nos parece razonable que la Instrucción 13/2001, de 10 de diciembre *no haya determinado plazo alguno* para poder aplicar este sistema

268. Declaraciones del Sr. Múgica al Diario El País 22/5/2001. Madrid. Pág. 23

telemático, que, como es lógico, es sólo una de *medida de control* pero no la única y, además, forma parte del programa individualizado de tratamiento del interno. En cuanto a este criterio temporal, esta instrucción exige: “Permanencia en el tercer grado de tratamiento durante el período *mínimo necesario* que permita valorar la capacidad de autorresponsabilidad del interno en el medio abierto”.

Además del citado criterio, la Instrucción 13/2001 establece los siguientes requisitos:

- Haber obtenido una valoración positiva en las diferentes evaluaciones relativas al cumplimiento de los objetivos de su programa individualizado de tratamiento.
- No ser objeto su actividad delictiva de una especial alarma social.
- Disponer de una situación estable en los ámbitos laboral, socio-familiar y personal.
- Ser susceptible, por las evaluaciones disponibles en el momento actual, de obtener un pronóstico favorable de reinserción social a los efectos de su libertad condicional.

Por tanto, este tipo de régimen de vida es apropiado para aquellos penados que muestran una buena inserción social y laboral ya que permite que realicen una jornada normal en libertad y que al finalizar la misma puedan regresar a su domicilio sin la obligación de tener que ir a pernoctar a la cárcel. Pero para poder conseguir este régimen de vida es necesario que el interno haya alcanzado los objetivos sociales, laborales, formativos, terapéuticos... fijados en su programa de tratamiento, así como que haya un buen pronóstico de reinserción social.

La Instrucción 13/2001 establece que no es aconsejable la aplicación de este tipo de vida a los internos que estén realizando determinados programas especializados de los regulados en el art. 116 RP, como son los drogodependientes, agresores sexuales o maltratadores en el ámbito familiar, sin que hayan alcanzado *previamente* los objetivos terapéuticos perseguidos. Entendemos que si ya han conseguido estos objetivos sí podrían aplicárseles este tipo de control, sobre todo, a agresores y maltratadores en el ámbito familiar. Está claro que este sistema de control telemático podría utilizarse también para el control de los maltratadores en el ámbito familiar que estén en condiciones de disfrutar de permisos penitenciarios, régimen abierto o libertad condicional, sobre todo y obligatoriamente cuando el penado tenga impuesta una medida de prohibición de residir y acudir a determinados lugares, como la prohibición de acercarse a la víctima o a otras personas relacionadas con la misma. Con este control se garantizaría mejor que el penado cumpliera durante la ejecución de la pena de prisión las medidas de alejamiento indicadas en sus salidas al exterior. Para ello bastaría que este control fuese incluido, por analogía con el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario, como requisito obligatorio para disfrutar de tales permisos, y en los programas de tratamiento tanto para la progresión a tercer grado como para la libertad condicional, en este mismo sentido se pronuncia **Renart García**: “En la legislación penal y penitenciaria vigente no existe previsión expresa que autorice su utilización en el ámbito de la libertad condicional; sin embargo también es cierto que no existe precepto legal alguno que, de modo expreso o tácito imposibilite su uso. (...). Siendo así no vemos obstáculos para que dicho órgano – el mismo a quien corres-

ponde la iniciativa de aplicar a un interno las previsiones del art. 86.4- (Junta de Tratamiento) pueda decretar que el control de quienes acceden al último período de su condena pueda realizarse a través de medios telemáticos”²⁶⁹.

Nosotros estamos de acuerdo con esta postura, si bien como hemos dicho anteriormente, sería necesario su regulación en la LOGP pues el RP no es el lugar idóneo para imponer condiciones que pueden afectar a los derechos fundamentales, dado que según el art. 81 de la Constitución sólo pueden ser restringidos por una ley orgánica.

2.^a) Aplicación a los penados que se encuentren **determinadas situaciones específicas** por razones de índole personal, familiar, sanitaria o laboral, y que requieran una mayor atención del propio interno o sus familiares. Podemos diferenciar tres supuestos:

a) *Condiciones laborales especiales*. Esta situación permite que el interno pueda realizar su jornada laboral aunque el horario de la misma sea atípico, ya que ésta puede dificultar su permanencia en la prisión abierta. La base legal de esta alternativa la encontramos en el art. 26 LOGP donde se establece que el trabajo es un elemento fundamental del tratamiento, con lo cual es necesario dar prioridad a que el penado no pierda su puesto de trabajo si lo tiene o que el horario del centro penitenciario no dificulte el encontrar un puesto de trabajo que pueda facilitar su inserción social.

La Junta de Tratamiento tiene que valorar si el puesto de trabajo es adecuado para el penado o si ha sido elegido como medio de eludir la presencia diaria en el centro. La duración de la estancia en este tipo de vida debería estar vinculada a la situación laboral aunque deberían tenerse en cuenta otros factores importantes para su tratamiento.

b) *Convalecencias médicas*. El régimen de vida previsto en el artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario también puede ser utilizado para aquellos penados clasificados en tercer grado que debido a razones médicas (enfermedad, intervención quirúrgica...) sea conveniente que se recuperen en su domicilio pues el ir a pernoctar a prisión abierta podría afectar seriamente su recuperación. La duración de esta medida estaría vinculada a *criterios estrictamente médicos* y, una vez finalizada esta situación excepcional, el interno volverá al tipo de vida que le corresponda en régimen abierto. La base legal es el artículo 3.4 de la LOGP: “La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”.

c) *Madres con hijos recién nacidos*. Esta posibilidad de aplicación de este tipo de vida está recogida en el artículo 17.4 del RP en el que se determina que deben primar los derechos del niño sobre los de la madre y, por lo tanto, si el hijo es recién nacido, esta prioridad debe ser mucho mayor. Esta medida se aplicará cuando no existan otras alternativas más adecuadas para el niño, como pueden ser las Unidades Dependientes reguladas en el art. 180 RP. La duración según la Inst. 13/2001 será, en principio, de dieciséis semanas, después podría ser aplicado el artículo 179 RP que establece el horario flexible con el fin de fomentar el contacto con su hijo y para ello la madre puede pernoctar en su domicilio regresando a la prisión abierta durante el día en el horario que se le determine.

269. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 269-292

La Instrucción 13/2001 prevé la posibilidad de que este tipo de vida del art.86.4 RP pueda ser aplicado al padre en ausencia de la madre, lo cual nos parece muy razonable en base al derecho a la igualdad recogido en el art.14 de nuestra Constitución.

La puesta en marcha de estos sistemas telemáticos tuvo lugar en abril del año 2000 cuando la Dirección General de II.PP. puso en marcha un programa experimental en el Centro de Inserción Social Victoria Kent de Madrid, en el que fueron incluidos diez internos clasificados en tercer grado. Según la propia Dirección General el resultado fue satisfactorio y por eso se extendió la aplicación del mismo a otros centros, y en los presupuestos generales del año 2001 se aprobó una dotación para la puesta en funcionamiento de este programa. Según estas previsiones se aplicaría este sistema de vigilancia electrónica a ciento cincuenta penados a finales del año 2001. Para el año 2005, se calcula que habrá en este programa unos setecientos internos. Con todo ello se prevé un gran ahorro económico pero para nosotros lo más importante no es esto sino que este tipo de vida permite que el interno se inserte de una manera más adecuada en la sociedad, después de haber pasado por la cárcel, tanto por la ordinaria como por la abierta.

Hay autores como **Manzanares Samaniego** y **Pelluz Robles** que señalan que con esta modalidad de cumplimiento queda totalmente desnaturalizada la pena de prisión, ya que constituye un pena mucho más leve que cualquier otra que prive al reo de sus derechos²⁷⁰. En el mismo sentido **Racionero Carmona** que indica que con este sistema se puede producir el riesgo del absoluto vaciamiento de la pena²⁷¹. Desde nuestro punto de vista sucede todo lo contrario, y es que la pena privativa de libertad con este sistema se enriquece porque deja ésta, como en otras modalidades, de cumplirse en la prisión dotándole al penado de mayores posibilidades de reinserción social fuera de la misma.

En la XII Reunión de Jueces de Vigilancia, celebrada en enero de 2003, acordaron respecto a los dispositivo telemáticos:

El control telemático para acceder a los beneficios previstos en el artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario consistirá en el control de los dispositivos telemáticos previstos en la Inst. 13/2001 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, con carácter general, siendo excepcional y a valorar en cada caso concreto la utilización de otros medios de control.

Se trata de dar uniformidad al control de las personas que acceden al régimen de semilibertad por la vía del Art. 86.4 del RP de 1996, ya que, con anterioridad a la Instrucción 13/2001 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que regula e implanta en el territorio nacional el uso de dispositivos telemáticos, los medios de control eran muy diversos: presentaciones en servicios sociales, ayuntamientos, firmas diarias en el centro penitenciario, etc... Actualmente, existe la posibilidad de hacer uniforme en todo el territorio nacional dicho control a través de los principios generales y específicos establecidos en la Instrucción antes mencionada,

270. "El tercer grado penitenciario". Artículos doctrinales: Derecho Procesal Penal. 1999 Pág. 4

271. "Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial". Madrid. 1999

evitando agravios comparativos entre los penados que se encuentran en esta situación. No obstante, al final se deja un margen de discrecionalidad para casos excepcionales en los que esté muy justificado que un determinado penado/a no pueda o deba someterse a este medio de control telemático.

Para finalizar entendemos que sería muy positivo pontenciar estos controles para madres con hijos.

7.3.8. Supuestos especiales

7.3.8.1. Enfermos incurables

El primer precedente de libertad condicional por enfermedad lo encontramos en el Decreto 2273/77, de 29 de julio, que reformó el Reglamento de 1956, pero el antecedente inmediato del art. 92 CP que establece la libertad condicional para enfermos muy graves con padecimientos incurables, lo encontramos en el art. 60 RP de 1981 que vulnerando el principio de legalidad permitía el acceso a la libertad condicional aún antes de extinguir el período previo de condena si se trataba de enfermos muy graves con padecimientos incurables o mayores de 70 años.

La controversia doctrinal y jurisprudencial en este punto fue importante. Resulta evidente que desde un punto de vista de estricta apreciación de la legalidad (una interpretación literal e histórica de este mecanismo contenida en la Circular de la Fiscalía General del Estado de 5 de diciembre de 1990) la aplicación de la libertad condicional anticipada sólo sería aplicable a aquellos internos que estuviesen clasificados en tercer grado conforme a los criterios generales de clasificación. Esta fue la posición de la DGIIPP en un principio rechazaba propuestas de progresión basadas exclusivamente en un pronóstico muy grave, con fatal desenlace en fechas próximas, de internos sin que procediese por razones de evolución personal. Frente a ello estaba la realidad: en la mayoría de los casos el tipo de internos susceptibles de “beneficiarse” de la norma, suelen presentar una carrera delictiva consolidada con escasas expectativas de inserción social positiva. Poco a poco los criterios fueron variando tanto a nivel de la Dirección General II.PP. como de los Jueces de Vigilancia que asentaron sus criterios resolviendo recursos en el sentido de aceptar que no se trata de obtener un tercer grado por aplicación de las circunstancias de progresión del art. 65.2 LOGP. En esta segunda etapa de interpretación de la normativa el dato que resultaba fundamental para la clasificación en tercer grado era la posibilidad de un desenlace fatal de forma inminente: el principio de humanidad que debe regir la ejecución de las penas privativas de libertad así como la resocialización del recluso (que no ya no se podrá conseguir durante el período de cumplimiento de la pena) debían determinar el acceso del interno al tercer grado como paso previo a la excarcelación para que pudiera pasar sus últimos días en el entorno familiar.

En una tercera etapa se superó esta interpretación restrictiva, entendiendo que lo fundamental no debiera ser la esperanza de vida sino las condiciones en las que interno pudiera vivir ese período.

Finalmente se ha llegado a la conclusión que en dichas propuestas lo que se valora de una parte es la evolución de la enfermedad de una parte, y de otra las variables criminológicas, para concluir en un diagnóstico híbrido sobre el pronóstico de reinci-

dencia. El nuevo RP de 1996 se hace eco de esta posición e introduce el apartado cuarto del art. 104 RP donde establece: *“Los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad social.”* Evidentemente tal diagnóstico al versar sobre el alcance y desenlace de enfermedades que no se conocen con exactitud presenta problemas. Ha de ponderarse con la legislación vigente de un lado el derecho del interno a vivir su período de tiempo postrero en libertad ya que la reclusión en estas circunstancias se convierte en un acto de crueldad, y, de otro, la convicción de que no se devuelve a la sociedad a un delincuente activo capaz de dañar gravemente la convivencia.

El informe debe por tanto valorar:

- El perfil criminológico del interno. Por ejemplo, no es lo mismo que su carrera delictiva se limite a robos que a agresiones sexuales.
- La incidencia de la dolencia en la capacidad criminal, pues la enfermedad puede disminuir la potencialidad criminógena.
- Las expectativas en el exterior de apoyo y control del entorno familiar o asociativo. El contar con apoyo familiar o recursos sociales es fundamental porque sino nos podemos encontrar con el liberado abandonado en la calle, lo cual puede influir negativamente tanto en su enfermedad como en la reincidencia en el delito.
- La forma en que el interno asume la enfermedad. Este tipo de enfermedades arroja un cierto grado de riesgo que debe asumirse pero ponderando la incidencia de ese riesgo en la comisión de nuevos delitos.

Llama la atención de la nueva regulación reglamentaria la omisión de la clasificación en tercer grado en el caso de los mayores de 70 años, pues el fundamento de la anticipación de la libertad es el mismo y por tanto de la misma forma se debería progresar a tercer grado con independencia de las variables de clasificación.

Los Jueces de Vigilancia también han adoptado un criterio en esta materia: *“En los supuestos de aplicación urgente de la libertad condicional por razón de enfermedad grave e incurable, no hallándose el interno clasificado en tercer grado, el JVP. podrá acordar dicha progresión, sin propuesta previa del establecimiento, en el mismo auto en que se conceda a aquél el beneficio de la libertad condicional.”*

Por su parte, el art. 196.2 del RP establece la libertad condicional para enfermos muy graves con padecimientos incurables, añadiendo que cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico.

La Instrucción 9/2003, de 25 de julio, indica que: *“Al no haberse visto reformado el artículo 92 del Código Penal en lo relativo a la dispensa del requisito de cumplimiento de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras de la condena para la concesión de la libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos*

incurables, debe entenderse que las propuestas y resoluciones de tercer grado formuladas sobre la base de las previsiones del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario no resultan afectadas por el período de seguridad. La Inst. 2/2004 que deroga la citada Inst. 9/2003 mantiene el mismo criterio. En consecuencia, pueden realizarse tales propuestas con independencia del tiempo de condena extinguido, por razones de humanidad y de dignidad personal”. Si bien esta instrucción hace mención sólo a la libertad condicional por enfermedad grave e incurable, nosotros entendemos que en base a las mismas razones de humanidad y de dignidad debe aplicarse a los septuagenarios. Igualmente, y por similares criterios, entendemos que no es requisito necesario el haber satisfecho las responsabilidades civiles, así lo recoge la Instrucción 2/2004 cuando exceptúa las propuestas a tercer grado art. 104.4 RP de las normas generales.

Entendemos que este tipo de excarcelación debería producirse por otra vía diferente a la libertad condicional. Así es reconocido por los Jueces de Vigilancia en su XII Reunión del año 2003:

“Se insta al Gobierno a la modificación urgente del artículo 92 del Código penal, en el sentido de que, entre los requisitos para la concesión de la libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables, no se exigirá pronóstico favorable de reinserción social. (Criterio 24 de 1994, modificado. Aprobado por mayoría)”.

Todo lo cual lo basan en la siguiente motivación: “Si la finalidad de la llamada impropriamente libertad condicional para enfermos incurables es de carácter humanitario y pretende sencillamente que el interno no fallezca en el establecimiento, y no constituye por ello un período de prueba para la vida futura como es el caso de la libertad condicional en general, no tiene sentido exigirle un pronóstico favorable de reinserción social, que es un requisito propio de la libertad condicional general pero que no tiene aplicación práctica en esta liberación humanitaria”.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias sobre estos casos especiales de libertad condicional, respecto a los enfermos muy graves e incurables, la Sentencia 48/1996, de 25 de marzo de 1996, por ejemplo en el recurso de amparo 1784/1995 contra Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, denegando al recurrente la progresión al tercer grado penitenciario previo a la libertad condicional que recoge el caso de un penado que sufría una enfermedad coronaria grave e incurable.

Esta sentencia ha tenido una gran repercusión, sobre todo, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico tercero: “Como recapitulación y coda final, quede claro que tan sólo una enfermedad grave e incurable, como ésta, en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente acortando así la duración de su vida, aún cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado de aquélla, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal”. Según esta sentencia no es necesario que los internos sean enfermos terminales, por tanto, no se exige para este tipo de excarcelación la existencia de peligro inminente o inmediato para la vida del recluso sino que la finalidad de la misma es que pueda pasar el tiempo que le quede de vida en libertad.

7.3.8.2. Septuagenarios

Establece el artículo 92 del CP: “*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 haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, o, en su caso, las dos terceras podrán obtener la concesión de la libertad condicional...*”. Este tipo de libertad condicional esta regulada en sede reglamentaria en el art.196 RP. Pero es curioso destacar en el art. 104.4 RP, que regula la clasificación en tercer grado de los enfermos muy graves con padecimientos incurables, la omisión de la referencia a los mayores de setenta años, pues el fundamento de la anticipación de la libertad es el mismo y por tanto de la misma forma se debería progresar a tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal a los mayores de setenta como paso previo a la libertad condicional, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación (104.4 RP *in fine*).

En estos casos, como establece el art.104.4, hay que valorar especialmente la dificultad para volver a delinquir y su peligrosidad social, y si la probabilidad de comisión de delitos muy graves es alta no se debería proceder a la clasificación en tercer grado y mucho menos excarcelar en libertad condicional.

La LO 7/2003, de 30 de junio, no aclara si los nuevos requisitos que introduce son aplicables a los enfermos incurables y mayores de setenta años ya que el art. 92 CP no ha sido reformado, por tanto sólo se les exime de los requisitos temporales por lo cual cabe entender que en ellos también rigen los nuevos requisitos de la responsabilidad civil y del terrorismo y/o delincuencia organizada (art. 72 5 y 6 LOGP). La Inst. 2/2004 establece, con buen criterio, que a estos penados no se les exigirá el cumplimiento del período de seguridad, la satisfacción de la responsabilidad (si no pueden hacer frente a la misma), ni tampoco el abandono del terrorismo y colaboración con la justicia. En consecuencia, pueden realizarse tales propuestas de progresión a tercer grado con independencia del tiempo de condena extinguido, por razones de humanidad y de dignidad personal. Aún estando de acuerdo con estos criterios, desde nuestro punto de vista entendemos que es mejor que sea el Código Penal el que realice la exclusión de tales requisitos.

Otro problema es que la citada instrucción sólo se refiere a los internos a quienes es posible aplicar el art. 104.4 que son aquéllos que padecen una enfermedad grave e incurable, respecto a los mayores de setenta años parece que el criterio es más restrictivo y deja entrever que es necesario el cumplimiento del período de seguridad y la satisfacción de la responsabilidad civil, así como el abandono del terrorismo y colaboración con la justicia. Nosotros entendemos que no se puede ser tan restrictivos con este tipo de internos pues priman como en el caso anterior las razones humanitarias, y por eso también existe la libertad condicional para este tipo de penados (art. 92 CP).

7.3.8.3. Extranjeros no residentes legalmente

En la normativa penitenciaria no se prevé ninguna especialidad para la clasificación en tercer grado de internos extranjeros que residan ilegalmente en España, pero esta clasificación es necesaria para ser excarcelado en libertad condicional en nuestro

país o para su disfrute en el país de origen (art. 197.1 del R.P.). Hemos de tener en cuenta con respecto a este colectivo de internos, cada vez más importante en nuestra población penitenciaria, que su inserción social resulta extremadamente difícil ante las nulas perspectivas laborales y la carencia de medios lícitos de subsistencia lo que les aboca al delito o a depender económicamente de instituciones asistenciales. Por otra parte la legislación en materia de extranjería establece como causa de expulsión haber sido condenado por delito doloso a pena superior a un año.

Respecto de estos internos extranjeros nuestra normativa (penal, penitenciaria y de extranjería) contiene diversas posibilidades legales:

- Extranjeros condenados a pena de prisión inferior a 6 años: expulsión judicial como sustitutiva de la pena impuesta (art. 89 CP).
- Extranjero condenado a pena superior o igual a 6 años: expulsión judicial al cumplimiento de las 3/4 partes de la condena o al ser clasificado en tercer grado.

No obstante lo expuesto no en todos los casos de extranjero la solución debe ser la expulsión, la Junta de Tratamiento valorando las circunstancias personales del penado podrá proponer la clasificación en tercer grado o la libertad condicional para disfrutar en nuestro país. Pero no hay que confundir la libertad condicional con la posibilidad de sustitución de la pena regulada en el art. 89.1 del CP, reformado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre sobre la seguridad ciudadana, violencia doméstica y la integración social de los extranjeros, que establece que los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que *se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena*, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

El extranjero que intentara 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 de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

La principal novedad de la citada ley ha sido el cambio de criterio en la facultad discrecional que hasta ahora tenían los jueces o tribunales para acordar la sustitución de la pena por la expulsión, y que desde la entrada en vigor de la citada ley convierte en obligatoria la sustitución de la pena por la expulsión en la misma sentencia, tanto en los casos de las penas privativas de libertad inferiores a 6 años, como en el caso de las penas iguales o superiores cuando el interno haya alcanzado el tercer grado o cuando haya extinguido las 3/4 partes de la condena.

La STS de 8 de julio de 2004 se ha pronunciado en contra de la expulsión automática que establece la LO 11/2003 por entender que tiene carácter “imprescindible” el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Todo ello con el fin de “evitar la posible inconstitucionalidad del art. 89.1 CP. Este Alto Tribunal manifiesta que este artículo “responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal” y no se corresponde con la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que exige “un examen individualizado (de cada caso) con las alegaciones y, en su caso, prueba”.

La citada STS tiene su origen en la sentencia de 19 de Noviembre de 2003 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, que condenó a un súbdito extranjero como autor de un delito contra la salud pública, en la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de tres años de prisión y multa, acordando la sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional. Los hechos se refieren a la venta efectuada por el condenado de una papelina de heroína.

Los motivos del recurso es por error *iuris* del art. 849-1.º LECrim denunciando como indebidamente aplicado el art. 89-1.º del Código Penal por cuanto no se ha celebrado la preceptiva comparecencia para que el recurrente fuese oído en orden a la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión, petición que fue hecha ex novo por el Ministerio Fiscal en las conclusiones definitivas, y en el motivo segundo se denuncia la vulneración de los derechos a la dignidad, seguridad jurídica y defensa como consecuencia de la acordada expulsión.

Según la citada sentencia con la reforma del art. 89 CP se produce un importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de extranjeros ilegales por la comisión de delitos, pues lo que desde la vigencia del actual Código de 1995 era una decisión discrecional que podía adoptar el Tribunal sentenciador respecto de los condenados a penas inferiores a seis años se convierte en una conminación legal dirigida al juzgador en el actual art. 89-1.º en el que se determina que las penas privativas de libertad *serán sustituidas*, de suerte que lo que antes de la LO 11/2003 era una excepción frente a la regla general de cumplimiento de las penas de prisión, ahora se invierte, de modo y manera que sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario. Se produce un importante giro en una filosofía puramente defensista de devolver a sus países de origen a los que hayan cometido en España delitos dentro del marco legal previsto en el artículo, con el propósito confesado en la Exposición de Motivos de la Ley que se comenta, de “evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”, justificándose tal decisión porque la expulsión “se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y han delinquido. La consecuencia de la imperatividad de la expulsión es que ha desaparecido del texto actual la necesidad de previa audiencia del penado de la que se derivaba la exigencia de motivación de la decisión que se adoptase. Por contra, ahora sólo se exige la motivación cuando, de forma excepcional, se estime que “la naturaleza del delito” justifica el cumplimiento de la condena en prisión.

El período de la efectividad de la expulsión, que antes era de tres a diez años, lo que permitía una individualización temporal de la medida, ahora es, en todo caso, de diez años.

Las dudas que habían surgido antes respecto a la naturaleza de la expulsión, han quedado aclaradas ya que se está en presencia de una medida de seguridad no privativa de la libertad como lo patentiza la reforma del art. 96.2 2.ª llevada a cabo -en este caso- por la LO 15/2003 que entró en vigor el 1 de Octubre de del año de 2004. En el párrafo 3.º apartado segundo, se califica como medida de seguridad no privativa de la libertad la expulsión de extranjeros.

Es evidente que el art. 89 CP debe ser interpretado desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona -sea o no inmigrante, ilegal o no- que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el art. 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de Noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del art. 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del *indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto* lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado. Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba -y así está en la actualidad- respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado “olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión”. En efecto la Jurisprudencia del TEDH que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos para todos los tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y en su caso prueba, para resolver.

También se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional -SSTC 99/85 de 3 de Septiembre, 242/94 y 203/97-, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión.

En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite

como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Una vez más hay que recordar que, *todo juicio es un concepto esencialmente individualizado*, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión.

La STS 17/2002 de 21 de Enero —anterior a la actual regulación— acordó la nulidad de la expulsión por falta de trámite de audiencia, sin perjuicio de que se reconociera, en sede teórica, que la decisión —motivada— corresponde al Tribunal sentenciador no siendo susceptible de casación como, ya antes, lo habían declarado las SSTs 330/98 de 3 de Marzo y 1144/2000 de 4 de Septiembre.

Por todo lo expuesto la STS de 8 de julio de 2004 acuerda que procede la estimación del recurso entendiendo que el art. 89 CP debe ser interpretado en clave constitucional, por tanto debe darse la audiencia previa al imputado para que pueda alegar y probar lo que estime oportuno acerca de la expulsión, debiendo motivar la resolución que se adopte y también afirma la sentencia que parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las circunstancias personales del penado, su arraigo y situación familiar y en función de ellas decretar o no la expulsión.

Por tanto entendemos que la solicitud de expulsión debe hacerse en las conclusiones provisionales, para defenderse de la misma el acusado, constituyendo el trámite de audiencia el propio juicio oral, donde sin limitación podrá alegar lo que estime oportuno sobre su expulsión y una vez comprobado que el acusado se halla residiendo ilegalmente en España se procederá a la expulsión al sustituirse la misma por la pena de prisión no superior a seis años, no cabiendo más excepción a la expulsión, por aplicación del principio de legalidad, que la naturaleza del delito justifique el cumplimiento de la pena en España.

Si las circunstancias personales del penado, aunque no estemos conformes con la redacción del citado artículo y compartamos los razonamientos que a tal tenor se recogen en la citada sentencia del Tribunal Supremo, no serán de valor alguno respecto a la decisión, motivada en todo caso, que se adopte respecto a la expulsión, ya que la redacción de la norma no deja lugar a margen a otra interpretación, y por ello toda alegación sobre la situación personal o familiar del mismo no tiene relevancia por imperativo legal²⁷².

En conclusión a todo lo expuesto diremos que compartimos la argumentación de esta STS desde el punto de vista teórico o de *lege ferenda*, pero la rigidez de la norma y el respeto al principio de legalidad no dejan margen a otra interpretación que la expulsión automática por previa audiencia del reo.

Por otro lado, no se puede olvidar, tal y como reza el art. 89 CP, que a las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjeros no residentes

272. Muñoz Cuesta, J. “Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 8 de julio de 2004. Repertorio Jurisprudencia Aranzadi n.º 19/2004

legalmente en España no le son de aplicación lo dispuesto en los arts. 80, 87 y 88 del mismo, es decir no se pueden beneficiar de la suspensión de condena o de la sustitución de las penas, siempre y cuando no se aplique la excepción a la sustitución por la naturaleza del delito, si por esta causa no se procede a sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión, el extranjero que tiene pendiente el cumplimiento de la pena de tal clase sí podrá beneficiarse de lo dispuesto en tales artículos aunque lo razonable es que no lo sea precisamente por la propia naturaleza del delito que indica gravedad delictiva y por ello el penado no se debe beneficiar de las citadas instituciones. Con todo ello se quiere resaltar que la expulsión es la medida ordinaria a imponer a los extranjeros no residentes legalmente que cometen delitos en España.

8. El procedimiento de clasificación

8.1. Clasificación inicial

El proceso que concluye con la asignación inicial o variación del grado de clasificación pasa por varias etapas en las que intervienen órganos diferentes así como con posibilidades distintas de impugnación.

Antes de comenzar, hemos de tener en cuenta el art. 104 RP ordena que cuando un penado tuviese además pendiente una o varias causas en situación de preventivo (decretada prisión provisional), no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal. Este criterio es lógico puesto que no sirve de nada clasificar a un interno que no podrá disfrutar de permisos, régimen abierto, etc., al tener decretada prisión provisional. De hecho el Reglamento de 1981 permitía la clasificación de penados con causas en situación de prisión preventiva, y no servía para nada, por lo que consideramos acertada esta reforma.

Si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta a la DGIIPP. (No obstante, dice la I. 20/96, cuando el interno se encuentre en libertad condicional e ingrese con una responsabilidad preventiva, no se efectuará acuerdo de suspensión hasta que el Juez de Vigilancia dicte acuerdo de revocación). Concorre la misma situación que el caso anterior, no tiene sentido la clasificación al tener decreta prisión preventiva. Pero si hay causas pendientes sin haberse decretado prisión preventiva, la clasificación no varía²⁷³.

El proceso de clasificación inicial pasa por las siguientes fases:

1.ª- Recogida de información y elaboración de estudios.

Viene regulada en los arts. 63 y 64.1. LOGP y a la misma nos hemos referido anteriormente; tanto si el interno se encontraba en el centro como preventivo como si ingresa directamente en calidad de penado se recogen los datos relativos a las variables de clasificación a través del análisis documental, las entrevistas y la observación del comportamiento. Cuando pasa a penado o si ingresó directa-

²⁷³. Racionero Carmona, F. "Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial. Madrid. 1999. Pág. 142

mente como penado, a la información anterior se añaden los estudios de carácter científico que obviamente necesitan contar con el consentimiento del interno afectado.

Esta labor recae en el Equipo Técnico, formado por Juristas, Psicólogos, Educadores y Trabajadores Sociales, y se inicia tanto en el caso de preventivos como de penados, desde el mismo momento del ingreso a tenor de lo dispuesto en el art. 20 RP. Aquí queremos dejar constancia de la acertada reforma del citado artículo al introducir los *modelos de intervención* establecidos para los preventivos, que permiten que éstos comiencen desde su ingreso en prisión preventiva a participar en programas (drogodependencias, control de la ira, etc.) que pueden ayudarle a superar sus carencias y al pasar a penados les puede favorecer para clasificación o pronta progresión a tercer grado.

El hecho de que el interno rechace el tratamiento no supone que no se le pueda clasificar, en estos casos la clasificación inicial se realizará mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tengan relación con el interno (Profesores, Encargados de Módulo, Monitores de actividades etc.), así como la utilización de datos documentales existentes. Ello no quiere decir que respecto de estos internos la clasificación depende exclusivamente de criterios objetivo-formales dentro del esquema de un sistema progresivo clásico, sino únicamente que en la valoración de la personalidad (sobre la que gira la asignación de grado) los canales a utilizar son limitados.

El art. 106.4 RP regula la posibilidad de que un penado no participe en la realización del programa individualizado de tratamiento aprobado por la Junta de Tratamiento cuando ésta realiza la clasificación inicial o revisa la misma.

El penado puede elegir libremente si quiere o no realizar el programa de tratamiento penitenciario que se le asigne. Existen garantías jurídicas que permiten al interno recurrir contra la imposición del tratamiento. En la legislación española el tratamiento no se configura como un deber, sino como un derecho y así viene recogido en el artículo 4.2.d del Reglamento Penitenciario al establecer el “Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se le programen para el buen éxito del mismo”. El artículo 4.2 de la LOGP determina: “Se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado”. Esta misma idea viene desarrollada con más detalle en el artículo 61 de la misma Ley: “Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos. Serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tenida en cuenta en la medida que sea compatible con las finalidades del mismo”. El artículo 112 RP recoge esta misma idea: “*Se estimulará la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento...*”. Para ello, el Equipo Técnico encargado le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y los medios y plazos más adecuados para conseguirlos. Pero está claro que el interno podrá rechazar libre-

mente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello suponga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado.

Así pues, como vemos, el tratamiento no puede ser impuesto coactivamente, lo que se pretende es intentar que el interno participe y colabore en el mismo, una vez que éste lo ha aceptado voluntariamente. El tratamiento no puede ser soportado por el interno de forma pasiva pues si esto es así pierde toda su eficacia. Por ejemplo, no podemos imaginarnos a un toxicómano que quiera abandonar el consumo de drogas y que no colabore en su programa desintoxicación y deshabitación. Por tanto, lo que se hace es ofertar al penado "*oportunidades*" para su resocialización, es decir, se trata de ampliar sus posibilidades para que cuando salga en libertad no se vea obligado a reincidir pues se le facilitan recursos psicosociales para buscar tipos de vidas alternativas a la delincuencia. Estas posibilidades para su resocialización deben ser ofertadas, como un servicio público más, por parte de la Administración Penitenciaria. Según el preámbulo de la LOGP "*el tratamiento es una puesta a disposición del interno de los elementos necesarios para ayudarle a vivir fecundamente en libertad*".

Por todo ello, cuando el interno no participe en un programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes, salvo cuando la Junta de Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos (art. 106.4 en relación con el 112 del RP).

Sobre el marco temporal en el que se desarrolla esta fase el R.P. establece en su art. 103.2. un plazo máximo de dos meses desde la recepción del testimonio de sentencia para formular la propuesta. En relación con el mismo hay que decir que por lo general no se agota pues si el interno estaba preventivo los datos ya estarán recogidos y si se trata de ingreso como penado tal labor se habrá realizado al ingreso, por lo que sólo restarían los estudios científicos, básicamente de personalidad, que antes no se llevaron a cabo en base a la presunción de inocencia (art. 64.1 LOGP). En esta materia interesa destacar que lo exigible es el testimonio de sentencia y no la liquidación de condena, con independencia que en algún caso concreto este dato sea muy conveniente conocerlo pues puede influir en la clasificación en tercer grado si las fechas de cumplimiento son próximas. Es importante recabar del órgano sentenciador la remisión del testimonio de sentencia a la mayor brevedad para evitar los perjuicios de la no clasificación. Un problema particular presentan los supuestos en que la misma causa existan otros condenados que han recurrido la sentencia. La normativa correspondiente de la LECrim permite al que renuncia al recurso que para él devenga firme y se incoe el título ejecutivo clasificación.

Respecto a este plazo en las reuniones de los Jueces de Vigilancia se aprobó la "Formulación de las propuestas de clasificación inicial dentro del plazo reglamentario (dos meses), sin que causa alguna (por ejemplo, previsible llegada de una nueva sentencia) pueda hacer incumplir este plazo".

2.^a Propuesta de asignación de grado.

Una vez recogida la información y evacuados los estudios-informes individuales por los integrantes del Equipo Técnico (Jurista, Psicólogo, Trabajador Social y Educador) el asunto pasa a la Junta de Tratamiento (cuya composición y funciones se recogen en los arts 272 y 273 del R.P.) que es el órgano competente para formular una propuesta de clasificación ponderando las variables antes citadas. El procedimiento de clasificación inicial viene regulado en el art. 103 del RP donde se determina que *“La propuesta de clasificación inicial penitenciaria se formulará por las Juntas de Tratamiento, previo estudio del interno”*.

La propuesta se formula en un ejemplar normalizado que contiene los datos necesarios de las variables sobre las que opera la clasificación: situación penal y penitenciaria, valoración de su proceso de socialización y su personalidad, valoración sobre el entorno social de referencia, apoyos y obstáculos, así valoración de la conducta global del interno durante su estancia en el centro. Este modelo normalizado es aprobado en cada momento por la Dirección General II.PP. (art. 103.2 RP).

El reglamento de 1996 introdujo como novedad una precaución que afecta a la materia que analizamos; establece el art. 6 del RP: *“Ninguna decisión de la Administración Penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno”*. Este artículo es lo suficientemente claro, es necesaria la fundamentación de la propuesta explicitando el discurso partiendo de los datos recogidos.

El protocolo de clasificación contendrá además la propuesta razonada de grado, el programa individual de tratamiento en el que se de cobertura a las necesidades y carencias del interno señalándose expresamente los destinos, actividades, programas educativos, trabajo, actividades ocupacionales o de otro tipo que deba seguir (art. 103.3 RP). Todo ello tiene una importancia fundamental pues las posteriores revisiones de grado deberán tener en cuenta la evolución del penado dentro de las actividades señaladas. El modelo normalizado aprobado por el Centro Directivo es el contenido en la Instrucción 20/96, de 16 de diciembre de 1996, cumpliendo con ello lo establecido en el párrafo 3 del art. 103: *“ El protocolo de clasificación penitenciaria contendrá la propuesta razonada de grado y el programa individualizado de tratamiento, en el que se dará cobertura a las necesidades y carencias detectadas en el interno en los ámbitos señalados en el artículo 20. 2 de este Reglamento (ocupación laboral, formación cultural y profesional, aplicación de medidas de ayuda, tratamiento y las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la liberación). En el programa se señalarán expresamente los destinos, actividades, programas educativos, trabajo y actividades ocupacionales o de otro tipo que deba seguir el interno”*.

Dicho modelo unificado se adapta a los diferentes supuestos, con la incorporación de documentación anexa, que de forma preceptiva o por iniciativa de las Juntas de Tratamiento, integran la propuesta.

En consecuencia, la Instrucción antes citada, recoge, entre otros, los siguientes modelos:

- A) Modelo de propuesta de clasificación y destino.
- B) Modelo de programa individualizado de tratamiento.
- C) Modelo de aplicación de régimen cerrado.
- D) Modelo de cumplimiento en régimen abierto.
- E) Modelo de cumplimiento en unidad dependiente.
- F) Modelo de cumplimiento en unidad extrapenitenciaria.

La Junta de Tratamiento reunida formalmente en sesión adoptará el acuerdo de proponer al Centro Directivo la clasificación del penado en un determinado grado. Dicha propuesta se debe cursar al Centro Directivo en el plazo máximo de diez días desde la fecha de la sesión. El artículo 273.d) del RP establece entre las funciones de la Junta de Tratamiento: *“Formular, en función del estudio científico de la personalidad de los penados y de los datos e informaciones de que se disponga, las propuestas razonadas de grado inicial de clasificación y destino al Establecimiento que corresponda, que se cursarán al Centro Directivo en el plazo de diez días”*.

3.ª- Resolución de la propuesta.

La competencia para resolver la propuesta de clasificación es del Director/a General de II.PP. (aunque se firman por el Subdirector General de Gestión Penitenciaria por delegación) y debe dictarse en el plazo máximo de dos meses desde su recepción. No obstante la DGIIPP podrá acordar la ampliación de aquel plazo hasta un máximo de dos meses más para la mejor observación de conducta y consolidación de factores positivos. Esta resolución debe ser notificada al interno con expresión de su derecho a recurrir ante el JVP. Esta situación se completa en el apartado 3.8 de la Inst. 20/96 de la Dirección General II.PP., que determina que cuando el Centro Directivo acuerde la ampliación del plazo de resolución hasta un máximo de dos meses más, lo hará de forma escrita, que será comunicada al interno. Durante este plazo habrá que facilitar a la Dirección General de II.PP. desde el establecimiento penitenciario, aquellos datos que se consideren necesarios para decidir la resolución de clasificación.

La resolución debe dictarse de forma escrita y motivada, notificándose al interesado e indicándole en la misma la posibilidad de acudir en vía de recurso ante el JVP caso de no estar conforme con la misma. Respecto de la motivación hay que diferenciar tres casos:

1. Resolución de la DGIIPP clasificando en segundo o tercer grado conforme a la propuesta: la motivación se realiza con remisión a la propuesta realizada por la Junta de Tratamiento conforme determina en el art. 76.2.f).
2. Resolución de la DGIIPP que no es conforme a la propuesta: se debe motivar expresamente, puesto que no aprueba la propuesta de la Junta de Tratamiento. Según **Ríos Martín** esta situación resulta incoherente e ilegal puesto que es la Junta la que verdaderamente conoce al penado²⁷⁴. En estos casos los Jueces de Vigilancia suelen estimar los recursos contra las resoluciones de la DGIIPP (Auto JVP Alicante de 17 agosto 2000).

274. “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel”. Madrid, 2004. Pág. 107

3. Resolución de la DGIIPP clasificando en primer grado: en todo caso se debe motivar expresamente so pena de declararse la nulidad del acto administrativo (como ya vimos en su momento los Jueces de Vigilancia así lo requieren).

Existe un supuesto específico de propuesta de clasificación que no requiere la aprobación de la DGIIPP regulado en el art. 103.7 RP que establece que cuando se trata de penados con condenas de hasta un año de duración (siendo varias no puede exceder su suma del año), la propuesta de clasificación inicial formulada por la Junta de Tratamiento, adoptada por acuerdo unánime de sus miembros, tendrá la consideración de resolución a todos los efectos, salvo cuando se haya propuesto la clasificación en primer grado en cuyo caso será siempre necesario la resolución de la DGIIPP. En estos casos el acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento se notificará al interno que podrá ejercitar la impugnación ante el JVP No obstante en cualquier caso la propuesta con carácter de resolución debe remitirse a la DGIIPP para su conocimiento.

Por tanto, no tendrán la consideración de resolución inicial y seguirán los trámites ordinarios:

- Clasificaciones en segundo o tercer grado por mayoría.
- Clasificaciones en primer grado sea por mayoría o por unanimidad.

En los casos en los que el acuerdo comporte cambio de centro de destino, el traslado no se hará efectivo hasta que no sea dispuesto por el Centro Directivo, matiza la I. 20/96 en el apartado 3.1.

Según la Inst. 20/96, las anteriores previsiones contenidas en el artículo 103.7 del Reglamento Penitenciario, no son de aplicación a los supuestos de progresión o regresión de grado (apdo.3.1, *in fine*, antes citado).

Por lo que se refiere al cómputo del año, ante las dudas surgidas en su aplicación práctica, la Subdirección General de Gestión Penitenciaria determinó en escrito de 23 de abril de 1997, lo siguiente:

“Dado el valor temporal que es preciso tener en cuenta para determinar el cómputo de las penas de hasta un año de duración, en los supuestos de penas que vengan determinadas por meses, ha de entenderse que la duración de las mismas debe computarse multiplicando el número de meses por 30. En las condenas de hasta un año deben incluirse todas las penas privativas de libertad, no sólo las penas de prisión, sino también la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa y la pena de arresto de fin de semana, ésta sólo en el caso de que se cumpla de forma ininterrumpida y refundida con la pena de prisión o con la de responsabilidad subsidiaria”.

Si después de esta clasificación denominada *ejecutiva*, le llegasen nuevas condenas al penado y entre todas superasen el año habrá que realizar una revisión de grado por parte de la Junta de Tratamiento²⁷⁵. Esta situación no está prevista en el 103.7 RP, aunque es razonable realizar esa revisión de grado ya que puede darse la circunstan-

²⁷⁵. En este sentido se pronuncian Armenta/ González-Palenzuela. “Reglamento Penitenciario comentado. Sevilla. 2001. Pág. 208

cia de que al penado le venga una nueva pena por delito grave. Por ejemplo: un interno está clasificado en tercer grado por un robo con fuerza y le llega una condena por homicidio o violación.

Nos parece oportuno referirnos al acuerdo de la XII reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en enero de 2003 respecto a la Urgencia en la clasificación de condenados a penas privativas de libertad de corta duración para evitar la pérdida del disfrute de beneficios penitenciarios:

“A fin de evitar la pérdida de beneficios en las penas privativas de libertad de corta duración (menos graves y leves), se encarece la máxima agilización en el envío del testimonio de sentencia y liquidación de condena al establecimiento penitenciario por los Jueces o Tribunales sentenciadores, así como la tramitación con urgencia de la clasificación inicial y la progresión de grado para la concesión de la libertad condicional, cuando proceda, por parte de los órganos penitenciarios”.

También acordaron elevar al CGPJ la petición generalizada de que se dirijan a los Jueces y Tribunales sentenciadores de la jurisdicción de cada uno de los Juzgados de Vigilancia con el fin de requerir la remisión a los Centros Penitenciarios con la mayor urgencia posible de las liquidaciones de condenas de las penas cortas privativas de libertad. Así como solicitar de la Dirección General II.PP. y de la Dirección General de Servicios Penitenciarios de Cataluña que adopten las medidas adecuadas en orden a la clasificación inmediata de estos internos.

Esto acuerdo tiene un sentido muy importante puesto que la tardanza en remitir al Centro Penitenciario las liquidaciones de condena y posterior clasificación de internos condenados a penas de corta duración frustra con frecuencia todos los derechos y beneficios penitenciarios que puedan corresponder a aquéllos, concretamente permisos y el acceso a la libertad condicional, siendo habitual que estas penas se cumplan en su integridad a consecuencias de estos retrasos burocráticos en claro perjuicio con respecto a los condenados a penas largas que les da tiempo ha disfrutar de todas estas instituciones.

Hay que tener en cuenta que tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de modificación del Código Penal, que entró en vigor en octubre de 2004, las penas de prisión pueden ser, desoyendo a la doctrina mayoritaria, desde tres meses, con lo cual es necesario tener muy presente el criterio de los Jueces de Vigilancia para evitar perjuicios al penado, si bien como ya sabemos si la pena es hasta un año la clasificación puede ser ejecutiva según el art. 103.7 RP, pero no se debería agotar el plazo de los dos meses para realizar esa clasificación por los motivos indicados, pues sino la pena se cumplirá íntegramente sin disfrutar permisos, tercer grado y, mucho menos, libertad condicional que evidentemente no da tiempo ni a tramitarla debido a los muchos requisitos y largos plazos tanto administrativos como judiciales que conlleva.

La Instrucción 9/2003 ordena que las Juntas de Tratamiento deberán tener en cuenta el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 72.5 de la LOGP (satisfacción de la responsabilidad civil) para los acuerdos de clasificación inicial en tercer grado de penados a condenas de hasta un año que tengan la consideración de resolución: *“No tendrán efectos ejecutivos los acuerdos de clasificación en tercer grado adoptados por las Juntas de Tratamiento sobre penados con condenas de hasta*

un año según el art. 103.7 del Reglamento Penitenciario, si existiere responsabilidad civil no satisfecha. En este caso, las propuestas se tramitarán conforme al procedimiento ordinario remitiéndolas, en su momento, a la DGIIPP”.

El art. 103.4 RP determina que: “La resolución sobre la propuesta de clasificación penitenciaria se dictará, de forma escrita y motivada; por el Centro Directivo... Siguiendo a **Alarcón Bravo**²⁷⁶, podemos determinar que las características de la resolución de la clasificación penitenciaria son las siguientes:

- Es un *acto unilateral* (no contractual) que contiene una declaración de voluntad de la Administración. Es un acto no normativo, y es un acto singular, dirigido a un destinatario concreto, el penado clasificado.
- Es un *acto ampliatorio o restrictivo de derechos subjetivos del penado* pues como hemos visto cuanto mayor es el grado más derechos tiene el interno.
- Es un *acto administrativo complejo* en el que intervienen diferentes órganos de la misma administración, desde la Junta de Tratamiento hasta el Director/a General que firma las resoluciones de grado.
- Es un *acto resolutorio y no de mero trámite*.
- Es un *acto técnico y multidisciplinar*. Ello no supone que sea un acto discrecional por cuanto la solución justa sólo puede ser una, se trata de un acto no reglado en el que lo importante es la solidez de los juicios técnicos sobre los que se sustenta la decisión. Estos juicios técnicos son elaborados por diferentes profesionales: juristas, psicólogos, educadores, trabajadores sociales, etc.
- Es un *acto expreso, escrito y motivado*. La resolución escrita de la Dirección General de II.PP. es notificada al penado con indicación de los recursos posibles y órganos ante quien interponerlos. Por lo que se refiere a la motivación normalmente viene resumido un pequeño extracto de los informes previos aportados por los miembros de la Junta de Tratamiento, salvo en el supuesto en que la Dirección General difiera del sentido de la propuesta realizada, en cuyo caso deberá motivar expresamente este desacuerdo (como ya hemos visto). Esta situación se produce en pocos casos pero sobre todo cuando las propuestas son de primero o tercer grado.
- El control judicial de tales actos tiene lugar no ante los tribunales contenciosos-administrativos sino ante JVP, si bien cabe recurrir ante el juez o tribunal sentenciador

4.ª- Notificación de la resolución de grado al interno.

En cualquier caso, la resolución de clasificación inicial se notificará al interno, haciéndole saber que contra la misma puede interponer recurso ante el JVP conforme a lo establecido en el artículo 76.2 f) de la LOGP. En ningún artículo de la LOGP ni del RP se establece cuál es el plazo para recurrir ante el JVP las resoluciones de clasificación (en la segunda parte trataremos este tema).

276. “Las resoluciones de tercer grado desde la publicación de la LOGP”. Revista de Estudios Penitenciarios. N.º 240. 1988. Madrid. Pág. 16

5.ª Notificación al Ministerio Fiscal.

En este punto hemos de dejar claro que sólo tienen capacidad procesal para recurrir las resoluciones de clasificación o revisión de grado el penado y/o su representante legal y el Ministerio Fiscal. La facultad de recurso del Ministerio Fiscal es general ante cualquier resolución de clasificación o revisión de grado, pero el art. 107 RP sólo se refiere a las clasificaciones iniciales o revisiones en tercer grado, ordenando que todas las resoluciones de clasificación inicial o progresión a tercer grado, adoptadas por el Centro Directivo o por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento, según lo previsto en el artículo 103.7 (supuesto de condenas hasta un año), se notificarán, junto con el informe de la Junta de Tratamiento al Ministerio Fiscal dentro de los tres días hábiles siguientes a su adopción. Está claro que esta notificación se realiza para que el Ministerio Fiscal pueda interponer recurso ante el JVP competente si no está de acuerdo con la resolución de clasificación en tercer grado. Para nada se regula esta *notificación previa* al JVP competente, si bien en la VII Reunión de Jueces de Vigilancia de 1993 se acordó que se debería notificar a los mismos las clasificaciones iniciales o progresiones a tercer grado. En la XII reunión de Jueces de Vigilancia, celebrada en Enero 2003 se volvió a tratar este tema: *“Deben adoptarse las medidas adecuadas para que la Administración Penitenciaria ponga en conocimiento de los Jueces de Vigilancia, para su aprobación, y notifique a los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, en todo caso, los acuerdos de clasificación inicial en tercer grado de tratamiento penitenciario y los de progresión al mismo, a efectos de control de legalidad, si procediere, mediante la interposición del correspondiente recurso ante el Juez de Vigilancia competente”*.

También acordaron proponer la reforma legal pertinente para que la concesión de tercer grado en todo caso a los reclusos, precise la aprobación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, y asimismo que se regule la posibilidad de dejar sin efecto la clasificación en tercer grado cuando circunstancias posteriores así lo aconsejen.

*“Ese control se considera absolutamente necesario puesto que, si la Ley Orgánica General Penitenciaria establece la competencia exclusiva de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria para el control de la ejecución de las penas no se entiende cómo por vía reglamentaria puede sustraerse al control del Juez de Vigilancia Penitenciaria una materia tan importante como es la clasificación en tercer grado, que administrativamente deja prácticamente sin contenido el fallo condenatorio”*²⁷⁷.

Tras la reforma de la LO 7/2003 la situación ha cambiado puesto que cuando las penas sean graves (superiores a cinco años), el JVP deberá aprobar previamente el levantamiento del período de seguridad y la vuelta al régimen general si no se ha cumplido la mitad de la pena (art. 36.2). Ahora bien, en los casos que la pena no sea grave o en los que siéndola el penado tenga cumplida la mitad la condena no es necesaria esa aprobación previa por el JVP, otra cosa es que se le comuniquen estas clasificaciones o progresiones para que tenga conocimiento de las mismas. Recordemos, que si no interpone recurso el Fiscal o el penado, el JVP no puede modificar la resolución administrativa de clasificación.

²⁷⁷. En la misma línea se manifiesta Ríos Martín, J. C. “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel”. Madrid. 2004. Pág. 121

8.2. Revisiones de grado

El art. 65.4. LOGP. establece que: *“cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación tomándose la decisión que corresponda que deberá ser notificada al interno.”* El Reglamento Penitenciario en su art. 105 insiste en el mencionado plazo aunque vinculando la reconsideración a la evaluación de todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento diseñado al formular la propuesta de clasificación inicial.

El plazo que se señala es un plazo máximo pues a tenor de lo dispuesto en el art. 72.4. de la LOGP nada impide reconsiderar la asignación de grado de un interno si es que existen datos nuevos que lo justifiquen. En el mismo sentido nada impide al interno formular en cualquier momento una queja ante el JVP por la no progresión de grado aún antes de transcurrir aquel plazo que funciona como garantía.

Conforme a lo dispuesto en el art. 65.1. LOGP: *“la evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.”*

Este plazo máximo no quiere decir que la revisión no pueda hacerse antes, incluso tiene que hacerse obligatoriamente cuando la evolución del tratamiento así lo demande, como establece el artículo 72.4 de la LOGP: *“En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de su progresión”*.

Lo fundamental es la evolución de la personalidad en aquellos aspectos directamente relacionados con su actividad delictiva para lo que en principio basta tomar en cuenta la conducta de interno como así se recoge en los siguientes números del mismo artículo. Conviene advertir que cuando la LOGP y el RP emplean la palabra conducta o comportamiento lo están haciendo en sentido psicológico como cualquier actividad observable del interno, desprovista de valoraciones jurídicas o morales, sin que pueda entenderse como buena o mala conducta, sin que pueda entenderse como conducta penitenciaria completamente alejada de implicaciones disciplinarias. El comportamiento que sirve de base a la revisión consiste en actitudes o formas de actuar estables indicativas de la pervivencia de cierta peligrosidad criminal. Por ello y para que no hubiera la más mínima posibilidad de confusión se utilizó la expresión conducta global, cuando en otros ámbitos penitenciarios (v.g. redención, permisos, etc) sí se utiliza las expresiones de buena o mala conducta. Si esto es así desde el punto de vista del análisis de las normas, no ocurre lo mismo en la práctica, tanto los Equipos Técnicos como los Jueces de Vigilancia suelen atender al ámbito de lo disciplinario para evaluar la evolución conductual del penado lo que provoca un efecto multiplicador de las sanciones.

En cuanto al procedimiento que sigue la revisión de grados se puede sintetizar:

1. Corresponde al Equipo Técnico (formado al menos por el Psicólogo, Jurista, Educador y Trabajador Social) presentar a la Junta de Tratamiento un estudio-informe sobre la evolución del penado.
2. La Junta de Tratamiento reunida formalmente en sesión valorará aquél y adoptará el acuerdo que estime oportuno.

3. Si acuerda proponer la progresión o regresión de grado remitirá la propuesta en informe razonado a la DGIIPP.
4. A la DGIIPP corresponde aprobar o no la propuesta, ateniéndose la resolución a las mismas formalidades y plazos que los analizados para la clasificación inicial.

Del proceso de revisión pueden derivarse tres resultados: mantenimiento, progresión o regresión de grado.

8.2.1. Mantenimiento de grado

Establece el art. 105.2. del RP 1996 que cuando la Junta de Tratamiento no considere oportuno proponer a la DGIIPP cambio en el grado asignado, se notificará la decisión motivada (supone una importante novedad respecto a la situación anterior en que simplemente se notificaba el acuerdo) al interno, que podrá solicitar la remisión del correspondiente informe a la DGIIPP para que resuelva lo procedente sobre el mantenimiento o cambio de grado. La resolución de la DGIIPP se notificará al interno con indicación de su derecho a acudir en vía de recurso ante el JVP. Si bien es cierto que la decisión de la Junta de Tratamiento no pone fin a la vía administrativa y por lo tanto el acuerdo de mantenimiento de grado no puede ser entendido como acto administrativo con efectos jurídicos, la amplitud de facultades que por vía del art 76.2 g) corresponden al JVP permite una integración del art. 76.2 f) y las normas reglamentarias en el sentido de no ser preceptivo el pronunciamiento de la DGIIPP para que el JVP. fiscalice la no progresión de grado de un interno transcurrido el plazo de 6 meses. También interesa destacar que a diferencia de lo que dispone la Ley y desarrollaba el Reglamento de 1981, la decisión de mantenimiento en segundo grado debe ser motivada para respetar el derecho a la defensa lo que significa que no bastará la notificación en la que se recoja el acuerdo sin motivación expresa (como se venía haciendo con anterioridad). No obstante existe un sector de la jurisdicción de vigilancia que partiendo de la naturaleza revisora que asignan a esta jurisdicción, entiende que si el penado no pide la elevación de la propuesta motivada a la DGIIPP el acuerdo de continuidad es ejecutivo pero no podrá ser recurrido ante el JVP al no haberse agotado la vía administrativa previa.

El cómputo del plazo máximo de los seis meses se efectuará de fecha a fecha de la sesión de la Junta de Tratamiento en la que se efectúe la clasificación inicial o última revisión, según lo fija la Instrucción 20/96.

En las reuniones de JVP se ha mantenido el criterio de que las revisiones de grado (progresiones y regresiones) deben venir determinadas por la evolución positiva o negativa de la personalidad y no por la simple recaída de nueva condena o transcurso del plazo reglamentario.

El acuerdo de la Junta de Tratamiento, por tratarse de un acto definitivo en vía administrativa es susceptible de recurso ordinario ante la DGIIPP, conforme a lo establecido en el artículo 267.2 del RP (Con la entrada en vigor de la Ley 4/ 1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: recurso de alzada). El plazo para interponer este recurso es de un mes según el art. 115 de la citada ley, de ahí que la Inst. 20/96 establezca que siempre que el

interno solicite pronunciamiento de la Dirección General sobre su clasificación, se remitirá copia de la notificación de la última revisión así como de los informes correspondientes, en el caso de que no haya transcurrido un mes desde la misma. Si a los tres meses de interpuesto el recurso la DGIIPP no lo ha resuelto, se puede interponer recurso ante el JVP²⁷⁸.

Según el art. 105.2 del RP la resolución de la DGIIPP se notificará al interno, haciéndole saber que contra la misma podrá interponer recurso ante el JVP, conforme a lo establecido en el artículo 76.2 f) de la LOGP. Como ya hemos indicado anteriormente, en ningún artículo de la LOGP ni del RP se establece cual es el plazo para recurrir en alzada ante el JVP las resoluciones de clasificación (este asunto lo desarrollaremos en la tercera parte).

Establece el artículo 105.3 del RP que: *“Cuando una misma Junta reitere por segunda vez la clasificación en primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga por la Central Penitenciaria de Observación. El mismo derecho le corresponderá, cuando encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena”*. Este artículo se refiere a un órgano especializado en materia de observación, clasificación y tratamiento. Antes tenía una ubicación física en un centro penitenciario dentro de la antigua prisión de Carabanchel. En la actualidad los miembros de este órgano están en la propia Dirección General de II.PP. y desde allí se desplazan a los establecimientos penitenciarios a estudiar a los penados que solicitan que su clasificación sea revisada por dicha central, si reúnen los requisitos necesarios. No obstante, también puede la Dirección General de II.PP. ordenar que los casos regulados en el art.105.3 RP sean revisadas las clasificaciones por otra Junta de Tratamiento cuando esta Central tenga pendiente de estudio un elevado número de internos.

Aquí conviene hacer referencia a la posibilidad de que el interno frente a un mantenimiento en segundo grado pueda solicitar el levantamiento del período de seguridad al JVP para al tercer grado, según **Ríos Martín**²⁷⁹: *“La persona penada puede también acceder al JVP para plantearse a través de los recursos contra la resolución de mantenimiento en segundo grado emitida por el Centro Directivo”*. Estamos totalmente de acuerdo con este autor que siempre que haya un mantenimiento en segundo grado se puede solicitar vía recurso el levantamiento del período de seguridad y la vuelta al régimen general de cumplimiento.

8.2.2. Progresión

Como dice el Auto 1192/98, de 10 de octubre de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Madrid: *“en el sistema progresivo de cumplimiento de las penas, la progresión ha de ser la norma y la regresión la excepción pues la primera está en la línea principal del sistema, mientras que la segunda está en la línea secundaria y complementaria que tiende a corregir los errores o los optimismos excesivos o evaluaciones apriorísticas no respaldadas por la realidad”*.

278. Ríos Martín, J. C. “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel”. Madrid. 2004. Pág. 119

279. “Manual de ejecución penitenciaria. defenderse de la cárcel. Madrid. 2004. Pág. 90

La progresión de grado dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad (art. 65.2 LOGP. y 106.2 del RP).

La progresión de primero a segundo grado se suele realizar por la ausencia de incidencias negativas, normalmente cuando se han cancelado las sanciones disciplinarias, y el comportamiento es bueno; y de segundo a tercero cuando se han disfrutado algunos permisos de salida y falta un tiempo relativamente próximo para la libertad condicional para evitar el riesgo de quebrantamiento.

El RP de 1996 matiza la regulación legal (de corte excesivamente clínico) exigiendo que la modificación positiva venga referida a cualquier factor directamente relacionado con la actividad delictiva (factores de relevancia etiológica no exclusivamente psicológicos o de personalidad).

8.2.3. Regresión

Conforme al art. 65.3 LOGP procederá regresión: *“cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad.”*. En el mismo sentido que lo expuesto anteriormente el R.P. matiza las expresiones legales en el sentido de referenciar la evolución negativa al pronóstico de reinserción social, es decir en el alejamiento respecto de la meta última de la ejecución, y en contrastar la misma a través de la conducta global del interno.

Procederá la regresión de grado cuando se aprecie en el interno, en relación con el tratamiento, una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en su personalidad o conducta (art. 65.3 de la LOGP y 106.3 del R.P.). Normalmente se realiza de tercero a segundo si se produce la comisión de nuevos delitos siempre que haya sentencia firme, no reingreso de un permiso, si se produce consumo de drogas u otros comportamientos desfavorables; de segundo a primero cuando se manifiesta la peligrosidad o la indaptación mediante la comisión de faltas disciplinarias.

La regresión de grado debe responder a causas perfectamente probadas y no a meras sospechas o conjeturas (Auto 1005/97, de 20 de octubre, Sección 5.^a Audiencia Provincial de Madrid). Por tanto el que se le esté instruyendo una nueva causa penal no puede ser causa de regresión en base a la presunción de inocencia (Auto 375/98, de 1 de abril Sección 5.^a Audiencia Provincial de Madrid).

El artículo 108 del RP establece dos supuestos que denomina *“regresión provisional”*, para casos de internos clasificados en tercer grado:

- a) Si un interno clasificado en tercer grado no regresase al Establecimiento después de haber disfrutado de un permiso u otra salida autorizada, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 157.2, se le clasificará provisionalmente en segundo grado, en espera de efectuar la reclasificación correspondiente cuando vuelva a ingresar en un Centro penitenciario. Producido el reingreso, el Director del Centro acordará, como medida cautelar el pase provisional a régimen ordinario, hasta que se efectúe la reclasificación correspondiente.

- b) En los supuestos de internos clasificados en tercer grado que fuesen detenidos, ingresados en prisión, procesados o imputados judicialmente por presuntas nuevas responsabilidades, el Director podrá suspender cautelarmente cualquier nueva salida, así como acordar la separación interior que proceda y su pase provisional al régimen ordinario, debiendo proceder la Junta de Tratamiento inmediatamente a la reclasificación correspondiente en su caso.

Algunas de las situaciones que este apartado contempla adolecen de cierta imprecisión puesto que la detención puede durar como máximo 72 horas, una vez transcurrido este plazo, para que el interno permanezca en prisión, habrá de darse un mandamiento judicial que la decrete y el penado pasará a preso preventivo por esa causa. En este caso habrá de procederse a su *desclasificación*, conforme a lo establecido en el artículo 104.2 del Reglamento Penitenciario: “Si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al Centro Directivo”. Mientras dure esta situación las únicas “salidas” que pueden realizar serán las autorizadas por la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre el interno y el régimen aplicable será el correspondiente a los presos preventivos.

Respecto también a los internos clasificados en tercer grado, la Inst. 20/96, establece en el apartado 3.7 las medidas cautelares a adoptar en acuerdos de regresión, así, faculta al Director del Establecimiento para que, en los casos en los que la Junta de Tratamiento haya adoptado el acuerdo de regresión de grado y estime, en atención a la personalidad del interno o de la entidad de los hechos que la motivan, que la permanencia del interno en la unidad de régimen abierto conlleva un riesgo razonable de quebrantamiento, pueda disponer su pase provisional a una unidad de régimen ordinario, sin perjuicio de la resolución que sobre clasificación y destino adopte el Centro Directivo una vez estudiada la propuesta correspondiente.

Independientemente de las medidas provisionales adoptadas por el Director, respecto a la clasificación del interno hemos de diferenciar los siguientes casos:

- Que se decrete una medida cautelar privativa de libertad por razón de nueva responsabilidad (nuevo delito): conforme al art. 104.2 RP la clasificación decae al primar la situación procesal sobre la situación de cumplimiento y por lo tanto basta un acuerdo en tal sentido de la Junta de Tratamiento que se remitirá a la DGIIPP. para su conocimiento. En su calidad de preventivo el interno queda sujeto al régimen de vida ordinario conforme a lo establecido en el art. 74.1 RP. Una vez ha desaparecido dicha situación la Junta de Tratamiento deberá estudiar al interno y básicamente el resultado de aquella responsabilidad (sobreseimiento y archivo, libertad provisional con o sin fianza, etc.) para decidir una nueva propuesta de clasificación (que podrá ser otra vez en tercer grado o bien ahora en segundo).
- Que se decrete prisión provisional por causa anterior al ingreso en prisión (por ejemplo, al acercarse la fecha de juicio oral el órgano correspondiente estima conveniente la aplicación de la medida para garantizar la presencia del acusado): en estos casos la solución es la misma que la expuesta, es decir, decae la clasificación mientras dure la situación de preventivo y al finalizar se debe realizar nueva propuesta de asignación de grado.

- Que sin haberse decretado ninguna medida cautelar exista constancia de un proceso judicial abierto (Diligencias previas) por nuevo delito en que aparece imputado o procesado. En estos casos no decae la clasificación por lo que resulta procedente que la Junta de Tratamiento valore a la mayor brevedad posible (dada la situación provisional en la que se encuentra el interno) lo ocurrido para proponer en su caso la regresión a segundo.
- Si el caso anterior se produce respecto a responsabilidades anteriores (v.g. muy frecuente que estando en tercero lleguen citaciones a juicios por causas pendientes de las que el interno no informó a la Junta de Tratamiento que propuso su progresión) no da lugar a la regresión, sin perjuicio de que la Junta de Tratamiento del Establecimiento correspondiente valore ahora este nuevo dato junto a los demás para decidir una propuesta de regresión a segundo. Igual solución tendrán los supuestos en los que estando cumpliendo condena en tercer grado llegue nuevo testimonio de sentencia por delito anterior al ingreso: habrá que valorar si el mismo varía sustancialmente el pronóstico adoptado para la asignación del tercer grado.
- Por último, en los casos en que el interno se encontrara disfrutando de libertad condicional y reingresa en prisión por una responsabilidad preventiva habrá que esperar a que decida sobre la misma el JVP:
 - a) Si acuerda suspender la libertad condicional, lo que resulta frecuente si la preventiva se ha decretado por responsabilidad anterior a la salida en condicional pese a no estar regulada esta figura ni legal ni reglamentariamente (hubiese sido un buen momento la LO 7/2003 para hacerlo), no procederá dictar acuerdo alguno sobre suspensión de la clasificación ex art. 104 del RP sino que el interno quedará sometido al régimen ordinario propio de los preventivos.
 - b) Si acuerda revocar la libertad condicional (lo que resulta frecuente si la preventiva lo es por hechos nuevos) conforme al art. 93 CP y 201.3 RP al interno se le aplicará provisionalmente el régimen ordinario en espera de que por la Junta de Tratamiento se acuerde suspender la clasificación mientras se sustancie la responsabilidad. Si tras un tiempo se decreta la libertad provisional y el interno queda penado por las causas en que se ha revocado la libertad condicional la Junta de Tratamiento propondrá a la DGIIPP una nueva clasificación cuyo sentido dependerá fundamentalmente del resultado de aquella responsabilidad (sobreseimiento o archivo conllevará normalmente la asignación de tercer grado; y libertad provisional hasta el juicio conllevará normalmente la regresión a segundo).

En esta materia la Circular de la DGIIPP 20/96 ha ampliado los supuestos de regresión provisional del tercero a segundo (lo que como con otras muchas instrucciones parece contravenir el principio de jerarquía normativa) estableciendo que la necesidad de mantener íntegros en los CIS y Secciones Abiertas los principios de confianza y ausencia de controles rígidos que informan el régimen abierto, armonizándolos con la debida custodia de aquellos en los que la evolución personal determina la adopción de una propuesta de regresión aconseja facultar al Director para que en los casos en que por la Junta de Tratamiento se haya adoptado acuerdo de regresión y en atención a la personalidad del interno o entidad de los hechos, la permanencia en

la unidad de régimen abierto conlleva un riesgo razonable de evasión, pueda disponer el pase provisional a una unidad de régimen ordinario. Esta medida tendrá carácter provisional sin perjuicio de la resolución que sobre clasificación y destino adopte la DGIIPP, será comunicada al interno con expresión de los hechos que la motivan.

Respecto a la regresión de grado por dejar de cumplir el compromiso de satisfacer la responsabilidad estando en tercer grado, consideramos que sólo cabe la regresión si el penado pudiendo satisfacerla y habiéndose comprometido a ello deja de hacerlo de forma voluntaria. Pero hay que dejar claro que ese incumplimiento sólo sería posible cuando el penado cobre cantidades embargables ya que si no lo son no se le podrá exigir su pago pues, como dice **González del Pozo**²⁸⁰, este es: “... un derecho irrenunciable a un consentimiento del penado que, si no viciado, sí está claramente mediatizado por la finalidad utilitarista de conseguir el acceso al tercer grado, pues como es natural el miedo a que sea rechazada su pretensión de acceso al tercer grado le inducirá a asumir el compromiso de hacer pagos periódicos en cuantía superior a la que le permiten sus posibilidades económicas y a la que podía serle exigida en vía de apremio”.

8.2.4. Procedimiento progresiones y regresiones de grado

Según el art. 106.5 RP: “Para la resolución de las propuestas de progresión y de regresión de grado se observarán las mismas formalidades, plazo y posible ampliación del mismo que se prevén en el artículo 103 para la resolución de la clasificación inicial. El procedimiento aplicable para las progresiones y regresiones de grado será el mismo que el establecido para la clasificación inicial”.

Hemos de recordar aquí la competencia de la Administración Penitenciaria para acordar dicha clasificación.

De todo lo expuesto, se deduce claramente que la Administración tiene la competencia de acordar tanto la clasificación inicial como la progresión o regresión de grado de los penados. Aún así, hay Jueces de Vigilancia que acuerdan la clasificación de penados, en lo que podríamos denominar “*en primera instancia*”, sin resolución administrativa previa o sin mediar recurso contra la misma. Pero en materia de clasificación, las resoluciones procedentes de clasificación inicial y de progresión y regresión de grado de los penados, la competencia es inequívocamente de la Administración Penitenciaria. Sólo podrán los Jueces de Vigilancia ejercer su competencia una vez que se recurra la resolución administrativa, en los términos que establece el artículo 76.2 f) de la LOGP, aunque cabe esta clasificación “*en primera instancia*” en caso de clasificaciones o progresiones a tercer grado por enfermedad grave e incurable (art. 104.4 RP), aprobándose normalmente la misma junto con la libertad condicional (art. 92 CP). Todo ello por razones humanitarias.

280. “La satisfacción de la responsabilidad civil del delito como requisito para acceder al tercer grado y obtener la libertad condicional”. XIII Reunión Jueces de Vigilancia. Valencia. 2004. Pág. 18

Tercera parte

**La intervención
judicial
en la clasificación**

1. El control jurisdiccional de la clasificación penitenciaria

Los recursos sobre clasificación o revisión de grado de los internos, están encomendados en virtud de las LOPJ (art. 82 y Disp. adic. 5.^a) y LOGP (art. 76) a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, que se encuentran incardinados en el orden jurisdiccional penal. Según el artículo 76.2 f de la LOGP es competencia del Juez de Vigilancia resolver los recursos referentes a la clasificación inicial y progresión y revisión de grado.

El 1 de octubre de 1981 empezaron a funcionar los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, en virtud de Acuerdo del CGPJ de 22 de julio de ese año. Debido a la falta de normativa que regulase los procedimientos ante los JVP, el Tribunal Supremo promulga el 8 de octubre de 1991 unas *Previsiones* dirigidas a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria sobre las garantías a observar en estos procedimientos los principios generales del Derecho: derecho a la defensa y asistencia letrada, ser informado de la medida a imponer, publicidad, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, evitación de toda dilación y prohibición de todo asomo de indefensión. Por su parte la Fiscalía General del Estado dicta el 22 de octubre la Consulta 2/1981 sobre el ejercicio del Ministerio Fiscal en los nuevos Juzgados de Vigilancia, y el 17 de noviembre es la Dirección General II.PP. la que por vía Circular da normas a los Centros Penitenciarios al respecto.

Sin embargo, la inexistencia de un auténtico sistema de recursos, intentado subsanar por la vía de la Disposición adicional quinta de la LOPJ, completada por las normas correspondientes de la LECrim. y la propia LOGP, ha suscitado problemas de interpretación y práctica de los Juzgados de Vigilancia.

En efecto, las mencionadas disposiciones y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional han diseñado un marco de recursos que contienen un recurso de reforma, otros de apelación y queja, además del de amparo, pero que dejan abierto el problema de cuáles son los órganos competentes en relación a la materia penitenciaria, ya que esta cuestión no estaba especificada y bien resuelta.

El art. 82.1 LOPJ dice: *“Las audiencias provinciales conocerán en el orden penal de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de penas y del régimen de su cumplimiento”*

to”. Y por su parte, la disp. adic. 5.ª de la LOPJ establece: “Las resoluciones del juez de vigilancia en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado”.

Hay, pues, aparentemente, una doble solución: competencia de la audiencia provincial, por un lado, y del tribunal sentenciador -que puede no coincidir con aquélla- de otro, en materia de “*ejecución de penas*”. Sin embargo, un análisis de ambas normas aporta otros datos más clarificadores; la Disp. adic. 5.ª atribuye al tribunal sentenciador la competencia específica sobre la apelación en materia de “*clasificación de grado*”; el art. 82 LOPJ, que también se refiere a la ejecución de penas, añade, como especificando o subrayando, “*y del régimen de su cumplimiento*”, en lo que parece una evidente delimitación competencial, innecesaria si no se hubiera querido hacer así, pues dentro de la “cláusula general” de “*ejecución de penas*” se incluyen todas las cuestiones relativas a dar efectivo cumplimiento a lo previamente resuelto por el órgano enjuiciador competente; por otro lado, la expresión “*régimen*” es distinta a la de “*tratamiento*” y alude al orden y organización en los centros penitenciarios, mientras el “*tratamiento*” -como se aprecia en los arts. 72 LOGP y 100 a 109 y 110 y ss. del Reglamento Penitenciario- se ocupa de la progresión y regresión de grados; la Disp. adic. 5.ª, se considere o no norma especial, es, además, por mor del criterio de la “*lex posterior*”, aplicable en estos supuestos de clasificación, ya que la reforma de 1988 (LO 7/1988, de 28 de diciembre) que dio la actual redacción al art. 82 LOPJ no modificó la Disp. adic. 5.ª en este aspecto; y finalmente, la disp. adic. quinta tres de la LOPJ atribuye a las audiencias provinciales todas las materias penitenciarias y de régimen en concreto, no comprendidas en el número anterior, lo cual nos lleva, igualmente, a considerar materia excluida de su competencia la que trata de la clasificación de los penados.

A pesar de lo dicho, los Jueces de Vigilancia, desde su reunión de octubre de 1985, apoyados en la idea de favorecer una aplicación igualitaria de las normas a los centros ubicados en los distintos territorios de las audiencias provinciales, entendieron que eran estos órganos los competentes para resolver los recursos sobre sus decisiones en relación con la progresión-regresión de grado, por tratarse de una cuestión fundamental de la ejecución de penas. Los Jueces de Vigilancia defendían que fuesen las Audiencias Provinciales las competentes para resolver los recursos de apelación y queja contra sus resoluciones según se regulaba en la Disposición Adicional 5.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 82.1 de la misma Ley, y establecer como criterio delimitador para atribuir el órgano jurisdiccional competente para conocer de la apelación y queja, el de la distinción entre “*ejecución de pena*” y “*régimen penitenciario*”, y ello porque esta distinción carece de soporte científico y es redundante porque en ejecución de penas privativas de libertad, únicas sobre las que tiene competencias el JVP (Art. 94 LOPJ y 76 LOGP), todo lo referente al régimen es la esencia de la ejecución, y ni siquiera la legislación penitenciaria permite establecerla, pues ésta distingue entre régimen y tratamiento pero como cuestiones entrelazadas y ello porque de la clasificación depende el régimen penitenciario, de manera que *no hay fronteras precisas entre ambos conceptos*.

Este ha sido el criterio seguido hasta el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2002, y la entrada en vigor de la LO 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, que ha reformado varios artículos de las citadas leyes que afectan a la competencia en materia de recursos frente a la clasificación penitenciaria.

Según la Exposición de Motivos de la citada ley:

“Por su parte, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, configura la Audiencia Nacional como un órgano con competencias específicas y cuya esencia es el establecimiento de un órgano que pueda instruir y enjuiciar determinados asuntos que, por sus especiales características:

- de proyección territorial.
- complejidad en su realización.
- organización concertada para aquélla.
- su repercusión social.

Con la creación de este tribunal y el funcionamiento de los distintos órganos judiciales que lo integran se pretende una situación de mayor eficacia y operatividad en la represión de los delitos cuya competencia les ha sido atribuida”.

No obstante lo anterior, la limitación de las competencias del citado órgano jurisdiccional a la instrucción y enjuiciamiento de los delitos, produce, según la citada Exposición de Motivos, *desconexión* entre aquellas funciones judiciales y las de ejecución de las penas impuestas dando lugar a una *disociación* no deseada que menoscaba la eficacia general de la política criminal.

Para tratar de solucionar la situación descrita se crean los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria *con el fin de conseguir una unificación de criterios* en el marco del control de las penas en el ámbito de los delitos instruidos y enjuiciados por la Audiencia Nacional. Con esta medida se pretende evitar la disfunción que pudiera ocasionarse entre la centralización de la instrucción y el enjuiciamiento que corresponde a los órganos jurisdiccionales de la Audiencia Nacional y el control de la ejecución de las sentencias por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en un ámbito y jurisdicción diferente a la que constituye el citado tribunal.

Así pues, como primera novedad de esta ley, hemos de mencionar la creación de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria con competencia en todo el territorio nacional con independencia del centro penitenciario donde se encuentre el penado. Anteriormente la competencia era territorial, y ésta era asumida por el JVP de la jurisdicción donde estaba ubicado el centro penitenciario en el que se encontraba el interno.

Se modifica la redacción originaria del artículo 94 LOPJ, introduciéndose un nuevo apartado cuarto, que establece que en Madrid, con jurisdicción en toda España, uno o varios Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la LOGP, como cualquier otro JVP, en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional. La competencia de estos

Juzgados Centrales será preferente y excluyente cuando el penado cumpla también otras condenas que no hubiesen sido impuestas por la Audiencia Nacional.

Ante esta nueva situación, estos nuevos Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria (hasta la fecha sólo hay uno en funcionamiento con el fin de evitar criterios divergentes) tendrán prioridad sobre los demás órganos judiciales de este tipo cuando el recluso este cumpliendo una pena impuesta por la Audiencia Nacional o un Juzgado Central de lo Penal, rompiendo con ello el tradicional criterio de la proximidad del penado a su JVP.

El sentido de la LO 5/2003 es el de “evitar la disociación no deseada” de competencias entre el enjuiciamiento y ejecución, menoscabe “la eficacia general de la política criminal”. Efectivamente el sentido de pretender centralizar en la Audiencia Nacional el “*poder*” en la ejecución de la pena, es fruto a la desconfianza frente al JVP territorial, basta aquí recordar que uno de los orígenes de esta ley fue el caso de la Jueza de Vigilancia Ruth Alonso, que progresó a tercer grado a un miembro de ETA²⁸¹. Es decir, se produce, en algunos aspectos, por causas similares a las de la reforma de la LO 7/2003: *la desconfianza en la discrecionalidad del JVP*.

Frente a las resoluciones de estos juzgados cabe interponer los mismos recursos que contra las resoluciones de los demás Juzgados de Vigilancia.

Otra reforma importante de la LO 5/2003 ha sido la de la Disposición adicional quinta que establece que frente a las resoluciones de los Jueces de Vigilancia caben los recursos de reforma, apelación y queja.

2. Recursos

2.1. Recurso de alzada

Ante la resolución administrativa de clasificación penitenciaria cabe recurso de alzada ante el JVP. Son diversas las posiciones doctrinales y prácticas que se han venido manteniendo en lo relativo al plazo de impugnación de los actos y resoluciones de la Administración Penitenciaria ante el JVP:

- a) Quienes estiman de aplicación subsidiaria la Ley de Enjuiciamiento Criminal señalan un plazo de cinco días a tenor del Art. 212 de la citada Ley.
- b) Quienes consideran que debe acudirse a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común consideran que el plazo será el de un mes. Este criterio es el que maneja la Administración Penitenciaria Autonómica de Cataluña en lo referente a los recursos planteados ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria sobre clasificación inicial, progresión y regresión de grado.
- c) Quienes consideran que debe mantenerse por analogía el plazo de cinco días que se señala en el Reglamento Penitenciario en materia de recursos relativos a sanciones disciplinarias.

281. García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 133

- d) Quienes valoran que el silencio legal, salvo materia disciplinaria, implica que no puede establecerse plazo alguno más allá del que se deriva de la propia efectividad de la resolución que se recurre, v.gr. en materia de recursos contra resoluciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias manteniendo el segundo grado, el límite estaría en el plazo legal máximo de revisión, de seis meses.

En la práctica se acude frecuentemente al de los tres días fijados para el recurso de reforma, respetándose el plazo indicado por la Administración Penitenciaria, al notificar el acuerdo, si fuere superior. Pero baste aquí recordar que el único caso en que se establece un plazo para recurrir ante resoluciones de la Administración Penitenciaria es el de cinco días fijado en el artículo 248 b del R.P. cuando se refiere al recurso sobre sanciones, y que por tanto, como opina **Cervelló Donderis**²⁸², podría ser por analogía, el utilizado para los recursos sobre clasificaciones o revisiones de grado ante el JVP, además este era el plazo establecido en el Texto del Proyecto de 1997 Ley Orgánica Reguladora de los Procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en su art. 44.

Por el contrario, **Racionero Carmona**²⁸³ considera que el plazo debe ser de diez días al entender que es aplicable, a falta de regulación expresa, la Ley de Protección de Derechos Fundamentales de la Persona al tratarse de una cuestión que afecta directamente al derecho a la libertad, pero este precepto fue derogado por la Disposición Derogatoria primera c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio.

Desde nuestro punto de vista es más acertado el primer criterio puesto que era el recogido en el Texto del Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de los Procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de 1997 en su art. 44: El recurso contra la clasificación podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución administrativa. Igualmente, se prevé en este proyecto en su art. 45 que el penado pueda recurrir ante el Juez de Vigilancia la falta de clasificación inicial dentro del plazo fijado en el R.P., este recurso debe resolverse en el plazo de cinco días, de lo contrario, quedará clasificado inicialmente en segundo grado, comunicándose al penado a efectos de recurso. Como podemos apreciar, este proyecto vendría a cubrir el vacío legal respecto a estos tipos de recurso.

El acuerdo de la Dirección General II.PP. en virtud del cual se clasifica al interno, se trata de una declaración de voluntad emanada de la Administración, en la cual, previamente y a través de la propuesta de la Junta de Tratamiento, se han ponderado las diferentes variables y criterios que recoge el art. 107 del RP para determinar la clasificación. Por tanto, no cabe duda de la incontrovertible naturaleza administrativa que disfrutaban los acuerdos clasificatorios de la Administración Penitenciaria.

Debe quedar claro que el JVP sólo puede intervenir para conocer sobre clasificación vía de recurso, que es precisamente como se ejerce el control jurisdiccional de la actividad de la Administración Penitenciaria²⁸⁴. Por ello, mantiene **Racionero Carmona**²⁸⁵ en relación con el acuerdo clasificatorio que “... *en el bien entendido*

282. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 124

283. “Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial. Madrid. 1999. Pág. 155

284. Fernández García, J. “La necesidad del control judicial de las penas”. Universidad Salamanca. Mayo 2004. Pág. 7

285. “Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial”. Madrid. 1999. Pág. 144

que la vía judicial sólo se abre en este ámbito si hay un recurso, sea del interno, sea del Ministerio Fiscal. Y si no lo hay, la clasificación administrativa permanece, sin que el órgano judicial pueda modificarla”. En efecto, si no hay recurso ante el JVP, el acto administrativo, la clasificación, permanece, desplegando sus efectos, y conservando sus cualidades innatas, pero, si se recurre, como su control se residencia en el orden jurisdiccional penal, ese acuerdo administrativo pleno de eficacia pierde la misma a favor de la resolución del JVP no firme, que goza de los privilegios que antes disfrutaba el acuerdo administrativo, pues como dice el citado autor: “*debe prevalecer, en todo caso, la resolución jurisdiccional revocatoria de un acto administrativo clasificatorio firme y, por tanto, quedar suspendidos los efectos de las resoluciones de la Dirección General de II.PP. en esta materia aún cuando aquélla sea firme*”.

En la XII la Reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en el año 2003, respecto al plazo para impugnar un acto administrativo, acordaron que: “*El plazo para impugnar ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria cualquier acto o resolución de la Administración Penitenciaria, será de un mes, salvo que la Ley o el Reglamento establezcan cualquier plazo diferente*”. En las citadas Jornadas se aprobó que con la excepción legal del ámbito disciplinario, que el plazo para recurrir sea de un mes. Por tanto, este plazo afecta a las resoluciones en materia de clasificación.

2.2. Recurso de reforma

Una vez resuelto el recurso de alzada, se puede interponer de reforma, establecido en el art. 217 de la LECrim; la disposición Adicional quinta tras la LO 5/2003, de 25 de mayo, así lo establece: “*El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria*”.

Este recurso se interpone ante el mismo JVP en el plazo de los tres días siguientes a la notificación (art. 211 LECrim.). Según la Disposición adicional quinta de la LOPJ no es necesario abogado ni procurador; recibido el escrito de recurso, se dará traslado al Ministerio Fiscal o al interno o liberado condicional, según quien lo haya interpuesto, para que realicen las alegaciones que estimen convenientes, resolviendo el JVP al segundo día de entregadas las copias, se haya presentado o no escrito de alegaciones.

2.3. Recurso de apelación

Según la Disposición Adicional quinta de la LOPJ: “*Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado*”.

El problema se plantea en el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, entonces según, la citada Disposición quinta, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.

Pero este principio se rompe cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario y demás materias, la competencia para conocer del recurso de apelación y queja, siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Por tanto, las apelaciones de todos los autos del Juez Central de Vigilancia son recurribles, trátase de la materia que sea, y según expresamente prevé el n.º 5 de la Disposición Adicional 5.ª de la LOPJ, ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por lo que los Juzgados Centrales Penales, en los casos de materias de ejecución de penas, pese a poder ser los tribunales sentenciadores en muchos casos, no conocerán nunca de dichas apelaciones.

En aquellas Audiencias donde haya más de una sección, mediante las normas de reparto, se atribuirá el conocimiento de los recursos que les correspondan según esta disposición, con carácter exclusivo, a una o dos secciones.

Este recurso es subsidiario del de reforma y, por tanto, sólo se puede interponer cuando previamente se haya ejercitado el de reforma, aunque es posible interponerlos conjuntamente.

La reforma de la LO 5/2003, de 25 de mayo, vuelve a distinguir las competencias para conocer de la apelación según el recurso verse sobre material de ejecución (competencia del tribunal sentenciador) o del régimen penitenciario (competencia de la Audiencia Provincial del lugar donde se encuentre el establecimiento en que se halla el recluso), con lo que vulnera la dicción del artículo 82.1 3.º de la LOPJ que, desde ya antes de la reforma, atribuía la competencia para conocer de estas apelaciones, sin distinguir materia alguna, siempre a las Audiencias Provinciales, incongruencia que se hace aún más patente cuando la propia LO 5/2003 ha reformado el 82.1 3.º, insistiendo en tal atribución competencial y salvando sólo los casos en los que la competente es la Audiencia Nacional (se entiende por tratarse autos dictados por los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria). Ante la citada contradicción, la práctica forense penitenciaria y la casi unánime doctrina especializada, fueron de la opinión de dar prioridad, en este conflicto de normas, a lo dispuesto en el artículo 82, y, por tanto, entender competente para conocer de toda apelación a las Audiencias Provinciales. Sin embargo la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, reunida en Pleno no jurisdiccional para unificación de criterios al amparo del artículo 264 LOPJ, acordó, por mayoría, el 28 de junio de 2002, que la competencia para conocer las apelaciones, cuando lo recurrido era la clasificación de un penado, correspondía al tribunal sentenciador. Este es el criterio que desde entonces se sigue manteniendo, y cuyo mayor mérito es, sin duda, el evitar que mediante el traslado de internos, la Administración penitenciaria pueda “elegir a la carta” la jurisdicción que ha de resolver los recursos de apelación en materia tan trascendente como la clasificación²⁸⁶. En parecido sentido se pronuncia **Martín Diz**²⁸⁷ cuando dice que la singularidad legalmente reconocida de estas acciones delictivas -las del art. 65 LOPJ- son las que propiciarían, que toda

286. Téllez Aguilera, A. “Sobre la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y el nuevo sistema de recursos en la jurisdicción penitenciaria. Revista SEPIN Práctica Penal n.º 5. Septiembre-Octubre. 2003. Pág. 11

287. “Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria: ¿Urgencia, necesidad o idoneidad? Diario La Ley n.º 5668. 3-12-2002. Pág. 8

la actividad procesal, desde la instrucción del asunto hasta el total cumplimiento de la pena privativa de libertad, se lleve a cabo ante un órgano especializado, porque, es cierto, no se justifica tampoco que actualmente dos fases procesales como instrucción y enjuiciamiento tengan lugar en órganos especializados -Juzgados Centrales de Instrucción la primera, y o bien Juzgados Centrales de lo Penal o Sala de lo Penal de la AN la segunda-, y en cambio su prolongación procesal lógica como es la ejecución ya no quede dentro del ámbito especializado de la Audiencia Nacional y se remita a un órgano, ordinario en ese aspecto, como es el JVP correspondiente al establecimiento penitenciario en que se haya de cumplir la pena, distribución penitenciaria que está en manos de Instituciones Penitenciarias y que sí puede motivar desigualdades de trato entre penados por el mismo órgano, e incluso en la misma sentencia, en función de la distribución realizada y que con la creación de un JVP en la Audiencia Nacional se evitaría. En la misma línea **Conde-Pumpido Tourón**²⁸⁸ manifiesta que con este sistema de recursos se evita que los criterios aplicables en definitiva queden en manos de la Administración penitenciaria, trasladando al preso de Centro, y se reafirma el control sobre la efectividad de la ejecución del propio Juez o Tribunal sentenciador; evitando también que el órgano que ha dictado la sentencia quede prácticamente ajeno a la ejecución de la pena privativa de libertad que el mismo impuso.

Una de las críticas que se hace a la LO 5/2003, de 25 de mayo, es el hecho de que desvirtúa propiamente la apelación, como recurso devolutivo, ya que en muchas ocasiones el tribunal sentenciador no será el superior jerárquico del JVP, y, sobre todo, el propiciar una dispersión de criterios que, precisamente, fue lo que pretendió evitar el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Jueces de Vigilancia de 1997 que centralizaba las apelaciones en los Tribunales Superiores de Justicia.

No obstante, la reforma que comentamos sí que ha intentado solucionar uno de los mayores problemas que el citado criterio presenta, cual es el determinar quién es el tribunal sentenciador cuando el recurrente es un penado condenado por varias causas y tribunales diferentes. Pues bien, para resolver esta cuestión, el inciso segundo del n.º 2 de la Disposición Adicional 5.ª opta por entender como tribunal sentenciador el que haya impuesto la “pena más grave”, y en caso de que haya varios que tengan esta cualidad, pues el último que la impuso. Obsérvese que el precepto habla de “pena más grave” no de “mayor duración”. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor en octubre de 2004 aclara esta situación pues en su art. 33 establece que las penas de prisión pueden ser menos graves (de tres meses a cinco años) y graves (de duración superior a cinco años). Por tanto, por ejemplo, una pena de prisión de 5 años y 1 día, una de 12 y una de 30 son todas, técnicamente hablando, de igual gravedad, todas son penas graves. Entender por tanto “pena más grave”, utilizada en la Disposición Adicional, como un elemento normativo a integrarse con los preceptos citados del Código penal nos llevaría a que, en una mayoría de los casos, el criterio para determinar quien fue el tribunal sentenciador sería el cronológico (último tribunal sentenciador), pues todas tendrían la misma gravedad con independencia de su duración. No parece que sea este el sentido que se ha querido dar al precepto, esto es,

288. “Ejecución de las penas privativas de libertad como función jurisdiccional”. Derecho y prisiones hoy. Cuenca. 2003. Pág. 58-59

que, por ejemplo, un Juzgado de lo Penal sea el tribunal sentenciador porque impuso el último lugar una pena de 4 años de prisión, cuando el sujeto también está condenado a 20 años por una Audiencia Provincial. Por ello, como dice **Téllez Aguilera**²⁸⁹ una interpretación teleológica nos debe llevar a interpretar “pena más grave” como sinónima de “pena de mayor duración”. Este es el criterio tradicional en la práctica penitenciaria cuando hay que ordenar las penas en cumplimiento “en función de su gravedad” (art. 75 CP 1995).

Para finalizar, y volviendo a la letra del precepto que comentamos, éste textualmente dice que tratándose de ejecución de penas cabrá la apelación “excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado”. ¿Cómo es posible que un Juez de Vigilancia resuelva en apelación contra una resolución administrativa? Como es fácilmente deducible eso es, simple y llanamente, imposible.

Según **Téllez Aguilera**²⁹⁰ lo que ocurre es que el legislador confunde el recurso de apelación con la mal llamada apelación oalzada de la resolución administrativa, esto es, el recurso ordinario mediante el cual el JVP toma conocimiento, en primera instancia, del recurso planteado por el interno o el Ministerio Público ante una decisión administrativa. Y, ¿cuándo ocurre ello? Pues, según nuestro Derecho penitenciario, en dos supuestos concretos: los recursos contra la clasificación penitenciaria en grados y los recursos contra sanciones disciplinarias. Estos son los dos casos en los que la forma de acceso de conocimiento del Juez de Vigilancia lo es a través de un recurso (arts. 76.2 apartados e y f de la Ley Penitenciaria); en todos los demás casos (por ejemplo permisos de salida) la impugnación se realiza a través de la queja (art. 76.2 g de la Ley Penitenciaria), en cuyo caso siempre cabrá apelación, amén de los supuestos de autos resolviendo recursos sobre clasificación porque así expresamente lo excepciona el precepto. Recapitulando, se podrá interponer apelación contra todos los autos del Juez de Vigilancia que resuelvan quejas sobre cualquier material y los que resuelvan recursos sobre clasificación, quedando, por tanto, sólo excluido del recurso devolutivo los autos resolutorios de recursos sobre régimen disciplinario.

En el mismo sentido se manifiesta **Cervelló Donderis**²⁹¹ cuando afirma que impropiamente se refiere a recursos de apelación del JVP contra resoluciones administrativas, cuando debería decir recursos de alzada, ya que no cabe hablar de una apelación seguida de otra apelación.

Aquí hemos de hacer referencia al *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 28 de junio de 2002* que ya había dictaminado antes de la entrada en vigor de la LO 5/2003, de 25 de mayo, que el órgano competente para conocer de los recursos de clasificación contra las decisiones de los Jueces de Vigilancia penitenciaria relativas a la clasificación de los penados era el tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena. Este acuerdo entiende que dicha competencia del tribunal sentenciador parte del art. 117.3 de la

289. “Sobre la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y el nuevo sistema de recursos en la jurisdicción penitenciaria”. Revista SEPIN Práctica Penal n.º 5 .Septiembre-Octubre. 2003. Pág. 12

290. “Sobre la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y el nuevo sistema de recursos en la jurisdicción penitenciaria”. Revista SEPIN Práctica Penal n.º 5 .Septiembre-Octubre. 2003. Pág. 12

291. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 112

Constitución: “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*”.

Este acuerdo llegó por un caso concreto, ante la concesión del tercer grado penitenciario a un miembro de ETA, condenado por la Audiencia Nacional (tribunal sentenciador), recurrió el Ministerio Fiscal en reforma ante el JVP, que desestimó el recurso. Planteado recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (de Vitoria), ésta decidió examinar con carácter previo su competencia, resolviendo que la competente para conocer del mismo era el órgano sentenciador, en este caso la Audiencia Nacional. Notificada la resolución, el interesado recurrió en casación, llegando así al Tribunal Supremo una cuestión de esta naturaleza. La Sala Segunda, después de la pertinente deliberación de sus miembros, concluyó con el siguiente acuerdo: “*Las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria relativas a la clasificación de los penados son recurribles en apelación (y queja) ante el tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena*”.

Según **Urbano Castrillo**²⁹² de este modo, se opta por la decisión que no sólo deriva de la más cabal interpretación normativa, sino de la que resulta, igualmente, más conforme a derecho, desde un punto de vista constitucional-material. Para este Magistrado la solución adoptada es de gran trascendencia y parece lógica, no sólo por razones estrictamente formales, cuyos fundamentos se esbozaron en la polémica tratada anteriormente, sino porque desde una perspectiva constitucional, es la más conforme con los arts. 14 y 25.2 CE y, así, de este modo, se controla la aplicación igualitaria de decisiones a penados por un mismo órgano sentenciador -en este caso la Audiencia Nacional- y por hechos análogos -en este supuesto, a los autores de delitos de terrorismo-. Con esta decisión rompe con la inercia de “meter en el mismo saco” toda cuestión penitenciaria, primando el cuasi automatismo de otorgar la competencia a la Audiencia Provincial del territorio donde esté ubicado el centro penitenciario del penado; se superan argumentos utilitaristas como la evitación de dilaciones al resolver y la economía de medios; se reafirma el poder de la jurisdicción en la ejecución de las penas (art. 117.3 CE) frente a la Administración penitenciaria, que podría determinar la competencia mediante el simple expediente del traslado del interno²⁹³; se opta por el tribunal sentenciador, como órgano de control y último referente de la ejecución de lo que él mismo ha decidido en el caso; se mantiene un régimen único, no distinguiendo entre clasificación y dinámica de la misma por un lado, y libertad condicional (3.º grado), por otro; y, por último, expresa un criterio de sentido común, evitando que materia tan grave como la de los delitos de terrorismo tenga 50 posibles tribunales a decidir, sobre la modulación de la ejecución de la pena privativa de libertad. En efecto, la igualdad en la aplicación de la ley, conjugada con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), determinan la necesidad de proporcionar certeza a las decisiones judiciales, acabando con la arbitrariedad que supone que una misma situación de hecho, a la que se aplica la misma norma jurídica, tenga tratamiento distinto injustificado, por el mero hecho de que resuelvan sobre ella órga-

292. “El control judicial de la clasificación de los penados”. Diario Jurídico Aranzadi. 5-11-2002. Pág. 6

293. En el mismo sentido se manifiestan Téllez Aguilera y Fernández García

nos judiciales diferentes. En último término, desde luego, una uniformidad o, mejor, una interpretación unificadora exige la existencia de un Tribunal Supremo, que pueda acometer esa labor de hacer posible la igualdad que deriva de la aplicación de iguales normas a supuestos de hecho idénticos. Para ello, el único medio que encontramos sería habilitar una clase de resoluciones que tengan acceso a la casación, en este caso, las decisiones de la Audiencia Nacional al resolver sobre estas cuestiones, cuando del ámbito material u objetivo que le es propio se trate. En particular, de decisiones de Derecho penitenciario sobre penados que cumplen condena por delitos, cuyo órgano sentenciador es la Audiencia Nacional. Se trata, pues, de posibilitar que ante la designación de penados condenados por la Audiencia Nacional, por centros penitenciarios ubicados en las distintas comunidades autónomas, se procure esa igualdad de trato que exige la Constitución (arts. 1 y 14), impidiendo diferencias injustificadas.

Por otro lado, para **Urbano Castrillo**²⁹⁴ como el presupuesto aplicativo del principio-derecho de igualdad ante la ley es la identidad de situaciones de hecho, resulta lógico que ante situaciones idénticas (penados por delitos competencia de un mismo tribunal) a los que se trate de aplicar las mismas normas (las que regulan la clasificación de penados), se busque un mecanismo asegurador de la igualdad, como es sustituir la posibilidad de cincuenta respuestas distintas -tantas como audiencias provinciales- por una única, a la que habría que propiciar un control ordinario al máximo nivel como es el Tribunal Supremo. Así lo viene sosteniendo el Tribunal Constitucional, cuando afirma que la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley se produce cuando se aprecia *“un apartamiento inadvertido o inmotivado de la decisión tomada en casos anteriores sustancialmente iguales”* (STC 81/1997, de 22 de abril). Y ello porque, como dijera la Sala Segunda del Tribunal Supremo: *“El fundamental principio de igualdad protege fundamentalmente frente a divergencias arbitrarias de atención y trato en resoluciones judiciales, evitando desigualdades injustificadas e infundadas discriminaciones”* (STS 7-11-1997).

En resumidas cuentas, se trata de que el órgano encargado de velar por la aplicación igualitaria de las normas sea el mismo siempre, lo que resulta de especial importancia cuando existe un órgano superior de control de las Audiencias Provinciales y de la Audiencia Nacional que es Tribunal Supremo, que puede asegurar vía recurso la igualdad de trato en la aplicación de la ley.

Este Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de Sala Segunda del Tribunal Supremo en base a todo ello llega a la conclusión que según la Disposición adicional 5.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial: *“Las resoluciones del Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado”*; y por lo tanto, atribuye al tribunal sentenciador la competencia específica sobre la apelación en materia de *“clasificación de grado”*.

Tras el citado Acuerdo, la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo en Auto de fecha 5 de Abril de 2003 resolvió la cuestión de competencia negativa suscitada entre la Audiencia Provincial de Madrid y la Audiencia Provincial de Burgos respec-

294. “El control judicial de la clasificación de los penados”. Diario Jurídico Aranzadi. 5-11-2002. Pág. 6

to al conocimiento de un recurso de apelación contra una decisión del Juzgado de Vigilancia núm. 3 de Madrid concerniente al otorgamiento de la libertad condicional apoyándose en el citado Acuerdo. En el citado Auto se expone:

“Una aclaración debe hacerse sobre el alcance de tal acuerdo. El mismo ha de entenderse referido a la materia que los preceptos específicos invocados concretan: “ejecución de pena” o “ejecución penal y régimen de su cumplimiento”. Es cierto que el acuerdo se limitó al problema que de forma puntual se trataba de resolver en el Pleno, contraído en aquel caso a una decisión clasificatoria del penado (tercer grado), pero las intervenciones de los Magistrados integrantes del Pleno, aportando argumentos y los propios preceptos legales que se interpretaban, permiten atribuir al acuerdo carácter general, extensivo a cualquier resolución atinente al cumplimiento o ejecución de la pena; y desde luego alcanza a la competencia para conocer las resoluciones sobre libertad condicional”.

Continúa el Auto manifestando que lo que el acuerdo del Pleno no resuelve son los supuestos de colisión o concurrencia de órganos jurisdiccionales sentenciadores, y por tanto con facultades ejecutivas de las penas. La Sala Segunda del Tribunal de casación al dictar el que estamos analizando, consciente del vacío legal y de la ausencia de una línea interpretativa de esta Sala, estima oportuno sentar unos *criterios resolutivos* que sirvan de orientación en lo sucesivo:

- 1) Siempre se debe partir de que la competencia para ejecutar la sentencia, atribuida por ley al Tribunal sentenciador, cuando concurren varios de los que dictaron las sentencias que se ejecutan, debe ostentarla un sólo órgano judicial. El cambio de Tribunal ejecutor será siempre excepcional.
- 2) En la colisión competencial entre Juzgados de lo Penal y Audiencias, deben prevalecer en la asunción de competencia estas últimas, no sólo por ofrecer, como Tribunal colegiado, mayores garantías de acierto, sino porque en el organigrama estructural de la Administración de Justicia, las Audiencias Provinciales constituyen funcionalmente los órganos superiores o de apelación de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria (art. 82.1 3.º LOPJ).
- 3) Cuando sólo concurren como órganos ejecutivos Juzgados de lo Penal, o solo Secciones diversas, bien de la misma Audiencia o de Audiencias diferentes, la competencia deberá ostentarla quien dictó la sentencia con pena mayor o de mayor duración.

El apoyo de tal criterio, según el citado Auto, lo podemos hallar en el orden de prelación de las distintas condenas a efectos de su ejecución. Si se establece un orden de gravedad (art. 75 CP), ese orden debe dar la pauta para resolver el conflicto.

Con dicho criterio se trataba de dar seguridad y fijeza en la solución del problema, evitando variaciones competenciales provocadas por el penado o por la administración penitenciaria, según se asigne al penado a uno u otro Centro de cumplimiento.

Como hemos visto, el citado Auto partiendo del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, fija muy interesantes criterios para resolver las cuestiones de competencia relativas al conocimiento de los recursos de

apelación contra las resoluciones del JVP en materia de ejecución penitenciaria referida a varias sentencias. Debe resolver un solo órgano judicial. Debe prevalecer la competencia de las Audiencias frente a los Juzgados de lo Penal. Y debe estarse a la sentencia más grave cuando todas ellas hubieran sido dictadas por Audiencias o, en su caso, por Juzgados de lo Penal.

Por otro lado, en la XII Reunión de Jueces de Vigilancia del año 2003, celebrada en enero antes de entrar en vigor la LO 5/2003, se acordó respecto al órgano competente para conocer del recurso de apelación: *“Serán recurribles ante el Tribunal sentenciador las resoluciones judiciales relativas a grados de clasificación y libertades condicionales. Sin embargo, cuando el órgano judicial sentenciador sea unipersonal, será competente para conocer de la apelación la Audiencia Provincial del Centro Penitenciario en el que se encontrare el interno al tiempo de la propuesta de clasificación o de libertad condicional recurrida. Cuando hubiese varios órganos sentenciadores será competente para conocer de la apelación el Tribunal que hubiera impuesto la pena más grave. Si por aplicación de esta regla el órgano competente fuere unipersonal, conocerá de la apelación la Audiencia Provincial correspondiente al Centro Penitenciario en que se encontrara el interno al tiempo de la propuesta de clasificación o libertad condicional recurrida”*.

Así pues según estos criterios cuando el órgano sentenciador (uno o varios) sea unipersonal, al ser de igual categoría que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, se considera que debe conocer la apelación la Audiencia Provincial correspondiente al Centro Penitenciario en que se encontrare el interno al tiempo de la propuesta. Se quiebra por tanto el principio de que es el tribunal sentenciador el natural para conocer de la apelación. Cuando, existiendo varios órganos sentenciadores, si el que impusiere la pena más grave fuere un órgano unipersonal, en este caso se entiende que será competente la Audiencia Provincial del Centro Penitenciario en que se encontrara el recurrente al tiempo de la propuesta de clasificación.

Respecto a este tema **Herrera Cuevas**²⁹⁵ manifiesta que si las apelaciones sobre resoluciones de los JVP acerca de clasificación de los penados proceden ante el tribunal sentenciador, es posible que órganos que no son superiores, como los Juzgados de lo Penal o de Instrucción, a pesar que en las normas atributivas de competencia específica de cada cual no lo registren, podrán confirmar o revocar resoluciones judiciales mediante un recurso de apelación “horizontal” (e incluso vertical inverso, en caso de Juzgados de Paz que penen con arresto a cumplir en centro penitenciario, hipótesis posible). Además, en la concepción positiva de siempre, la “verticalidad” de la apelación se adosa al carácter colegiado del órgano *ad quem*, al punto que la asignación de competencia funcional para conocer de los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Instrucción en juicio de faltas fuerza al art. 82.2 LOPJ a una finta conceptual, diciendo *“la Audiencia se constituirá con un solo Magistrado, mediante turno de reparto”*. En el supuesto de una novedosa apelación ante órgano unipersonal aparece obviamente el problema de que el órgano sentenciador esté vacante y servido en suplencia.

Pero a pesar de todos estos inconvenientes, algunos de ellos muy importantes como que el encargado de resolver el recurso sea un órgano judicial inferior, ya

295. “La Jurisdicción de vigilancia antiterrorista”. Diario La Ley n.º 5672. 9-12-2002. Pág. 7

hemos visto que la LO 5/2003, de 25 de mayo, rompiendo estos criterios legales sobre competencia en la resolución de los recursos judiciales ordena que el órgano jurisdiccional competente debe ser el juzgado o tribunal sentenciador, teniendo preferencia el que haya impuesto la pena de mayor duración, y en caso de igualdad el que haya dictado la última sentencia.

Según la Disposición adicional quinta apartado ocho: “*El recurso de apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se tramitará con arreglo a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativas al Procedimiento Abreviado*”.

Se han venido manteniendo entre los Jueces de Vigilancia Penitenciaria distintos criterios en materia del procedimiento a seguir en la tramitación del recurso de apelación contra sus resoluciones, esto es la alternativa entre el Procedimiento Ordinario y el Abreviado. Razones prácticas y de celeridad aconsejaban la resolución del recurso seguir los tramites del Abreviado, ya que los trámites del emplazamiento y ulterior vista ante el órgano decisor suponen grandes inconvenientes operativos, especialmente cuando el órgano decisor radica en territorio distinto.

Por tanto, consideramos oportuno que la LO 5/2003, de 25 de mayo, haya ordenado que para la tramitación del recurso de apelación se utilice el Procedimiento Abreviado. Según **Ríos Martín**²⁹⁶ la remisión ha de entenderse hecha a la regulación de la apelación frente a autos y no sentencias, es decir, al actual art. 766 de la LECrim. (Ley 38/2002), por lo que el recurso de reforma puede entenderse facultativo. El plazo de interposición será de cinco días. Por el contrario, **Thomas Andreu**²⁹⁷, defiende la aplicación en este recurso del procedimiento del art. 790 LECrim., entre otros motivos porque los plazos de interposición y alegaciones son más amplios (10 días frente a los 5 del art. 766), garantiza el conocimiento de las alegaciones impugnatorias del recurso, permite la proposición de prueba en segunda instancia y hay una más amplia posibilidad de celebración de vista, excepcional en el art. 766.

Como vemos, esta disparidad de criterios en los procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia crea inseguridad jurídica y aconseja que se apruebe lo antes posible una ley que regule los citados procedimientos; basta aquí recordar que el Anteproyecto de ley de 1997 sobre esta materia fue valorado muy positivamente tanto por la doctrina como por la magistratura por lo que convendría reactivarlo.

Con esta reforma del recurso de apelación se plantean varios problemas:

- Se dificulta en gran medida el derecho de defensa y tutela judicial efectiva. El órgano *ad quem* puede estar a cientos de kilómetros del Centro Penitenciario, con lo que las designaciones de abogado y procurador de oficio, pero fundamentalmente la intermediación entre el letrado y el preso se dificulta enormemente²⁹⁸.
- En el caso de que a un recluso le vayan llegando nuevas causas penadas el órgano encargado de resolver el recurso de apelación puede ir variando constantemente, incluso hasta producirse casos de autoinculpación de delitos para elegir

296. “Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel. Madrid. 2004. Pág. 403

297. “Procedimiento de apelación”. XIII Reunión Jueces de Vigilancia. Valencia. 2004

298. García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 143

“a la carta” el juez o tribunal sentenciador que le interese al penado a efectos de la progresión de grado.

- Este cambio legislativo origina que en un mismo Establecimiento Penitenciario se produzcan orientaciones jurisprudenciales diversas en materia de clasificación, lo cual puede dar lugar a lo que los internos pueden entender como *agravios comparativos* tensionando con ello el clima de la convivencia carcelaria.

2.4. Recurso de queja

Contra el Auto del JVP que inadmita a trámite un recurso de apelación, cabe recurso de queja, para cuya interposición también se precisa asistencia letrada. La LO 7/2003 ha introducido el apartado cuarto de la Disposición adicional quinta de la LOPJ: “*El recurso de queja a que se refieren los apartados anteriores sólo podrá interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación*”.

Se interpone ante el Tribunal sentenciador, que pedirá el informe correspondiente al Juez de Vigilancia, tras lo que pasará a informe del Ministerio Fiscal para que emita informe en el término de tres días, siendo resuelto, seguidamente, por el tribunal o juzgado sentenciador (art. 233 y ss. LECrim.).

2.5. Recurso de casación para unificación de doctrina

Este nuevo recurso ha sido introducido por la LO 5/2003 en el apartado séptimo de la Disposición Adicional quinta: “*Contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada*”. Por tanto, como dice **Téllez Aguilera**²⁹⁹, la distinción entre materias de ejecución de penas y régimen penitenciario lleva a que la clasificación penitenciaria de un penado condenado por un Juzgado de lo Penal nunca llegue a la unificación de doctrina, por muy importante que ésta sea. Es más, ni siquiera la de un aforado condenado por un Tribunal Superior de Justicia o por el propio Tribunal Supremo. El precepto se refiere textualmente sólo a Audiencias Provinciales o Nacional.

Esta nueva interpretación permite interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando el tribunal sentenciador sea la Audiencia Nacional (casos de terrorismo, narcotráfico a gran escala, delitos socioeconómicos,...) o audiencias provinciales cuando haya discrepancias interpretativas entre estos órganos y deban resolverse mediante la posibilidad de un recurso de casación,

299. “Sobre la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y el nuevo sistema de recursos en la jurisdicción penitenciaria”. Revista SEPIN Práctica Penal n.º 5 .Septiembre-Octubre. 2003. Pág. 13

igualmente ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, para unificar dicha interpretación consiguiendo con ello garantizar el art. 14 de la Constitución porque la Doctrina reiterada por las Sentencias del Tribunal Constitucional 82/2001 y 27/2001, de 26 de marzo y de 29 de enero, respectivamente, en la segunda de las cuales se aborda el significado de la relación penitenciaria como una relación de sujeción especial, en la que las personas reclusas en un centro penitenciario adquieren un estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, derivado del art. 25.2 de la Constitución, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales recogidos en la misma, con la excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Y en particular -continúa la Sentencia 27/001- gozan del derecho a la igualdad, el cual se vulnera cuando ante hechos básicos semejantes con idéntica normativa aplicable, se produce una desigualdad de trato en situaciones sustancialmente iguales.

Recordemos que con el citado Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fechas 28 de junio de 2002 se pretendía garantizar este derecho a la igualdad.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo en este tipo de recurso en ningún caso afectarán a “*situaciones creadas por las sentencias precedentes a la impugnada*”³⁰⁰, por lo que los nuevos criterios que establezca este Alto Tribunal sólo afectará a casos futuros no a aquéllos en los que ya haya resolución firme.

El Plenario de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en fecha 22 de julio de 2004 acordó sobre el recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria, introducido por la LO 5/2003 de 27 de mayo que modificó la Disposición Adicional 5.ª de la LOPG, que puede interponerse contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional en materia penitenciaria en los que se resuelvan recursos de apelación que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada.

Según el citado acuerdo son requisitos de este recurso:

- a) La identidad del supuesto legal de hecho.
- b) La identidad de la norma jurídica aplicada.
- c) La contradicción entre diversas interpretaciones de dicha norma.
- d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

Este Plenario recuerda que el recurso de casación para la unificación de la doctrina en el ámbito penitenciario no es una tercera instancia, que han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal “*a quo*” y que no cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y cuando las decisiones judiciales respeten al margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

Para la preparación del recurso el Tribunal “*a quo*” debe comprobar:

300. 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

- a) Que la resolución impugnada puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina.
- b) Que en el escrito de preparación se ha de hacer constar la igualdad del supuesto legal de hecho y la desigualdad (contradicción) en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica.
- c) Que el recurrente aporta las resoluciones de contraste o la precisa y solicita la aportación del correspondiente testimonio de las mismas, que en todo caso, el Tribunal “*a quo*” deberá examinar antes de pronunciarse al respecto.

El Tribunal “*a quo*” -previa audiencia del Ministerio Fiscal- deberá pronunciarse, motivadamente, sobre si procede, o no, tener preparado el recurso (art. 858 LECrim.).

La formalización del recurso debe realizarse ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Este recurso únicamente puede fundamentarse en la existencia de *contradicción* entre la doctrina asumida por el auto recurrido y la mantenida en la resolución o resoluciones de contraste.

La decisión del recurso debe realizarse por una Sala compuesta por cinco Magistrados, sin celebración de vista.

La sentencia decidirá cual es la interpretación correcta del precepto legal al que se refiere el Tribunal que conozca de este recurso quien no estará obligado a decidir sobre el mismo de acuerdo con alguna de las resoluciones contradictorias citadas por la parte recurrente, ya que podrá hacerlo conforme a la doctrina que estime aplicable.

2.6. Recurso de amparo

Procederá recurso de amparo constitucional si se invoca lesión de alguno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo. Por tanto quedará abierta la vía constitucional contra el auto del juez o tribunal sentenciador resolviendo el recurso de apelación contra la resolución del JVP sobre clasificación penitenciaria. La duda se plantea tras la LO 5/2003, de 25 de mayo, pues quizá sea necesario previamente acudir ahora antes del amparo al recurso de casación para la unificación de la doctrina; **Ríos Martín**³⁰¹ entiende que aunque se podría mantener lo contrario en base a algún precedente del TC (STC 26 de enero de 1981), la jurisprudencia constitucional optará por considerar necesario acudir previamente al Tribunal Supremo si estamos ante un auto dictado por un Audiencia Provincial resolviendo un recurso de apelación contra una decisión del JVP. Ahora bien, si el órgano que resuelve el recurso de apelación es un juez unipersonal sí que se puede interponer el recurso de amparo.

La jurisprudencia constitucional ha ratificado que las resoluciones recaídas en materia penitenciaria son susceptibles de recurso ante el Tribunal Constitucional (STC. n.º 73/1983, de 30 de julio).

301. “Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel. Madrid. 2004. Pág. 405

2.7. Recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

También se puede recurrir en materia de clasificación penitenciaria ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si un interno se siente víctima de la violación de su derecho a la libertad por estimar que su clasificación penitenciaria no se ajusta a Derecho.

A este Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva, que nuestro país será la del Tribunal Constitucional.

El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual cuando:

- a) Sea anónima.
- b) Sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.

El Tribunal considerará inadmisibles cualquier demanda individual cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva.

Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos se intentará en primer lugar un arreglo amistoso. Si por el contrario el derecho interno sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

El auto se transmite al Comité de Ministros del Consejo de Europa que es el encargado de velar por su ejecución y en caso de incumplimiento por el Estado acusado puede abrir procedimiento contra él para suspenderlo o excluirlo de la organización. En todo caso, se publica el informe de la Comisión que constata la violación del Convenio.

3. Los efectos de los recursos

Por lo que se refiere a los *efectos* que produce la interposición de los recursos citados nada decía la ley, debiendo acudir a las reglas generales según exigía el n.º 5 de la Disposición Adicional quinta de la LOPJ. Conforme al art. 217 de la LECrim., se dice que en sede penal, sustantiva y procesal, en orden a la suspensión de las resoluciones, es comúnmente admitido que el recurso de reforma no suspende la resolución impugnada, aunque la LECrim. no se pronuncia al respecto. El art. 217 de la LECrim. al regular el recurso de reforma y apelación, prevé la admisión en uno o ambos efectos del recurso de apelación cuando la Ley lo disponga expresamente, y calla en este sentido para el de reforma. Sin embargo, el art. 367 de la LECrim. para la modalidad impugnatoria *gemela* del de reforma, el recurso de reposición, expresamente le despoja del efecto suspensivo al decirse que “se llevará a efecto la providencia”. Por lo cual, podemos entender que el recurso de reforma no puede producir efectos suspensivos de la resolución administrativa de clasificación impugnada.

Por lo que se refiere al recurso de apelación, la exégesis de los artículos 217 y 223 de la LECrim. determina que su admisión lo sea en efecto devolutivo y no en el suspensivo. Y puesto que nada dice la ley, el recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo de la resolución recurrida. La doctrina ha advertido cómo en la práctica esto puede dar lugar a la ineffectividad del recurso, sobre todo cuando se trate de resoluciones que hayan de producir sus efectos durante un corto espacio de tiempo. Por ello el art. 223 LECrim., establece que una vez interpuesto el recurso de apelación, el Juez lo admitirá, un uno o ambos efectos, según sea procedente.

En los Juzgados de Vigilancia, la regla general era la no suspensión, admitiéndose en vía recurso sólo el efecto devolutivo, pero los propios Jueces de Vigilancia en sus reuniones anuales y más concretamente en la VII celebrada en Madrid, en septiembre de 1993, acordaron en el Criterio núm. 83 que el recurso de apelación se admitirá en ambos efectos (doble efecto) cuando la inmediata ejecución de lo resuelto pudiera distorsionar una línea de tratamiento o prive de virtualidad al propio recurso (v. gr. permisos, clasificación o libertad condicional).

La LO 7/2003, de 30 de junio, ha añadido un nuevo apartado 5 a la Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en el que se establece el efecto suspensivo del recurso contra resoluciones en materia de clasificación de penados o concesión de libertad condicional para evitar la posibilidad de que la excarcelación se produzca sin la intervención del órgano jurisdiccional “*ad quem*”, en los casos de delitos graves, para evitar que una excarcelación inmediata haga ineficaz la resolución que en virtud de un recurso de apelación pueda dictarse.

Según la Exposición de Motivos de la citada ley: “No se desconoce con esta previsión la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia inmediata de las resoluciones que acuerdan la libertad provisional. Sin embargo, el supuesto normado es distinto, pues no se parte de una situación de libertad que ha quedado interrumpida por una decisión judicial que no ha recaído sobre el fondo, sino de una situación de cumplimiento de pena por resolución judicial de condena que puede verse interrumpida por un cambio en el régimen de aplicación de la pena. La diferencia es que en este caso la falta de libertad es la consecuencia inherente a la pena impuesta y la libertad supone una excarcelación anticipada como consecuencia de una progresión de grado o un acuerdo de libertad condicional. Por otro lado, con el fin de asegurar que el efecto suspensivo del recurso dure lo menos posible, se prevé que el órgano “*ad quem*” pueda pronunciarse sobre la puesta en libertad y que la tramitación del recurso sea preferente y urgente”.

La actual redacción queda de la siguiente forma: “*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*”. Falta la referencia a los demás jueces o tribunales sentenciadores. Y será el JVP competente el que tendrá que tomar la decisión de dotar efectos suspensivos a su Auto.

Los recursos de apelación se deben tramitar con carácter preferente y urgente.

Es importante destacar que el citado precepto se refiere a delitos graves, y en tras la reforma del Código Penal de 1995 por la LO 15/2003 se considera delito grave el que conlleva una pena superior a cinco años de prisión.

La Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, se remite a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo relativo a la tramitación de los recursos. El art. 217 de la LECrim. al regular el recurso de apelación, prevé la admisión del recurso de apelación con efecto suspensivo sólo cuando la Ley lo disponga expresamente. Y aunque el art. 223 LECrim. establece que: “interpuesto el recurso de apelación, el Juez lo admitirá, en uno o en ambos efectos, según sea procedente”, esta disposición ha sido entendida en el sentido de que esta posibilidad del Juez tiene como presupuesto que la ley prevea expresamente la posibilidad de que el recurso tenga carácter suspensivo en el supuesto concreto de que se trate. La LO 7/2003, de 30 de junio, prevé de forma expresa este efecto suspensivo del recurso de apelación.

En cuanto a la justificación del efecto suspensivo del recurso, consideró el CGPJ en el informe precitado que: *“No desconoce este Consejo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia inmediata de las decisiones relativas a la libertad provisional, como asimismo resulta del art. 861 bis a) que dispone la puesta en libertad del reo, a pesar de haberse interpuesto recurso de casación, en el caso de que se hubiere dictado sentencia absolutoria, de donde resulta que en este caso la interposición del recurso no tiene efectos suspensivos. Sin embargo, a diferencia de la libertad provisional, que es la situación ordinaria del sometido al proceso penal, de modo que excepcionalmente sólo por razones de seguridad y otros fines constitucionalmente legítimos puede transformarse en prisión, en el caso del cumplimiento de penas de prisión, el internamiento es la consecuencia inherente de la pena impuesta, luego, no hay óbice constitucional para que la resolución que decreta la excarcelación anticipada del penado como consecuencia de una progresión de grado puesta en tela de juicio en el recurso de apelación, no sea de ejecución inmediata con el solo dictado de la resolución recurrida”*.

Se señala en el párrafo segundo que el recurso no tendrá carácter suspensivo salvo en los supuestos previstos en la ley. Tal efecto suspensivo sólo se producirá tratándose de “delitos graves”. El condenado a sucesivos delitos menos graves, por mucho que, por efecto de la refundición material de penas ex art. 193 RP, pueda estar sometido a prisión de duración muy superior a cinco años, no se somete a la disciplina del párrafo quinto³⁰². Pero realizando esta estricta pero ajustada interpretación podemos encontrarnos con el caso de condenados a una pena de cinco años y un día de prisión para los cuales sí tiene efectos suspensivos el recurso de apelación, y otros condenados por varias penas muy superiores a cinco años a quienes no les afectaría tal recurso, esta mala regulación posiblemente sea debido al desconocimiento del legislador del principio de unidad de ejecución de penas, por lo que sería conveniente una reforma legislativa que pueda evitar la excarcelación de condenados a penas superiores a cinco años hasta que no se resuelva el recurso de apelación.

302. García Albero, R. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 154-155

La ejecución inmediata del Auto impugnado puede suponer vaciar de contenido la posible estimación del recurso, por ello los Jueces de Vigilancia Penitenciaria han entendido que el recurso debe admitirse en un solo efecto con excepción de los casos en los que la inmediata ejecución de lo resuelto prive de virtualidad al recurso o pueda alterar o distorsionar una línea de tratamiento. Será, por tanto, ante la imprecisión legislativa, el buen criterio del juzgador el que decida al admitirlo a trámite sobre el efecto suspensivo o no, sin perjuicio de lo dispuesto en la modificación de la Disposición adicional 5.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que introduce un nuevo apartado en el que se establece el efecto suspensivo del recurso contra resoluciones en materia de clasificación de penados o concesión de libertad condicional para evitar que en los casos de delitos graves una excarcelación inmediata por libertad condicional haga ineficaz la resolución que en virtud del recurso de apelación pueda dictarse.

4. Representación y defensa

Como ya hemos visto, el procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia se caracteriza por una *cuasi absoluta* ausencia de normativa procesal, con lo cual podemos afirmar que no existe tal procedimiento como tal, por lo cual hay que acudir a diversas leyes para hacer que puedan funcionar estos juzgados. La LOGP establece que los Juzgados de Vigilancia: *“En lo que respecta a las cuestiones orgánicas y a los procedimientos de actuación se estará a lo dispuesto en las leyes correspondientes”*. Es decir, esta ley penitenciaria remite a otras leyes en lo que se refiere al procedimiento ante tales juzgados, y concretamente en la Disposición Transitoria Primera se refiere a los artículos 526, 985, 987, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ante esta compleja situación, la Presidencia del Tribunal Supremo para solucionar este vacío legal en octubre de 1981, partiendo de normas procesales genéricas de los citados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dictó las denominadas *Previsiones* a las autoridades judiciales que habían asumido tal jurisdicción penitenciaria. Éstas, por lo que se refiere a la asistencia letrada, determinaban que: *“aquellas medidas que por su naturaleza hayan de ser instadas por el recluso no requieren representación por procurador ni intervención de abogado, todo ello sin perjuicio de que voluntariamente los interesados puedan solicitar el concurso de estos profesionales o en turno de oficio solicitar abogado y procurador, ni de lo que pueda establecerse sobre la asistencia letrada gratuita”*. Al ponerse en funcionamiento los Juzgados de Vigilancia, su práctica habitual llegó a identificar esa posibilidad de comparecer por sí solos con la imposibilidad de acceder a la asistencia jurídica gratuita.

La LECrim. en sus artículos 118, 520 y 788 prevén la asistencia de letrado de oficio, en caso de no nombramiento de uno de su elección por parte del imputado, procesado o acusado, desde la fase inicial del procedimiento penal hasta su terminación, identificando ésta con la firmeza de la sentencia. Es decir, que normalmente se consideraba que la asistencia de oficio acababa con la imposición de la condena, y a partir de aquí ya no había lugar a asistencia letrada alguna.

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia, expresamente exceptúa de la regla

general de la representación mediante procurador y la asistencia de letrado en el recurso de reforma, si bien el penado puede designarlos, y manteniendo tal necesidad para el recurso de apelación.

Según la Disposición Adicional quinta de la LOPJ tras la LO 5/2003, en su apartado octavo: *“En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido”*.

Contra el Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria que inadmita a trámite un recurso de apelación, cabe recurso de queja, para cuya interposición también se precisa asistencia letrada.

La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996, de 10 de enero y el Real Decreto 108/1995 de 27 de enero, reconocen el derecho a la asistencia jurídica gratuita en el ámbito procesal penal desde la detención y durante el proceso pero sin extenderse a la fase de ejecución, para lo cual el interno debería instar el beneficio de la justicia gratuita conforme a las normas generales de dichos cuerpos. En los mismos sólo se regula el derecho a la asistencia por turno de oficio en el recurso de apelación y queja.

Por tanto, queda claro que los internos podrán valerse de Letrado ante el JVP.

Si el interno demandare, de acuerdo con las leyes, el nombramiento de un Abogado de oficio, el Juez solicitará, a fin de estructurar inmediatamente el derecho de defensa, el nombramiento de Letrado conforme a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, si estimare que la ausencia de defensa técnica podría causar indefensión al interno por razón de la materia o de la complejidad del asunto. Para facilitar la posibilidad de interposición de recursos ante el JVP se están firmando convenios de colaboración con los Colegios de Abogados para la defensa jurídica mediante el Turno de Asistencia Penitenciaria de los respectivos colegios.

La notificación de las resoluciones judiciales se hará al Letrado designado y al interno.

El plazo para recurrir empezará a contar desde la última notificación.

Recapitulando, no es preceptiva la intervención de Letrado ante el JVP en el recurso de reforma contra la clasificación penitenciaria, sin embargo, de constatar la complejidad de determinados asuntos en los que la falta de asistencia técnica dificulta o no clarifica el contenido del recurso planteado. Por ello, se considera oportuno que, a solicitud del interno para aquellos supuestos en los que la ausencia de defensa técnica pudiera producir indefensión por razón de la materia o complejidad del asunto, el JVP acuerde el nombramiento de Abogado de oficio en conformidad con el artículo 21 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Como vemos, se deja en manos del JVP la valoración de los supuestos en los que se considera necesaria la asistencia técnica a fin de que sea dicho órgano el que depure la diversidad de peticiones que puedan producirse, siempre con el límite de evitar la indefensión.

Además de para el recurso de apelación, es obligatoria la asistencia letrada en el de queja, casación y amparo.

5. Intervención de otras partes

Aquí conviene hacer una reflexión sobre la posible *intervención de la víctima o perjudicado por el delito* en los procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia dado que ciertamente la forma de cumplir la pena, como estamos viendo, tiene tanta importancia como su duración, ya que existen institutos jurídico-penitenciarios que inciden notablemente sobre la situación de privación de libertad del interno (permisos, régimen abierto, libertad condicional,...) que pueden suponer un acortamiento significativo del tiempo de internamiento *efectivo*. Tal como se configura nuestro sistema penitenciario, en la prisión se realiza un *nuevo juicio* sobre el delito en base tanto a la naturaleza y gravedad de los hechos como a la duración de la pena y valoración/pronóstico de la conducta del penado (aportación de otras ciencias sociales), que suponen para el penado el otorgamiento de un concreto estatus jurídico, que debe contar ciertamente con las suficientes garantías legales.

Ni la víctima, ni la Administración Penitenciaria están legitimadas para intervenir, lo que a juicio de **Racionero Carmona**³⁰³ es un defecto grave de la regulación. La primera porque no le es indiferente el modo en que cumple la condena quien le agravó, y la segunda porque sin duda tiene interés directo y legítimo en la resolución de estos asuntos, y por tanto no debería estar condenada a ser mera emisora de informes sin posibilidad de formular alegaciones. Sin embargo el TC en la *Sentencia de 11 de septiembre de 1995* rechazó la legitimación de la Administración Penitenciaria como parte en los procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia.

Por lo que se refiere las *partes procesales intervinientes en la causa penal*, con excepción de las mencionadas (penado y Ministerio Fiscal) sea la acusación particular, sea la acusación popular si se hubiere ejercido, no están legitimadas para recurrir las decisiones del Juez de Vigilancia. En contra de este criterio, se manifiestan varios autores como es el caso de **Tamarit Sumalla**³⁰⁴ que entiende que tal exclusión resulta difícilmente justificable porque el que la intervención del perjudicado por el delito no se debe limitar sólo a obtener una sentencia favorable, sino que debería tener derecho a que se pueda hacer “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, como uno de los efectos de la intervención de los particulares en la Justicia. No es suficiente defender que los “*intereses de terceros tan sólo pueden consistir en el interés general en que se cumpla la Ley, y promoverlo es precisamente función específica del Ministerio Fiscal*” como dice **Asencio Cantisán**³⁰⁵. Por todo ello, tiene razón **López Borja de Quiroga**³⁰⁶ cuando afirma que, por la misma razón habría que negar entonces el ejercicio de la acción penal en todo proceso por parte de los particulares perjudicados e incluso no perjudicados por el delito. Así pues, no puede negarse un interés legítimo en el perjudicado por el delito para que la ejecución penal discurra por los términos legales y reglamentariamente ordenados, es decir, que se cumplan las penas según establece el Código Penal; en su art. 36: “La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años salvo (...). Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acorta-

303. “Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial”. Madrid. 1999. Pág. 197-8

304. Tamarit Sumalla/ Sapena Grau/ García Albero. “Curso de Derecho Penitenciario”. Barcelona. 1996. Pág. 252

305. “Recursos contra las resoluciones del JVP en la LOPJ”. ADPC. 1987. Pág. 158

306. “Recursos contra las decisiones del JVP”. Poder Judicial, n.º especial III. Pág. 152

miento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en la Leyes y en el presente Código”. Y como ordena el primer inciso del apartado segundo del artículo 3 Código Penal: “Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que las prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”. Por lo tanto, el perjudicado por el delito debería derecho a exigir ante el JVP que se ejecute la pena en la forma que se ordena en los artículos citados. Estamos de acuerdo con **Cervelló Donderis**³⁰⁷ cuando dice que la intervención de la víctima o perjudicado en la ejecución se ha de tomar con suma cautela para evitar un envilecimiento de la ejecución de la prisión. Por todo ello, entendemos que la intervención del perjudicado o víctima del delito debe ser valorada de forma ponderada, y si bien en el art. 12 del Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de 1997 no se la reconoce como parte en el procedimiento pues establece que sólo pueden serlo el Ministerio Fiscal, el interno afectado y en algunos casos la Administración Penitenciaria, el art. 13 del mismo texto sí que deja abierta la posibilidad de intervención de la víctima o perjudicado cuando dice: “El Juez de Vigilancia, mediante Auto motivado, *podrá acordar que sea oída la acusación particular*, con carácter previo a la adopción de la correspondiente resolución, 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”. Pensamos que es la mínima vía de intervención que se puede dejar a la víctima y si bien se aducen razones en contra, como la posible venganza de la misma, aquí hay que recordar que el art. 24 de la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870, aún vigente ya preveía que se debía oír al perjudicado en el expediente de indulto. Más de un siglo después, cuando se están defendiendo más que nunca los derechos de las víctimas, no podemos negar la necesidad de esa presencia en los procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia cuando pueden verse afectados sus derechos a la integridad, seguridad y libertad entre otros; pero de momento tendremos que esperar el cambio legislativo en esta materia pues Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de 1997 sigue paralizado y no sabemos si algún día verá la luz éste u otro proyecto similar.

Con la LO 7/2003, de 30 de junio parece que se ha producido un cambio en la línea iniciada por el proyecto de ley antes citado, y así en el art. 36.2, que establece el período de seguridad, se determina que en el caso de levantamiento del citado período y aplicación del régimen general de cumplimiento por parte del juez de vigilancia, se oirá previamente al Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y *las demás partes*.

Igualmente en el art. 78.3 CP tras la nueva LO 7/2003 cuando se pretenda a la vuelta al régimen general de cumplimiento se hace indica la necesidad de *oír a otras partes*: “En estos casos, el juez de vigilancia, 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 Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. En estos casos, el JVP, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando,*

307. “Derecho Penitenciario”. Valencia. 2001. Pág. 116

en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

Esta misma posibilidad de intervención de las *demás partes* puede darse en caso del adelantamiento de la libertad condicional a los dos tercios del art. 91.1 CP y en el cualificado de hasta 90 días año (art. 91.2 CP); pero es ilógico facilitar esta presencia sólo en estos caso de libertad condicional, por qué no en la general de las tres cuartas partes (art. 90 CP). Quizá todo ello se deba a que como hemos visto el requisito de oír a las demás partes sólo se exige cuando se quiere hacer aplicación de excepciones a las normas generales de cumplimiento:

- Excepción al cumplimiento del período de seguridad (art. 36.2 CP).
- Vuelta al régimen general de cumplimiento del art. 78.3.
- Libertad condicional anticipada a los 2/3 (art. 91.1 CP).
- Adelantamiento cualificado de 90 días por año de los 2/3 (art. 91.2).

Pero en los citados artículos no se indican cuales son las demás partes, podría ser la víctima, la acusación particular o popular; sin embargo no lo indica de forma clara.

Por otro lado, y en relación con este tema nos parece oportuno incluir lo que establece en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reformado por la Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica en su apartado nueve: *“La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria”.*

Como vemos, la orden de protección implica el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del reo así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas y, particularmente, sobre la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos recobran un papel fundamental las Oficinas de Atención a las Víctimas, las cuales, según se establece en el ya nombrado protocolo de la Comisión para la Implantación de la Orden de Protección, desarrollarán su actividad “de manera pro-activa, es decir, tomando la iniciativa de contactar con la víctima y anticipándose a sus posibles necesidades”.

Respecto a la Administración penitenciaria, hemos de hacer constar que esta ley establece *el derecho de la víctima a saber en todo momento la situación del condenado* (o preso preventivo) por este tipo de delitos, especialmente en lo que se refiere a sus posibles salidas al exterior (permisos, régimen abierto, libertad condicional) o su excarcelación definitiva. Con anterioridad había un vacío legal que no permitía que se diese esta información a las víctimas en base al derecho a la intimidad del propio condenado, aunque extraoficialmente, con buen criterio, se les

informaba para que tomaran las medidas oportunas en caso de excarcelaciones temporales o definitivas.

Nos parece muy adecuada esta medida pues con anterioridad la víctima carecía legalmente de este derecho y si se le facilitaba información para su protección era de forma extralegal.

Por tanto aunque sólo se indica la obligación de la Institución Penitenciaria de informar a las citadas víctimas de la situación penitenciaria del condenado, está claro que éstas pueden ser oídas como una parte más en los casos ya indicados.

6. Recurso contra establecimiento de destino

El recurso contra la asignación de establecimiento penitenciario de destino aprobado por el Centro Directivo es una excepción a la competencia de los Juzgados de Vigilancia; según el art. 79 LOGP: “Corresponde a la Dirección General de II.PP. (...) la dirección, organización e inspección de las Instituciones que se regulan en la presente Ley, salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria”. En esta misma línea el art. 31 RP establece:

1. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de la LOGP el centro directivo tiene *competencia exclusiva* para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso.
2. Dicho centro directivo ordenará los traslados correspondientes en base a las propuestas formuladas al efecto por las Juntas de Tratamiento o, en su caso, por el Director o el Consejo de Dirección, así como los desplazamientos de los detenidos y presos que le sean requeridos por las autoridades competentes.
3. Los traslados se notificarán, si se trata de penados, al Juez de Vigilancia, y, si se trata de detenidos y presos a las autoridades a cuya disposición se encuentran.

Esto fue ratificado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 9 de julio de 1986 por la que resuelve un conflicto de jurisdicción, y la Sentencia 7 de noviembre de 1986, atribuyendo a la Administración Penitenciaria esa competencia.

También el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de diciembre de 1986 y de 14 de diciembre de 1991 ha entendido que el JVP no tiene competencia para alterar el destino de un penado o el traslado de internos de un centro a otro, por entender que acordar el destino de los penados en establecimientos penitenciarios es facultad residenciada en la Administración Penitenciaria, y, por tanto, los Jueces de Vigilancia sólo pueden dirigir propuestas a la indicada administración³⁰⁸.

308. Tamarit Sumalla, J. “Curso de Derecho Penitenciario”. Barcelona. 1996. Pág. 238

Por lo tanto, la atribución de esta competencia en exclusiva a la DGIIPP, supone que frente a las resoluciones dictadas por la misma los interesados únicamente puedan acudir para impugnar sus decisiones a través de la vía administrativa, esto es, a través del recurso ordinario contemplado en el art. 114 de la Ley 30/92 de RJAP-PAC de 26 de Noviembre, recurso que tras la modificación operada en la citada ley el 14 de Enero de 1999, Ley 4/99 de 14 de Enero (en vigor a partir del 14-04-99), toma el nombre de recurso de alzada en el plazo de un mes, después cabe el de reposición y posteriormente ante la Jurisdicción Contencioso- Administrativa. No obstante, de las peticiones y quejas que los internos dirijan a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en solicitud de traslado, estos últimos podrán remitir las mismas a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas de traslado a tenor de lo preceptuado en el art. 77 LOGP.

Es interesante analizar la Sentencia de fecha 26 de septiembre dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. 1.^a de la Audiencia Nacional³⁰⁹ al resolver un recurso sobre establecimiento de destino de un miembro de ETA, en ella se indica que el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad (art. 72 LOGP) es el llamado sistema de individualización científica y como parte integrante del mismo está la decisión acerca del *destino* del interno. Destino del recluso en los distintos establecimientos penitenciarios cuya decisión compete con carácter exclusivo a la Administración (así lo preceptúa el art. 31 del Reglamento Penitenciario), sin perjuicio de su ulterior revisión jurisdiccional, y para el que deben tomarse en consideración factores tales como las disponibilidades materiales de los Centros, características de éstos y directrices de la política general penitenciaria en cada momento, variables en función de las circunstancias, siempre y cuando tales decisiones se produzcan “con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y la sentencia” (art. 2 LOGP).

El art. 12.1 LOGP, establece: *“la ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración Penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el núm. suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”*.

Precepto que, según reiterada Jurisprudencia, tiene un *carácter orientativo* para la Administración Penitenciaria, cuyo despliegue debe favorecer que en cada área territorial exista un número suficiente de centros para satisfacer sus necesidades penitenciarias y evitar así el desarraigo social de los penados, pero que puede interpretarse en el sentido de que el legislador ha configurado normativamente un derecho subjetivo del interno a cumplir la condena en centros penitenciarios próximos a su domicilio o residencia habitual. La LOGP se ha limitado a fijar criterios para establecer y distribuir a los penados de manera que las necesidades penitenciarias estén atendidas adecuadamente. Entre dichos criterios debe intentarse evitar el desarraigo social de los penados, pero también debe atenderse a las distintas clases de centros penitenciarios, a los distintos grados de clasificación de la

309. Soldevilla Frago, S. “La política de traslados y dispersión de presos: implicaciones constitucionales”. La Ley Penal. Revista Actualidad Administrativa. N.º 11. Junio 2004. Pag. 6-7

población interna, a los regímenes de vida penitenciaria, y a las propias disponibilidades de las infraestructuras penitenciarias.

Por otra parte el art. 12.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria está incluido dentro del Título I de la misma, denominado “De los establecimientos penitenciarios y medios materiales”, y no dentro del Título Preliminar de la Ley donde se regulan, entre otros aspectos, los derechos de los internos (concretamente en su art. 4), precepto en el que no aparece como tal derecho el que el preso cumpla condena en el centro penitenciario más próximo a su domicilio.

Además, y como ya se ha apuntado, no puede olvidarse que es un principio fundamental de la legislación penitenciaria el de tratamiento individualizado del cumplimiento de la condena impuesta, tal como recoge el art. 72 LOGP, lo cual exige e impone a la Administración Penitenciaria, a la hora de determinar el Centro Penitenciario más adecuado a cada interno, examinar en cada caso concreto cuáles son sus circunstancias personales, procesales y penitenciarias concretas. El desarraigo social será un criterio más a tener en cuenta entre los otros muchos que debe conjugar en cada caso la Administración Penitenciaria, más existen también en la misma ley, una serie de criterios orientadores que configuran la decisión administrativa en el ámbito del ejercicio de una potestad discrecional, potestad discrecional que habrá de ser analizada en cada caso concreto para concluir si su ejercicio se ajusta o no los principios generales que deben informar toda actuación administrativa.

Cuarta parte

La libertad condicional

1. Evolución legislativa de la libertad condicional

Los orígenes de la libertad condicional se remontan a su aplicación en los sistemas progresivos de ejecución de las penas privativas de libertad, viniendo a constituir la característica común y fundamental de todos ellos³¹⁰. El primer antecedente lo sitúa **Del Toro** en la isla de Norfolk (Australia) en el año 1847³¹¹, instaurada por Maconochie dentro de su sistema progresivo. Por su parte, **Garrido Guzmán** la sitúa en el mismo lugar pero en 1840; en este sistema el penado iba acumulando vales o marcas a los que se hacía acreedor por su trabajo y buena conducta hasta alcanzar un número determinado que le suponía una liberación anticipada³¹². Inglaterra adoptó este sistema de libertad anticipada en 1853. Otro antecedente de la libertad anticipada se encuentra en Estados Unidos en el reformatorio del Elmira en 1876, desde donde se trasladó al resto del país con gran éxito pero en este caso con la fórmula de “libertad bajo palabra” (*parole*) convirtiéndose en la forma más típica de excarcelación del derecho anglosajón frente a la libertad condicional de los sistemas progresivos europeos continentales.

El primer antecedente de libertad condicional en España se fija en el sistema progresivo instaurado por el **Coronel Montesinos** en Valencia en el presidio de San Agustín (1834) dentro del período denominado “*libertad intermedia*”, durante el mismo el penado podía salir a trabajar al exterior de la prisión³¹³. Pero estamos más de acuerdo con otros autores que defienden que este “*período intermedio*” más que un precedente de la libertad condicional lo es más bien del régimen abierto³¹⁴, que permite este tipo de salidas laborales al exterior.

Otro antecedente lo encontramos en el Decreto de 23 de noviembre de 1889 que instaura el sistema progresivo, pero sólo para la Colonia Penal de Ceuta. En este sis-

310. Rodríguez Alonso, A. “Lecciones de Derecho Penitenciario”. Granada. 1997. Pág. 332

311. Tamarit Sumalla, J. M.^a “Curso de Derecho Penitenciario”. Barcelona. 1996. Pág. 258

312. “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1983. Pág. 369

313. Garrido Guzmán, L. “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1983. Pág. 369

314. Téllez Aguilera, A. “La libertad condicional: aspectos jurídicos y penitenciarios”. XIII Jornadas Penitenciarias Lucenses, Servicios de publicaciones de la Diputación Provincial de Lugo. 2001. Pág. 26

tema el cuarto período era denominado de “*libre circulación*” del penado para trabajar y vivir con su familia en el exterior pasando revista periódica, esta fase sí que se puede reconocer como la primera vez que legalmente se instaura en nuestro país la libertad condicional, pero de momento solamente en Ceuta³¹⁵.

El buen resultado de la libertad condicional en Ceuta hizo que se aprobase el Real Decreto de 3 de junio de 1901 que estableció que el sistema progresivo irlandés de **Crofton** sería el aplicable en el sistema penitenciario español y dentro del mismo se fijaba una cuarta y última fase denominada “*período de gracias y recompensas*” que se consideraba equivalente a la libertad condicional que existía en otros países³¹⁶, pero verdaderamente no se puede considerar que este período sea propiamente la libertad condicional utilizada en otros países puesto que durante el mismo el liberado tenía que realizar servicios fuera de la prisión como celadores, escribientes, ordenanzas y todos aquellos que por razones económicas no podían ser desempeñados por personal libre, es decir, que era un período con un tipo de vida muy similar al régimen abierto puesto que seguía existiendo cierta vinculación laboral con la prisión³¹⁷. A estos penados se les podía solicitar un indulto si daban muestras de arrepentimiento. Hasta la fecha no era posible aplicar la libertad condicional porque el Código Penal de 1870 prohibía que los reclusos pudieran cumplir ninguna parte de la pena fuera de prisión³¹⁸.

La desigualdad de trato entre las prisiones africanas (que permitían el período de “*libre circulación*”) y las peninsulares (en las que no estaba previsto este mecanismo), provocó situaciones problemáticas, como la de los presos procedentes de África que eran después retenidos en penales de la península. El conflicto se agravó con la introducción de la libertad condicional en la jurisdicción de menores por el Decreto de 3 de junio de 1901 y los intentos de resolverlo por la vía de indultos con una reforma del Código de 1870, no hizo sino aumentar la tensión ante la acumulación de peticiones de gracia sin resolver³¹⁹.

Por tanto, la libertad condicional no será aplicada de forma generalizada en nuestro país hasta la Ley de 23 de julio 1914 que la institucionaliza de forma clara y permanente hasta el día de hoy. A partir de este momento fue considerada como el último período en la ejecución de la pena privativa de libertad. La libertad condicional desde entonces ha sido una institución penal que pasó a ser recogida en todos los códigos penales hasta el actualmente vigente, y si bien se han mantenido algunos criterios otros han sido modificados debido a la evolución en el sistema de cumplimiento de las penas.

El Real Decreto de 5 de mayo de 1913, considerado un verdadero código penitenciario puesto que regulaba todas las materias penitenciarias, disponía en su art. 240: “*El cuarto período o de gracias o recompensas se establece en equivalencia a la libertad condicional, interín se promulgue una ley que la conceda*”. Es decir, que este Reglamento penitenciario introdujo la libertad condicional de forma extralegal.

315. Lasala Navarro, G. “Los presidios civiles”. Revista de Estudios Penitenciarios, n.º 172. Madrid. 1967. Pág. 124

316. Renart García, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 38

317. Garrido Guzmán, L. “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1983. Pág. 171

318. Rodríguez Alonso. “Lecciones de Derecho Penitenciario”. Granada. 1997. Pág. II

319. Del Toro citado por Tamarit Sumalla J. M.ª “Curso de Derecho Penitenciario”. Barcelona. 1996. Pág. 258

La Ley de 23 de julio de 1914 introdujo la libertad condicional para todo el país explicando en su Exposición de Motivos la necesidad de la instauración de la libertad condicional por su “*bondad y eficacia para la corrección del culpable*”, así como por la necesidad de acomodar nuestra legislación “*a los modernos criterios en la ejecución de las penas y los nuevos métodos reformadores seguidos en los pueblos más cultos para la redención del penado*”. Por tanto, gran parte de la aprobación de la libertad condicional se debió al éxito alcanzado en países como en Estados Unidos y otros países americanos la denominada “libertad bajo palabra” (si bien es muy diferente a la libertad condicional y de hecho en España estaba vigente la Ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908, similar pero con grandes diferencias a aquélla), y en Europa donde ya se aplicaba en numerosos países:

- En Francia desde el 3 de diciembre de 1832 para menores de edad recluidos en La Roquette (París) con el nombre de “*Liberation provisoire pour jeunes détenus*”. Después se aplicó a todos los penados por leyes de 1850 y 1885. Por ello gran parte de la doctrina francesa fija el origen de la libertad condicional en Francia.
- En Portugal desde 1861.
- En Alemania con el Código Penal de 31 de mayo de 1870.
- En Suiza (Lucerna) por la Ley de 16 de enero de 1871.
- En Dinamarca por la Ordenanza de 13 de febrero de 1873.
- En Hungría desde el Código Penal de 1878.
- En Bélgica por la Ley de 31 de mayo de 1888.
- En Italia por su Código Penal de 1889.
- En Noruega desde la Ley de 31 de mayo de 1900.
- En Suecia por la Ley de 22 de junio de 1906.

La citada Ley de 1914 establecía en su art. 1 la libertad condicional para los penados sentenciados (redundancia innecesaria por lo que más adelante sólo se dejó el término sentenciados) a más de un año de privación de libertad (este requisito se va a mantener, excepto por el Código Penal de 1928, hasta el Código Penal derogado de 1973 creando duplicidad de sistemas de cumplimientos dependiendo que la pena fuese hasta un año o superior para tener derecho o no a la libertad condicional³²⁰), que se encuentren en el cuarto período de condena (gran error porque precisamente es la libertad condicional el cuarto período³²¹) y que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta (este requisito también va ser necesario hasta el Código Penal derogado de 1973), que sean acreedores a dicho beneficio (destaca claramente su carácter *premio*) por pruebas evidentes de intachable conducta (siempre se va a mantener este requisito o similar) y ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad (requisito presente hasta el Código Penal de 1995) como ciudadanos pacíficos y obreros laboriosos

320. Manzanera Samaniego J. L. “Individualización científica y libertad condicional”. Madrid. 1984. Pág. 50 y siguientes

321. Cadalso. “La libertad condicional, el indulto y la amnistía”. Madrid. 1921. Pág. 183

(este último requisito va desaparecer muy pronto). En realidad, sin embargo, no se trataba en todos los casos de libertad condicional efectiva, sino de una *expectativa* de esa libertad³²², porque “los propuestos para libertad condicional que por cualquier causa no obtuvieran dicho beneficio seguirían en el cuarto período, en *expectación* de nuevas propuestas”.

Según el art. 6 la libertad condicional podía revocarse si durante este período el liberado reincidía u observaba mala conducta.

La citada Ley de Libertad condicional en su art. 2 establecía que el órgano competente para la aprobación de la libertad condicional era la Comisión de Libertad Condicional, formada por el presidente de la respectiva Junta del Patronato, el presidente de la respectiva Diputación Provincial, el alcalde del Ayuntamiento, el director de mayor categoría de las prisiones comprendidas dentro de la respectiva provincia, un cura párroco de la capital correspondiente y dos vecinos de la misma capital, que habrán de ser personas más salientes por su ciencia, por su filantropía, por su representación social o por su disposición económica... Según el art. 3 todos los trimestres tenían que resolver las propuestas de libertad planteadas valorando los informes realizados por los directores o jefes de prisión, el maestro, capellán y médico. El expediente era elevado a la Comisión Asesora del Ministerio de Gracia y Justicia, formada por el Subsecretario del Departamento, el Director General de II.PP., el Director General de Seguridad, Oficial Mayor, el Inspector de prisiones, etc., que era la que resolvía. Podemos observar que ambas comisiones eran unos órganos claramente extrajudiciales, dejando en manos del poder político, económico y religioso la aprobación de la libertad condicional; con el paso del tiempo esta competencia será atribuida, con mejor criterio, al poder judicial y a los profesionales penitenciarios.

El Reglamento de 28 de octubre de 1914 contempla en su art. 2 la libertad condicional como cuarto y último período del sistema progresivo³²³. Este mismo reglamento en su art. 30 establece que la Comisión de Libertad Condicional debía valorar a la hora de conceder la libertad condicional “*la protección que merece el caído con la necesidad de garantizar a la sociedad contra los infractores de las leyes*”.

Como ya vimos, el Código Penal de 1870 en un principio impedía que se pudiese cumplir período alguno de la pena fuera de la prisión, si bien a partir de la Ley de libertad condicional de 1914, este período siempre estará presente en la legislación española.

El Código Penal de 1928 fue en el primer texto punitivo en el que se reguló la libertad condicional en su art. 174, exigiendo para su concesión haber sido condenado a penas de reclusión y prisión (desaparece a la necesidad a que la penas sea superior a un año), la extinción de las partes alcuotas de éstas que establezcan los reglamentos, el ser acreedor de dicho beneficio por pruebas evidentes de intachable conducta, y el ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad como ciudadanos pacíficos y laboriosos.

322. Herrero Herrero, C. “España penal y penitenciaria”. Madrid. 1986. Pág. 348

323. Rodríguez Alonso, A. “Lecciones de Derecho Penitenciario”. Granada. 1997. Pág. 332

El Real Decreto de 23 de octubre de 1923 establecía, como lo hacía la ley de 1914, el requisito de tener cumplida las 3/4 de la pena, pero, como hemos visto, el Código de 1928 deja la determinación de los necesarios plazos de cumplimiento a la vía reglamentaria, por ello el Reglamento para la aplicación del Código Penal de los Servicios de Prisiones de 24 de diciembre de 1928 determinó en su art. 28 que el tiempo extinguido de condena debería de ser en las penas de duración hasta un año, el de seis meses; en las de dos a seis años, las tres cuartas partes, y en las de siete en adelante, las dos terceras partes. Así pues, como vemos, dependiendo de la duración de la pena se establecía un período necesario de cumplimiento, esta diferenciación de plazos será suprimida por los códigos posteriores, estableciendo por regla general el de las 3/4 para todo tipo de penas.

Las causas de revocación de la libertad condicional reguladas en el Código de 1928 eran la reincidencia y la reiteración en el delito, así como la mala conducta del liberado; pero en sede reglamentaria se establecía como causa de revocación la no presentación en el lugar señalado de residencia o la ausencia de la misma sin autorización oficial, así como la no remisión durante dos meses consecutivos del informe reglamentario acerca de su forma y medios de vida al Director del establecimiento penitenciario al que sigue perteneciendo. También sólo en sede reglamentaria se determinaba que la reincidencia o reiteración en el delito llevaba aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional; esta pérdida de tiempo se regulará más adelante en los códigos posteriores, estando vigente hasta el Código Penal derogado de 1973. Por tanto, como vemos, por vía reglamentaria se estaban violando los principios de jerarquía normativa y reserva de ley debido a que los reglamentos, como el de 14 noviembre de 1930, hacían una regulación mucho más detallada de la libertad condicional que el Código Penal, cosa que siempre va a ocurrir, y, como veremos, va a dar lugar a contradicciones y violaciones legales.

El Código Penal de 1932 contemplaba que “las penas privativas de libertad se ejecutarán conforme al sistema progresivo teniendo por últimos períodos el de libertad intermedia y el de libertad condicional (base 12.^a). Este Código dedicó la sección cuarta del capítulo V del título III del Libro I de forma específica a la libertad condicional, mantenida de forma inalterada pero con pequeñas modificaciones hasta la derogación del Código Penal de 1973³²⁴.

En el art. 101 del citado Código se establece la libertad condicional para los penados sentenciados a más de un año de privación de libertad (volviendo a la fórmula de la Ley de 1914, fórmula que se mantiene hasta el Código derogado de 1973³²⁵) que se encuentren en el último período de la condena (sustituyendo al “cuarto” que establecía la Ley de 1914, este requisito estará vigente hasta el Reglamento Penitenciario de 1948 que establecerá la necesidad de estar en el “tercer período”) y que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta (también se vuelve al criterio de la Ley de 1914), que sean acreedores a dicho beneficio por pruebas evidentes de intachable conducta y ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad como ciudadanos pacíficos y laboriosos³²⁶. Una de las modificaciones destacables respecto a la Ley de 1914 es que

324. González Cano, M.^a I. “La ejecución de la pena privativa de libertad”. Valencia. 1994. Pág.237

325. Rodríguez Alonso, A. “Lecciones de Derecho Penitenciario”. Granada. 1997. Pág. 332

326. Cuello Calón, E. “Derecho Penal”. Barcelona. 1937. Pág. 656 y ss.

desaparece el termino “obreros” dentro de la expresión pacíficos y obreros laboriosos”, siendo sustituida por el más razonable de “ciudadanos”.

Las causas de revocación establecidas en el art. 101 son la reincidencia u observación de mala conducta, lo cual viene también contemplado en el art. 63 del Reglamento de 1930 estableciendo que se considera mala conducta la no presentación en el lugar señalado para su residencia y la ausencia de la misma sin autorización oficial y la no remisión durante dos meses consecutivos al Director del Establecimiento penitenciario al que siga perteneciendo del informe reglamentario acerca de la forma y medios de vida del liberado³²⁷.

El Código Penal de 1944 establecía en su art. 84 que el sistema penitenciario aplicable era el progresivo, siguiendo estando la libertad condicional regulada en sus arts. 98 y 99 en sus rasgos generales una línea continuista respecto de precedentes textos punitivos³²⁸, manteniéndose su regulación en los citados artículos hasta la derogación del Código Penal de 1973.

En el art. 98 cabe destacar dos modificaciones importantes. Por un lado, desaparece la obligación de que el penado diera “muestras evidentes” de su intachable conducta, lo cual da lugar a que el recluso no tenga que demostrar su positiva conducta con actos objetivos, siendo la Administración penitenciaria quien debe acreditar que la conducta no es intachable, esto fue muy criticado por parte de la doctrina, que con buen criterio manifestaba que, a veces, los presos más peligrosos son los que mejor saben adaptarse a la vida carcelaria, no cometen faltas disciplinarias pero no modifican su tendencia delictiva. Por otro lado, desapareció el requisito de que el penado diera garantías de hacer vida honrada en libertad lo sean a título de “ciudadano pacífico y laborioso”³²⁹. Pero el Reglamento de Servicios de 1948, volviendo a reproducir las siempre contradicciones con el Código, en su art. 65 vuelve a indicar la necesidad de que el penado dé “pruebas evidentes de su intachable conducta” y a su vez, se vuelve a referir a que la vida honrada lo sea como “ciudadanos pacíficos y laboriosos”. Lo positivo de este Reglamento es que señala, con acierto, que a la libertad condicional podrán acceder los penados que “se hallen en el tercer período”, en lugar de la fórmula tradicional y errónea que recogía el Código Penal “que se encuentren el último período de condena”³³⁰.

Los criterios severos, autoritarios, morales y evangélicos del Código Penal no se aprecian cuando regula la libertad condicional, pero sí que luego se manifiestan en el citado Reglamento de prisiones, donde en su art. 65 establece para la concesión de la libertad condicional que “el penado se halle en posesión de la instrucción elemental y educación mínima religiosa”, lo cual deja en manos de la Administración penitenciaria la acreditación discrecional de la citada instrucción en el expediente de libertad condicional.

Otra novedad del Reglamento de 1948 fue el establecer que “cuando en una misma sentencia se imponga al penado más de una pena privativa de libertad, siempre que sean superiores a las de arresto, se considerarán éstas como una sola de

327. Renart García, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 44

328. Fernández Arévalo y Mapelli Caffarena. “Práctica Forense Penitenciaria”. Madrid. 1995. Pág. 177 y ss.

329. Renart García, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 46

330. Renart García, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 47

mayor duración para los efectos de libertad condicional y propuesta de la misma". Por tanto, se seguía con el espíritu de la Ley de 1914 que impedía la aplicación de la libertad condicional a las penas de duración no superiores a un año, dado que éstas se podían verse beneficiadas por la suspensión de su ejecución. Según **Del Toro Marzal** este reglamento no contradecía la redacción legal porque el sentenciado lo es, en conjunto, a más de un año de prisión y, por haber sido condenado a pena de prisión o presidio, su condena se albergaba en el sistema progresivo, del que la libertad condicional constituían el cuarto período³³¹.

Las causas de revocación de libertad condicional del Código Penal, de nuevo eran ampliadas por el Reglamento de 1948 en su art. 79, considerando causa de revocación la no presentación del liberado el día señalado ante la Junta de Libertad Condicional, y la de ausentarse de la localidad sin autorización oficial. Respecto a la "*mala conducta*", considera como tal "*el no presentarse en el lugar señalado para residir*". Lo más positivo del citado artículo era la necesidad de sentencia firme para la revocación por reincidencia o reiteración en el delito, criterio que desgraciadamente desapareció en las regulaciones reglamentarias posteriores, si bien actualmente es pacífica la doctrina en la exigencia de sentencia condenatoria firme para la revocación en base al principio de presunción de inocencia, en el mismo sentido se han manifestado los Jueces de Vigilancia en sus reuniones periódicas.

El Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 se siguió ocupando de la regulación de la libertad condicional en sus arts. 53 a 64, en los que se establecía su tramitación, propuesta y concesión³³². Cabe destacar su preocupación para que los liberados condicionales fuesen especialmente amparados³³³.

Ni la revisión del Código Penal de 1963, ni la aprobación del Texto refundido de 1973 suponen cambio alguno en la regulación de la libertad condicional del Código Penal de 1944.

El Decreto 162/1968 de 25 de enero que flexibilizó el sistema progresivo, posibilitando la clasificación directa en tercer grado, introdujo una novedad importante en la regulación de la libertad condicional la necesidad del informe correspondiente sobre la constancia de la buena conducta debía ser elaborado por el equipo de observación o tratamiento sobre los factores positivos de reinserción social que presentara el sujeto, manteniéndose aparte la referencia a las garantías del buen comportamiento futuro³³⁴.

El Decreto 2273/77, de 29 de julio en materia penitenciaria dio un gran protagonismo al poder judicial, dando mayor control a los órganos jurisdiccionales en materia de libertad condicional, cosa totalmente razonable puesto que son éstos los competentes para hacer ejecutar las penas privativas de libertad.

La LOGP de 1979 no supuso ningún cambio en materia de libertad condicional puesto que en su art. 72 se remitía plenamente al Código Penal al indicar que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización cien-

331. Renart García, F. "La libertad condicional: nuevo régimen jurídico". Madrid. 2003. Pág. 49

332. González Cano, M.^a I. "La ejecución de la pena privativa de libertad". Valencia. 1994. Pág. 237-238

333. Herrero Herrero, C. "España penal y penitenciaria. Madrid. 1986. Pág. 505

334. Manzanares Samaniego, J. L. "La ejecución conforme al sistema de individualización científica" en "Comentarios a la legislación penal". Tomo VI, Vol. 2.º Madrid. 1986. Pág. 1049 y ss.

tífica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional “*conforme determine el Código Penal*”. La remisión plena de la LOGP al art. 98 CP con el doble condicionamiento de buena conducta y garantías de hacer vida honrada en el porvenir significó un retroceso en cuanto a la reforma del art. 59 del Reglamento de 1956 por el Decreto 162/1968, de 25 de enero.

La aprobación del Reglamento Penitenciario de 1981 supuso la derogación de los preceptos del Reglamento de 1956, introduciendo una nueva y amplia normativa adaptada al Código Penal y a la LOGP.

La LOGP en su art. 67 establece: “*Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe 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*”, siendo desarrollado en sede reglamentaria en el art. 63 RP de 1981. Según **Herrero Herrero** con este informe se produce un cambio de criterio respecto al objetivismo predominante, asistemático, superficialmente empirista del ordenamiento anterior (...). Hay que ir por ello a captar la auténtica personalidad del sujeto y su posible modificación en sentido positivo. Por ello, tan solo cuando el penado esté “en correspondencia se acrecentará la confianza depositada en el mismo y la atribución de la responsabilidad, cada vez más importante que implicarán una mayor libertad” hasta llegar a la libertad condicional³³⁵.

El citado Reglamento de 1981 establecía que los: “penados que hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena y reúnan los requisitos que se relacionan en el art. 98 del Código Penal, cumplirán el último período de aquélla en libertad condicional”. Este Reglamento en su art. 59 establecía respecto al cómputo de las tres cuartas partes que en caso de indulto parcial, se descontaría éste de la pena original quedando como si fuese una pena, en contradicción con el art. 112 CP que establecía que el indulto no da lugar a una nueva pena sino que es una forma de extinción de la misma nueva. Este criterio que se mantiene en el actual Reglamento de 1996 art. 193 en contradicción con el art. 130 CP vigente, lo cual supone violación de la jerarquía normativa.

El Reglamento de 1981 reguló de forma extralegal la libertad condicional para septuagenarios y enfermos con padecimientos incurables en su art. 60 y el adelantamiento de la libertad condicional en el 256 ya que el Código Penal para nada se refería a estos tipos de libertad condicional vulnerando, una vez más, el principio de jerarquía normativa³³⁶.

El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 17 de enero de 1980 se atuvo al esquema tradicional. Así en su art. 101 reprodujo literalmente las cuatro circunstancias del art. 98 del texto vigente. Una de las innovaciones era la supresión del requisito de que la pena fuera superior a un año puesto que este Proyecto indicaba que la libertad condicional sería aplicable a “*los sentenciados a penas de prisión*”, siendo la pena de prisión la única pena privativa de libertad contemplada en el mismo, por lo que desaparecía el requisito “*para los sentenciados a más de un año de privación de libertad*”.

335. “España penal y penitenciaria”. Madrid. 1986. Pág. 575

336. González Cano, M.ª I. “La ejecución de la pena privativa de libertad”. Valencia. 1994. Pág. 243

Otra novedad era prever la imposición facultativa por parte del JVP de reglas de conducta y tareas tendentes a evitar la recaída en el delito y favorecer la reinserción social del penado, aunque el legislador no concretaba el contenido de las mismas. Según **Manzanares Samaniego** la influencia del Derecho germánico era notoria³³⁷.

El art. 102 regulaba las causas de revocación, considerando como tales la inobservancia de las reglas de conducta o el incumplimiento de las tareas impuestas por el JVP, así como la comisión de un delito, especificándose que la reincidencia llevaba aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional. Hay que destacar la desaparición como causa de revocación la mala conducta, pero como hace constar de manera acertada **Manzanares Samaniego** al objetivarse la mala conducta a través de frases como “no observare las reglas de conducta o no cumpliere las tareas impuestas”, y al constituir éstas una facultad discrecional del JVP, “podría ocurrir que en ocasiones el único motivo de revocación fuera el delito”³³⁸.

La propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 recogía la libertad condicional dentro la Sección Tercera del Capítulo III Libro I, con la rúbrica “De la libertad condicional y la suspensión del resto de la pena”, entendiéndose que era una forma de suspensión, lo que es claramente contradictorio con su configuración como grado del sistema progresivo en el cumplimiento de las penas de prisión o como último período del sistema de individualización científica³³⁹.

Una curiosidad a destacar es que se establece la contradicción de “*que hayan cumplido las tres cuartas partes de ésta y en las penas de prisión, como mínimo seis meses*”, está claro que si se ha cumplido el primer requisito, el segundo (de los seis meses) sobra, o, es que por el contrario, se pretendía que el penado estuviera un mínimo de ese tiempo en prisión estableciendo una especie de período de seguridad similar al regulado en el art. 36.2 CP vigente.

También es novedoso que las razones para suponer que no volverán a delinquir deben estar fundadas en “*los informes de los expertos que el JVP estime convenientes y, en todo caso, uno de carácter criminológico*”. Esta iniciativa acentuando el sentido criminológico de uno de los informes desaparecerá desgraciadamente en posteriores anteproyectos y proyectos.

Hay que valorar positivamente la sustitución de la moralizante exigencia de la “intachable conducta” y del ofrecimiento de “*garantías de hacer vida honrada en libertad*” por el de “*informes de los expertos*” que el Juez estime convenientes que fundamenten la expectativa de que el sujeto no volverá a delinquir durante el tiempo que le reste para la extinción de su condena. Por el contrario, hay que valorar como negativo la reducción de causas de revocación a un único supuesto “*si en dicho período el reo delinquire*”, suprimiéndose la facultad que el Proyecto de 1980 otorgaba al JVP de establecer reglas de conducta o realización de tareas tendentes a evitar la recaída en el delito y favorecer su reinserción social³⁴⁰.

337. “La ejecución conforme al sistema de individualización científica”. Dentro de “Comentarios a la legislación penal”. Tomo VI, Vol. 2.º Madrid. 1986. Pág. 1050

338. “Individualización científica y libertad condicional”. Madrid. 1984. Pág. 116

339. Renart García, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 55

340. Renart García, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 57

El Anteproyecto de 1992 regula la libertad condicional dentro de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. Reaparece el requisito de la “buena conducta” del Proyecto de 1980, lo que supone la vuelta a la valoración de la buena conducta carcelaria en lugar de tener en cuenta el resultado alcanzado por el tratamiento penitenciario de cara a la resocialización del penado. Lo que sí supone una mejora es el establecer el requisito de que el penado se encuentre “en el tercer grado penitenciario”, en lugar de que esté en el “último período de condena”. Pero **Mapelli Caffarena** mantenía que el requisito de estar clasificado en tercer grado no debería exigirse puesto que esto es una característica del sistema progresivo clásico del que se dice que está superado en España³⁴¹. Desde nuestro punto de vista, si en nuestro país existiera un sistema puro de individualización científica así debería ser, pero como no nos encontramos en esta situación, es razonable que se exija el estar en tercer grado como paso previo a la libertad condicional, pues en el régimen abierto es donde se va comprobando la evolución del penado en libertad, aunque supervisada.

El requisito de que el penado ofreciera garantías de hacer vida honrada en libertad se sustituye por el de la “existencia de razones para suponer que no volverán a delinquir”, que es valorado de forma positiva al enlazar con los fines del tratamiento del art. 59.2 LOGP.

El Anteproyecto de Código Penal de 1994 presenta tres novedades respecto al Proyecto de 1992. Una de ellas fue la concreción de que el JVP es el competente para aprobar la libertad condicional de los sentenciados a penas de prisión que hayan extinguido las dos terceras partes (art. 91). Otra novedad fue la sustitución de la conjunción copulativa “y” por la más acertada de “u” al indicar que uno de los requisitos para el adelantamiento de la libertad condicional es el haber realizado “*actividades laborales, culturales u ocupacionales*”, esta matización es importante y razonable no se le puede exigir a un penado que participe en todo tipo de actividades, unas veces porque no las proporciona el establecimiento penitenciario, y otras veces, por falta de tiempo para asistir a las mismas al coincidir en los mismos horarios. La última novedad es la reincorporación de la “*mala conducta*” como causa de revocación.

El Proyecto de Código Penal de 1994 introdujo otras novedades, como la de establecer que podrían obtener la libertad condicional “los sentenciados a penas privativas de libertad” en lugar de “los sentenciados a penas de prisión”, con ello se permitía que pudiesen alcanzar la libertad condicional no sólo los condenados a penas de prisión, sino también los que lo sean a penas de arresto fines de semana, al menos teóricamente. Este Proyecto confiere la facultad al JVP de imponer al penado las reglas de conducta que estime oportunas de las previstas en su art. 105, lo cual coincide con el Proyecto de 1980 de establecer “*las reglas de conducta y realización de tareas*”, desapareciendo éstas últimas por ser consideradas, desde nuestro punto de vista, como una reiteración innecesaria. Dentro de las causas de revocación (comisión de delito o mala conducta), parece interpretar la mala conducta con la inobservación de las reglas de conducta impuestas, lo que aporta una notable seguridad jurídica³⁴², plan-

341. “Normas penitenciarias en el Anteproyecto de Código Penal de 1992”. En Política Criminal y Reforma Penal. Madrid. 1993. Pág. 800 y ss.

342. Renart García, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 62

teamiento con el que estamos totalmente de acuerdo pues antes había un amplio margen de discrecionalidad respecto a lo se consideraba mala conducta.

En la tramitación de este Proyecto en el Congreso de los Diputados, el Partido Popular presentó una propuesta en la que se sustituyera el término “*extinguido*” por “*cumplido*”, pues con ello “se garantizaba el cumplimiento de las penas”³⁴³. Aquí encontramos un precedente y criterio, que más tarde sería utilizado por el citado partido durante su etapa al frente del Gobierno, para la aprobación de la LO 7/2003 de Cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Esta propuesta no prosperó.

El Partido de Coalición Canaria propuso que para la libertad condicional respecto los informes de los expertos que estimara pertinentes el JVP se incluyera “oído el Ministerio Fiscal” para valorar la conveniencia de los citados informes³⁴⁴. En relación con este tema de los informes el Partido Popular planteó con el fin de “reducir márgenes de discrecionalidad” que la emisión de un pronóstico favorable de que el sentenciado no volvería a delinquir, fundado en los informes pertinentes de los expertos³⁴⁵. Ninguna de estas dos propuestas prosperaron.

El Partido Popular planteó una propuesta respecto a libertad condicional del art. 93 (septuagenarios y por enfermedad grave e incurable) en el sentido de sustituir la expresión “*podrán obtener la concesión de la libertad condicional*” por la de “*podrán solicitar la libertad o ser propuestas para su concesión*”, al estimar que no se aclaraba por quién debían ser propuesta la libertad condicional³⁴⁶, pero tampoco se aprobó.

La única enmienda que prosperó fue la del Grupo Socialista respecto a una mejora técnica del art. 94, quedando de la siguiente forma: “*El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el JVP revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional*”³⁴⁷. Cabe destacar dos importantes circunstancias. Por un lado, la desaparición de la “*mala conducta*” como causa de revocación, cosa muy acertada por acabar con los arrastrados criterios moralistas de otros códigos, evita con ello amplios márgenes de discrecionalidad y fija con datos objetivos cuales son las normas de conducta incumplidas por el liberado. Por otro lado, la reincidencia en el delito deja de ser motivo de la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, cosa también razonable puesto que si ese tiempo ya está “*cumplido*” en esa situación no cabe tener que cumplirlo de nuevo. Desgraciadamente este cómputo de no tener en cuenta el tiempo pasado en libertad volverá a reaparecer con la LO 7/2003 de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas en su art. 93 CP respecto a los terroristas liberados condicionales que delincan o inobserven las reglas de conducta o las condiciones impuestas por el JVP.

Durante los debates en la Comisión de Justicia e interior, se aprobó una propuesta del Grupo Socialista respecto a que la “*buena conducta*” y la existencia

343. Enmienda n.º 286 a la Ley Orgánica del Código Penal

344. Enmienda n.º 943 a la Ley Orgánica del Código Penal

345. Enmienda n.º 287 a la Ley Orgánica del Código Penal

346. Enmienda n.º 288 a la Ley Orgánica del Código Penal

347. Enmienda n.º 288 a la Ley Orgánica del Código Penal

*“de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el JVP estime convenientes”*³⁴⁸. Este acertado criterio es suprimido por la LO 7/2003 que establece que este informe debe ser el elaborado por la Junta de Tratamiento del establecimiento penitenciario, tratando de suprimir la facultad del JVP para solicitar los informes que estime convenientes, competencia que sigue teniendo para mejor valorar la aprobación o denegación de la libertad condicional.

Una vez aprobada la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la regulación de la libertad condicional ha sido la misma hasta la LO 7/2003 de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que modifica ampliamente la regulación de aquélla, como veremos a continuación.

2. Concepto

La libertad condicional es el *cuarto* o último grado del sistema de individualización científica del sistema penitenciario español. Este grado es el más rígido en cuanto a requisitos para su aplicación pues requiere haber cumplido un mínimo de tiempo de condena, 2/3 ó 3/4 de la misma (art. 90 y 91 CP). Estos requisitos son mayores tras la reforma de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por la LO 7/2003, de 30 de junio que fija en el 78.3 que en el caso de penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales sólo debe quedar por cumplir una octava parte de la condena para poder obtener la libertad condicional. (Sobre una pena de 40 años tendrán que cumplir 35 años para acceder a la libertad condicional).

Por todo lo expuesto, podemos decir que la libertad condicional continúa vigente en nuestro sistema penitenciario, pero tras la LO 7/2003 se han establecido plazos más rígidos, como ya hemos visto, que la acercan más a sus orígenes dentro del sistema progresivo alejándola del de individualización científica (art. 72 LOGP).

La libertad condicional se aplica a aquellos internos que normalmente proceden del régimen abierto y supone la excarcelación anticipada para que disfruten el último período en libertad si bien sometido a controles penitenciarios y judiciales pues siguen cumpliendo la pena, y por ello continúa la relación jurídica penitenciaria con la Administración.

La libertad condicional se encuentra regulada en los artículos 90 a 93 del CP y del 192 al 201 del RP.

Para **Antón Oneca**, se trata de *“la libertad concedida a los condenados a privación de libertad en el último período de su condena, bajo la condición de observar buena conducta”*.

Según el artículo 72.1 de la LOGP, la libertad condicional es el cuarto o último grado del sistema de ejecución penitenciaria: *“Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal”*.

348. Enmienda transaccional n.º 93 a la Ley Orgánica del Código Penal

Para **Mapelli Caffarena**³⁴⁹ “se trata de algo distinto al cuarto grado, en primer lugar, porque los requisitos para su aplicación no tienen mucha relación con los criterios de progresión y regresión de grado, en segundo lugar, porque se otorga por un procedimiento también diferente, y por último, porque su contenido difiere absolutamente del régimen que se corresponde con los otros grados”.

Según **Antón Oneca** el fundamento de la libertad condicional es doble. Por un lado, sirve de estímulo para la buena conducta y enmienda del penado; y por otro, es el *punte de tránsito* entre la vida penitenciaria y la vida libre o momento en que el Estado pone a prueba la aptitud del penado para la vuelta a la sociedad y, el individuo, ante el temor de volver a estar privado de libertad, intenta regularizar su conducta en el momento más difícil al resurgir en torno a él, el conjunto de condiciones ambientales que le llevaron a delinquir.

En el mismo sentido se pronuncia el CGPJ en el informe del Anteproyecto de la LO 7/2003: “Su fundamento, según pensamiento clásico, es el de servir de estímulo para la buena conducta y enmienda del penado; y por otro, es el *punte de tránsito* entre la vida penitenciaria y la vida libre o momento en que el Estado pone a prueba la aptitud del penado para la vuelta a la sociedad. Por lo tanto, la libertad condicional es una institución que afecta a la forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad, pero no puede confundirse con la pena misma ni afecta a su magnitud. Por ello, se establece la competencia del Juez de Vigilancia sobre su otorgamiento, a diferencia de otras instituciones como la suspensión condicionada de la pena o los sustitutivos penales, cuya decisión corresponde al Juez o tribunal sentenciador”.

3. Naturaleza jurídica

Sobre la naturaleza jurídica de la libertad condicional hay varias posturas:

- Según **Heriberto Asencio Cantisán**³⁵⁰ es un beneficio penitenciario, un acto de gracia: “la observación de una buena conducta penitenciaria, aunque ello no tenga ni dogmática ni prácticamente nada que ver con la futura conducta y comportamiento en libertad, es más que suficiente para la concesión de la libertad condicional”. La expresión beneficio penitenciario no es empleada con precisión en los textos legales, la Ley Orgánica General Penitenciaria la utiliza en términos generales al referirse a competencias atribuidas a los Jueces de Vigilancia y que pueden suponer un acortamiento de la condena. En este sentido, se puede considerar como beneficio penitenciario aquellas figuras jurídicas que permiten el acortamiento de la condena (redención de penas por el trabajo e indulto), o el adelantamiento de la libertad condicional. De conformidad con el Reglamento Penitenciario de 1996, los beneficios penitenciarios vienen regulados dentro del Título VIII, capítulo II, artículos 202 a 206, entendiéndose por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la condena impuesta por sentencia firme o la del tiempo efectivo de internamiento, constituyendo por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular.

349. Mapelli Caffarena/ Terradillos Basoco. “Las consecuencias jurídicas del delito”. Pág. 145. Madrid. 1996

350. “Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional”. Revista Jurídica La Ley, tomo I. Pág. 997. Madrid. 1989

- **Tamarit Sumalla** considera que es una institución de carácter penitenciario, una circunstancia relativa a la ejecución de la pena que afecta a su forma de cumplimiento³⁵¹.
- Para **Sánchez Yllera**³⁵² se trataría de una forma de cumplir condena, siendo la última fase de la misma, y por ello el Código Penal se equivoca al ubicarla sistemáticamente como una forma sustitutiva de la pena privativa de libertad.
- Según **Rodríguez Alonso** es el último grado del sistema de ejecución de las penas privativas de libertad³⁵³.
- **Cervelló Donderis** considera que es el cuarto y último grado del sistema penitenciario español y, por tanto, no se trata de una medida de gracia, está basado en la finalidad resocializadora que da lugar a una excarcelación anticipada en la que el recluso está sometido a una serie de condiciones que ha de cumplir (...), si bien ha sufrido importantes modificaciones que ha ido perfilando su carácter inicialmente moralista hacia un objetivo claramente resocializador, de manera que ha ido alejándose de su carácter premial para acercarse más a una especie de libertad a prueba³⁵⁴.
- **Racionero Carmona**³⁵⁵ afirma que el liberado condicional sigue unido a la Administración penitenciaria por la relación de sujeción especial bajo el control de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria.
- **Landecho Velasco** y **Molina Blázquez** consideran que no resulta inadecuado que el legislador haya incluido en el Código Penal de 1995 la libertad condicional entre las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad³⁵⁶.
- Por el contrario, para **Vega Alocén** el liberado sigue cumpliendo la misma pena que cuando estaba en prisión, con la única salvedad de que ahora lo hace en libertad. Se mantiene, pues, la relación jurídica de especial sujeción que le une a la Administración penitenciaria. No se produce, por tanto, la sustitución de una pena privativa de libertad por otra de distinta naturaleza³⁵⁷.
- Para otros autores, como **Bueno Arús**, estaríamos ante un modelo de libertad a prueba³⁵⁸.
- Para gran parte de la doctrina la libertad condicional es una de las fases del sistema progresivo y es considerada como un período de cumplimiento que forma parte de la ejecución de la pena privativa de libertad.

351. "Curso de Derecho Penitenciario". Barcelona. 1996. Pág. 258

352. "Comentarios al Código Penal de 1995" Vol. I (arts. 1 a 233). Pág. 233. Coordinador Tomás S. Vives Antón. Valencia. 1996

353. "Lecciones de Derecho Penitenciario". Granada. 1997. Pág. 333

354. "Derecho Penitenciario". Valencia. 2001. Pág. 227

355. "Derecho Penitenciario y Privación de libertad". Una perspectiva judicial. Pág. 255. Madrid. 1999

356. "Derecho Penal Español. Parte General". Pág. 516. Madrid. 1996

357. "La libertad condicional en el derecho español". Pág. 11. Madrid. 2001

358. Prólogo al libro "La libertad condicional: nuevo régimen jurídico" de Renart García. Madrid. 2003. Pág. 19

- El criterio de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria más reiterado en sus periódicas reuniones, es el de que se trata de un *derecho subjetivo* del interno penado condicionado a que concurran los requisitos establecidos por la Ley.
- Es importante incluir la opinión del **CGPJ** emitida en el informe al Anteproyecto de la LO 7/2003: “*La libertad condicional reconocida en nuestro Derecho desde la Ley de 1914, es el último período en la ejecución de la pena privativa de libertad. En este sentido, el artículo 72.1 de la LOGP, declara que la libertad condicional es el cuarto o último grado del sistema de ejecución penitenciaria, y que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal*”.

El Código Penal vigente incluye la libertad condicional en el Título III “De las penas” dentro del Capítulo III “*De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad*”. En este sentido entronca con la Ley de 23 de julio de 1914, donde aparece regulada por primera vez en nuestro derecho, que en su artículo 5 la configuraba como “*medio de prueba de que el liberado se encuentra corregido*”. Pero realmente hay que entender que la libertad condicional no es una forma de sustitución de la pena sino como *una manera de ejecutar el último período de una privativa de libertad*.

Al estar regulada la libertad condicional en el Título VIII del Reglamento Penitenciario “*De la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios*” parece que ésta fuese un beneficio penitenciario, y más cuando se incluye en el mismo el adelantamiento de la libertad condicional como tal beneficio, pero como su nombre indica, el beneficio no es la libertad condicional sino la posibilidad del adelantamiento de la misma de las 3/4 a los 2/3 de la condena. Por lo cual hay que dejar bien claro que la libertad condicional no es un acto de gracia, ni un beneficio penitenciario, sino un derecho subjetivo que el interno puede alcanzar si reúne los requisitos legales para ello.

4. Regulación actual

La LO 7/2003, de 30 de junio, ha afectado a los artículos 90 y 91 del CP relativos a la libertad condicional. Según la exposición de motivos de la citada ley: “*Con esta modificación se tratan, de mejorar técnicamente los supuestos de otorgamiento de dicha libertad condicional y su adaptación a las distintas modalidades delictivas. Con la reforma se refuerza la necesidad de valorar en su conjunto todas las circunstancias antes de adoptar la decisión de conceder la libertad condicional. De este modo, el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena no es el único requisito determinante, sino que debe ser valorado junto con las demás circunstancias contempladas en el Código Penal*”. Igualmente, se introduce el criterio de la satisfacción de las responsabilidades civiles en los supuestos y en los términos previstos en el art. 72.5 LOGP. Por último, también se explicitan las circunstancias que deben considerarse a la hora de conceder la libertad condicional en los casos de delitos de terrorismo y criminalidad organizada”.

Los requisitos para la concesión de la libertad condicional están fijados en el art. 90.1 CP donde se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c) Que hayan 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 artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos 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 de la actividad terrorista y además haya 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 una 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 desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

Estos novedosos requisitos son los mismos que los recogidos en los apartados 5 y 6 del artículo 72 LOGP siendo también exigidos para el acceso al tercer grado, por lo que parece reiterativos exigirlos de nuevo para la libertad condicional; según **Télez Aguilera**³⁵⁹ sólo existen dos razones para ello:

- 1.^a- Para que a aquellos penados que accedieron al tercer grado antes de la entrada en vigor de la LO 7/2003 les sean exigidos el cumplimiento de los mismos dado que en la mayoría de los casos no los habían alcanzado anteriormente.
- 2.^a- Por si se da la circunstancia que algún penado accede al tercer grado por progresión de la Dirección General de II.PP. y sin tener cumplidos los citados requisitos y el Ministerio Fiscal no recurre dicha clasificación, entonces sólo se podría revisar de nuevo el cumplimiento de los mismos cuando se le pro-

359. "La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia". Madrid. 2003. Pág. 4

ponga la libertad condicional, y este caso el Juez de Vigilancia puede exigir la cumplimentación de los mismos para aprobarla.

Entendemos que habría que añadir una tercera razón más, puesto que la situación económica del penado puede cambiar a mejor y por tanto podría satisfacer la responsabilidad civil o, al contrario, que empeore y no pueda hacer frente a las cantidades que se comprometió cuando accedió al tercer grado. En este sentido se manifiesta **Juanatey Dorado** afirmando que, aunque su inclusión en la regulación de la libertad condicional pueda parecer reiterativa, en realidad no lo es. (...). De hecho, las circunstancias pueden variar favorablemente entre la clasificación en tercer grado y el momento de la libertad condicional³⁶⁰. Por todo lo expuesto no compartimos la opinión de **Cervelló Donderis** cuando afirma que exigir de nuevo este requisito es superfluo y reiterativo al coincidir con el necesario para el tercer grado³⁶¹.

El apartado segundo del artículo 90 establece que el JVP, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del Código Penal.

A continuación, vamos a analizar pormenorizadamente estos requisitos:

1.º- Sentenciado a pena privativa de libertad

El artículo 35 del Código Penal de 1995 establecía: “*Son penas privativas de libertad: la prisión, el arresto fin de semana y la libertad personal subsidiaria por impago de multa*”. Con la LO 15/2003, de 25 de noviembre, desaparece la pena de arresto fin semana y se instaura la pena de localización permanente, pero ésta no podrá incluirse en la libertad condicional porque aunque es pena privativa de libertad, se cumple al margen del sistema penitenciario, aunque en el caso de quebrantamiento de la citada pena cuando haya pena de prisión sí que se podría obtener la libertad condicional ya sea sola o refundida con otras penas.

Cuando son varias las penas privativas de libertad impuestas, el artículo 193.2.ª del RP, basándose en el *principio de unidad de ejecución*, establece una ficción jurídica según la cual “*Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola a efectos de aplicación de la libertad condicional*”. Esta suma de condenas es lo que se define como *refundición*, y ésta da lugar a que no se debe proponer licenciamientos definitivos de cada una de las condenas, como cabría deducir de lo establecido en el artículo 75 del Código Penal (“*Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible*”), para poder aplicar a todas ellas una libertad condicional unitaria.

El Centro penitenciario donde esté cumpliendo condena el penado formulará la propuesta de refundición de condenas cuando a la vista del expediente personal del interno pueda estimarse que ha recaído sentencia condenatoria en todas las causas que

360. “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario. N.º 9. Octubre. 2004. Pág. 12

361. “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. En prensa. Valencia. 2004. Pág. 23

tenía por juzgar. De recibirse nuevas sentencias condenatorias después de formularse la propuesta de refundición, habrá de realizarse nueva propuesta, dejando sin efecto la anterior e incluyendo las nuevas causas.

En la propuesta de refundición se relacionan las condenas impuestas en los diferentes procedimientos por orden de gravedad, con indicación del número de causa, juzgado o tribunal, cuantía de la pena impuesta y preventiva aplicable.

Conforme a lo establecido en el artículo 76.2 a) de la LOGP, al JVP le compete: *“Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores”*. Por tanto, éste es el órgano competente para aprobar la refundición. Además, esta competencia también está igualmente establecida en el artículo 90.2 CP: *“El Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados...”*. Pero a pesar de que es éste el órgano judicial competente para aprobar la libertad condicional según el 17.3 de la LOGP y el 24.1 del RP, establecen paradójicamente que es competencia del tribunal o juzgado sentenciador aprobar el licenciamiento definitivo, dándose la circunstancia que a estos últimos se les comunicará este licenciamiento cuando el penado ya ha podido estar varios años excarcelado en libertad condicional, pues lo único que se les comunica a cada uno de los jueces o tribunales sentenciadores es la aprobación de la refundición de condenas para que conste que el licenciamiento definitivo no tendrá lugar hasta el cumplimiento de todas las penas impuestas, pero no se les comunica la excarcelación en libertad condicional.

2.º- Clasificado en tercer grado de tratamiento

La LO 7/2003, de 30 de junio, ha introducido varios cambios respecto a la legislación anterior referidos a los períodos de tiempo a cumplir para acceder al tercer grado y a la libertad condicional. El art. 36.2 CP, como ya hemos visto, establece el denominado *período de seguridad*, exigiendo el cumplimiento de la mitad de la pena para acceder al tercer grado cuando ésta sea grave, es decir, superior a cinco años; si bien cabe el levantamiento de este requisito por parte del JVP si hay un informe favorable de reinserción social.

Por otra parte, el art. 78 CP determina la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador en caso de aplicación del art. 76 CP (acumulación de penas) pueda fijar que: *“Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que (...) la clasificación en tercer grado refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias”*. Aquí prima claramente el principio de prevención general y retribución.

El apartado segundo del art. 78 CP: *“Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas”*.

En el apartado tercero se establece la posibilidad de vuelta al régimen general: *“En estos casos, el JVP, 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 Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento". Si se tratase de delitos de terrorismo (...) o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable al tercer grado penitenciario, *cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.* (...). Es decir, que haya cumplido 4/5 de la condena, lo que equivale a 32 años si la pena es de 40 años.

Aquí cabe destacar una contradicción si el informe el previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social es elaborado, como debe serlo por el personal de Instituciones Penitenciarias, qué sentido tiene "oír" de nuevo a esta institución si ya se pronunció previamente.

En este caso primaría el principio de prevención especial, pero para los penados por delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales este principio es muy limitado pues aunque pueden acceder al tercer grado y a la libertad condicional lo harán con escasos períodos de tiempo pendientes por cumplir en relación con los demás penados. Por ello podemos decir que el *período de seguridad* para este tipo de penados es mucho más agravado que el del resto.

Ya hemos visto que la clasificación penitenciaria es competencia de la Dirección General de II.PP., y que frente a esta resolución administrativa se pueden interponer los correspondientes recursos ante los órganos judiciales competentes. Sólo tienen capacidad jurídica para interponerlos el penado o su representante legal y el Ministerio Fiscal, si bien la LO 7/2003, de 30 de junio, en el art. 78.3, como hemos visto permite que el Juez de Vigilancia: "En estos casos (la posible aplicación del régimen general de cumplimiento) oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes..." Por otro lado, el art. 107 RP establece que: "*Todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado adoptadas por el Centro Directivo o por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento según lo previsto en el artículo 103.7, se notificarán, junto con el informe de la Junta de Tratamiento, al Ministerio Fiscal dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de su adopción*".

En la XII Reunión de Jueces de Vigilancia se acordó respecto a este requisito: "Debe ser rechazada a *limine litis* cualquier petición de libertad condicional de un penado que no se encuentre clasificado en tercer grado en el momento de formular su solicitud, salvo en los supuestos excepcionales de enfermos graves con padecimientos incurables".

Entendemos que la práctica seguida de resolver eventuales peticiones de libertad condicional por penados clasificados en segundo grado debe estimarse que conculca la regla general del Art. 76.2 f) LOGP, precepto que supedita la clasificación en tercer grado al cauce procesal de un recurso por parte del interno. La invocación del cauce procesal del art. 76.2 g) LOGP para resolver una pretendida queja tácita contra la decisión de clasificación en segundo grado resulta improcedente, pues dicho cauce procesal no es utilizable contra decisiones de la Administración Penitenciaria para las que la LOGP previó explícitamente el cauce procesal del recurso -art. 76.2 e) y f)-, debiendo en consecuencia reputarse improcedente concentrar en un mismo expedien-

te la simultánea resolución de una clasificación que no ha sido no recurrida, objeto de una supuesta queja tácita, con la tramitación de un expediente de libertad condicional. La excepcionalidad de la libertad condicional por causa de enfermedad grave con padecimientos incurables, que tiene un tratamiento sustantivo específico, ex art. 92 CP, justifica su excepción frente a ese criterio general de estar clasificado previamente en tercer grado.

3.º- Cumplidas tres cuartas partes de la condena

En los casos de libertad condicional ordinaria la extinción de las tres cuartas partes supone el *límite mínimo* a partir del cual puede ser concedida, ya que el resto de los requisitos podrían no darse hasta un momento posterior. Es decir, que se puede aprobar la libertad condicional *en cualquier momento* dentro del período de tiempo comprendido desde el momento que el penado cumpla las 3/4 de la condena hasta que la finalice la misma. Lo habitual es, que si un penado disfruta con normalidad de permisos de salida, está en régimen abierto y tiene un buen pronóstico de no reincidencia en el delito, se le proponga la libertad condicional para que en cuanto cumpla las 3/4 partes de la condena pueda disfrutar de la misma. Ahora bien, si no se dan todas las circunstancias anteriormente citadas, habrá que esperar a que el penado las alcance, y si a lo largo de la condena no lo consigue no podrá ser excarcelado en libertad condicional.

La duración de la libertad condicional será, por tanto, como máximo, una cuarta parte de la condena o condenas refundidas.

El artículo 193 del RP recoge una serie de normas para llevar a cabo el cómputo del tiempo cumplido:

- 1.ª El tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratase de una nueva pena de inferior duración.
- 2.ª Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma (*refundición*) de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.

La LO 7/2003, de 30 de junio ha introducido en el art. 78 CP nuevos plazos para acceder a la libertad condicional:

1. “Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que (...) el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.
2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.
3. En estos casos, el JVP, 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 Penitenciarias 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 la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.” Es decir, cuando haya cumplido 7/8 de la condena, lo que equivale a 35 años cuando la pena es de 40 años.

Aquí cabe, de nuevo, destacar la misma contradicción, ya indicada, si el informe el previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social es elaborado, como debe serlo por el personal de Instituciones Penitenciarias (art. 67 LOGP) qué sentido tiene “oír” de nuevo a esta institución si ya se ha pronunciado previamente.

Respecto al informe pronóstico final, entendemos que se debe realizar de una manera suficientemente individualizada, huyendo de la recogida mecánica en el mismo de una serie de datos positivos y negativos; el pronunciamiento sobre el comportamiento futuro del penado debe ser adecuadamente motivado como reiteradamente vienen exigiendo los órganos judiciales.

4.º- Buena conducta

Al igual que los requisitos hasta ahora examinados son objetivos, la buena conducta no lo es, y, además, es un concepto jurídico indeterminado. **Tamarit Sumalla** señala que la buena conducta debe ser entendida en sentido jurídico, no moral, como equivalente a respeto a la normativa penitenciaria, concretada en la ausencia de infracciones disciplinarias o que éstas, valoradas en atención a la duración de la condena o circunstancias del interno, no revistan especial significación³⁶². Está claro que es suficiente que el penado no tenga sanciones por faltas disciplinarias graves o muy graves o que éstas ya hayan sido canceladas. Todo ello obliga a la valoración de toda la trayectoria penitenciaria del penado.

Para **Asencio Cantisán** incluso ante la comisión de faltas, un estudio individualizado del interno puede aconsejar su concesión, pues como dice **Mapelli Caffarena**, la buena conducta no ha de referirse a la conducta penitenciaria, pues la libertad condicional tiene como cometido hacer buenos ciudadanos y no buenos reclusos³⁶³. En relación con esto el artículo 195 d) del RP establece que en el expediente de libertad condicional se indicarán las “sanciones y sus cancelaciones” si las hubiere.

5.º- Pronóstico favorable de reinserción social

Este es un criterio jurídico subjetivo, a este pronóstico se refiere el artículo 67 de la LOGP: “*Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe 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*”. En este mismo sentido, el artículo 195.c) del RP establece que en el expediente de libertad condicional ha constar un “Informe pronóstico de

362. García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 97

363. Mapelli Caffarena/ Terradillos Basoco. “Las consecuencias jurídicas del delito”. Pág. 147. Madrid. 1996

integración social”, emitido por la Junta de Tratamiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la LOGP, por ello el art. 273 RP que regula las funciones de la Junta de Tratamiento en su apartado h) ordena que es obligación del citado órgano elevar al JVP las propuestas de libertad condicional.

En el derogado art. 90 3.^a CP se establecía la posibilidad que el JVP podía asesorarse para llegar a confirmar la existencia de este pronóstico por parte de otros expertos no penitenciarios, pero el día a día nos hizo ver que esto no solía ocurrir por la falta de recursos humanos que le facilitasen estos informes; por ello la LO 7/2003, de 30 de junio, ha omitido en la reforma del citado artículo esta posibilidad, pero nosotros entendemos que aún así el interno o liberado condicional puede aportar para la defensa de sus intereses los informes de los profesionales extrapenitenciarios que estime oportunos, y el JVP también puede solicitar los que considere de otros profesionales penitenciarios o no. En este sentido se pronuncia **Juanatey Dorado** afirmando que aunque esta reforma le parece razonable: “En todo caso, el JVP siempre estaría facultado para solicitar información más precisa en el caso de que lo considere necesario”³⁶⁴.

Con esta reforma, según **Tamarit Sumalla**³⁶⁵, se produce una reducción del poder de decisión atribuido a la Jurisdicción y correlativo incremento del de la Administración penitenciaria. Para este autor cabe pensar que ha hecho mella en legislador una inquietante actitud de desconfianza ante el poder judicial, lo cual es cierto pues uno de los motivos de toda la contrarreforma, como ya hemos dicho, era limitar las competencias del JVP, pero también de la Administración penitenciaria al establecer nuevos plazos y requisitos para obtener la libertad condicional que limitan la discrecionalidad de la misma.

Tras la entrada en vigor del CP de 1995, **Sánchez Yllera** se refiere a que existe la posibilidad de lo que denominó *libertad condicional condicionada*, recogida en el artículo 90.2 del Código Penal: “El Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículos 83 y 96.3 CP”.

Nada se prevé en el Código respecto a la duración de las mismas. Ante el silencio legal deberá entenderse que el JVP estará sometido tan sólo a un límite máximo, el correspondiente al resto de la pena pendiente de cumplir hasta la extinción definitiva de la misma³⁶⁶.

La nueva redacción introducida por la LO 7/2003 sustituye la remisión a las reglas de conducta del art. 105 a las de los art. 83 y 96.3 CP, lo cual permite una mayores posibilidades al incluirse algunas que no contenía el art. 105 y se mantiene la posibilidad de la aplicación de las contenidas en este último artículo. Como bien dice **Téllez Aguilera**³⁶⁷ choca que las medidas del art. 83 que tienen carácter voluntario se apliquen con imperatividad a los liberados condicionales.

364. “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario. N.º 9. Octubre. 2004. Pág. 12

365. García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 96

366. García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 105/106

367. “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”. Madrid. 2003. Pág. 5

Los Jueces de Vigilancia, tras haber resuelto favorablemente una libertad condicional, en momentos posteriores pueden fijar nuevas reglas de conducta en atención a la aparición sobrevenida de nuevos factores criminógenos, y de la evolución de la propia conducta global del liberado. Así fue acordado por unanimidad en la XII Reunión de Jueces de Vigilancia. Se basaron en que: *“Al igual que las medidas previstas en el Art. 105 CP son susceptibles de revisión, mediante cese, suspensión o sustitución, en su consideración de medidas de seguridad no privativas de libertad, se considera admisible la fijación sobrevenida de nuevas reglas de conducta, lo mismo que su cese, suspensión o sustitución, en atención a la aparición o modificación sobrevenida de nuevos factores criminógenos y de la evolución del comportamiento del liberado”*.

6.º- La satisfacción de las responsabilidades civiles

El art. 90.1 CP establece que se debe ser desfavorable el pronóstico final del art. 67 LOGP si el penado no ha satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Recordemos que este artículo exige que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; 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; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; 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. *Singularmente*, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
- d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

Para **Tamarit Sumalla**³⁶⁸ el legislador ha estado desafortunado en la plasmación legal de la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, coincidimos con esta apreciación tal y como hemos manifestado en la segunda parte de este trabajo. Como dice **Juanatey Dorado** ahora se exige que el condenado haya satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito para entender que cumple el requisito de buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social³⁶⁹. En el mismo senti-

368. García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 99

369. “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario. N.º 9. Octubre. 2004. Pág. 12

do se manifiesta **Cervelló Donderis** cuando afirma que el requisito de buena conducta y pronóstico individualizado y favorable reinserción social, no se entenderá cumplido si el penado no ha satisfecho la responsabilidad civil en los términos de la reforma del art. 72.5 LOGP³⁷⁰.

La Instr. 9/2003 ordenaba que: *“Consecuentemente con lo dispuesto para la clasificación en 3.º grado, y teniendo en cuenta que este grado es un requisito necesario para el acceso a la libertad condicional, se introduce como requisito para el acceso a dicha libertad condicional, también, la satisfacción de la responsabilidad civil en los términos vistos anteriormente, por lo que el Informe Pronóstico Final del art. 67 LOGP sólo será favorable cuando dicho requisito se cumpla, debiendo contener, al igual que ocurría en las propuestas iniciales o progresiones de tercer grado, los criterios que las Juntas de Tratamiento ponderen para entenderlo cumplido”*.

La Instr. 2/2004 que reforma la anterior citada, establece que las Juntas de Tratamiento a la hora de elevar el expediente de libertad condicional al JVP podrán proponer una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los arts. 83 y 96.3 CP, *especialmente la obligación de realizar los pagos fraccionados de responsabilidad civil a los que se hubiere comprometido*. Esta regla de conducta del pago fraccionado se puede imponer en base al art. 83.1.5º, que establece que el penado deberá cumplir *“los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”*. Está claro que es un deber el pago fraccionado de la responsabilidad civil si ha así le ha sido aprobado, pero aunque haya ese compromiso de pago aplazado, entendemos que no se podrá revocar la libertad condicional si el liberado deja de satisfacer la responsabilidad por causas ajenas a su voluntad: carecer de trabajo, circunstancias familiares de necesidad económica, etc. Recordemos que es inembargable el salario mínimo interprofesional, y que a veces el penado firma compromisos de pago muy superiores a las cantidades que realmente puede pagar para obtener el tercer grado y/o la libertad condicional.

7.º- Abandono terrorismo y colaboración con la justicia

Encontramos un antecedente el Anteproyecto de Código Penal de 1992 que su art. 93 establecía que los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena y el cómputo del tiempo para la libertad condicional en los delitos relacionado con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, se referirán siempre a la totalidad de las penas impuestas en las correspondientes sentencias. Su ubicación dentro de la regulación de la libertad condicional resulta chocante y por ello no es de extrañar que en tanto en el CP de 1995 como en la LO 7/2003 de Cumplimiento íntegro y efectivo de las penas haya sido reubicado en el art. 78 CP.

El art. 90.1 CP establece que: *“en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico favorable de reinserción social (art. 67 LOGP) cuando el*

370. “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. Valencia. 2004. Pág. 23

penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades. Todo ello podrá acreditarse mediante una 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 desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

Como vemos la redacción es muy similar al art. 72.6 LOGP que requiere para la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades. Como dice **Cervelló Donderis** el pronóstico de reinserción social exige los mismos signos de arrepentimiento y delación utilizados que para el tercer grado³⁷¹.

Respecto a los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal la Instrucción 2/2004 establece que el propio artículo 72.6 acota a las condenas impuestas por alguno de los delitos previstos en la sección 2.^a del capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal, esto es, los tipificados en los artículos 571 y siguientes de dicho Código, pero en cuanto a los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales han de entenderse con un criterio criminológico que no normativo del mismo. Consideramos contrario a derecho aplicar el criminológico sobre el jurídico puesto que puede dar lugar a situaciones conflictivas, contradictorias, y de inseguridad jurídica.

La citada instrucción reitera que a estos penados se les exige:

- Muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas.
- Y que además hayan colaborado activamente con las autoridades.

Según la Inst. 9/2003 y la Inst. 2/2004 que deroga la anterior, *“estos requisitos serán exigibles para todas las propuestas y resoluciones que se realicen con independencia de la fecha de comisión del delito o de la sentencia condenatoria, de conformidad con lo Dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, de 30 de junio”.*

Como ya hemos indicado con anterioridad, la citada Disposición, la Instr. 9/2003 y la que ha derogado a ésta última, la Instr. 2/2004, ordenan la aplicación retroactiva de normas desfavorables que afectan al derecho a la libertad y a la seguridad jurídica. En este sentido se ha manifestado la jurisdicción ordinaria: Auto de 6 de Mayo de la Audiencia Provincial de Madrid Sección Quinta; y Autos de 14 y 19 de Mayo de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Novena, todos ellos del año 2004. Por todo ello, consideramos que la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003 y la Instrucción 2/2004 deben modificarse en este apartado por violar derechos fundamentales al exigir retroactivamente requisitos que perjudican la forma de ejecución de la penas.

371. “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. Valencia. 2004. Pág. 23

Según **Tamarit Sumalla**³⁷² a los terroristas y/o miembros de bandas organizadas se les exige dos requisitos abandono de la lucha terrorista y colaboración activa con la justicia, pero no siempre estará el condenado en disposición de ofrecer información u otras formas de colaboración, pues esto puede depender según cual sea su posición en la organización. Por tanto, la falta de colaboración no impide emitir un pronóstico favorable de reinserción social como ya hemos indicado en la segunda parte de este trabajo.

5. Tipos especiales de libertad condicional

5.1. Libertad condicional anticipada

5.1.1. Anticipada a los 2/3

Tiene su origen en el art. 28 Reglamento para la aplicación del Código Penal de 1928 en los Servicios de Prisiones de fecha 24 de diciembre de 1928, que establecía que en penas de siete años en adelante la libertad condicional se podía alcanzar cuando se cumplieran los dos tercios. Con posterioridad los art. 54 y 55 del Reglamento del Servicio de Prisiones de 14 de noviembre de 1930 también reguló el adelantamiento de la libertad condicional a los dos tercios de la pena pero el Código Penal de 1932 dejó de regular esta forma de adelantamiento³⁷³ aunque se siguió aplicando, violando la jerarquía normativa, en base al citado Reglamento de 1930 que continuó vigente.

Este sistema de adelantamiento de la libertad condicional tiene su precedente en **Maconochie** pues en el citado Reglamento se establecía la posibilidad de adelantamiento en la concesión de la libertad condicional mediante la obtención de *bonos* de cumplimiento de condena a los penados que se distingan por actos extraordinarios que muestren su arrepentimiento, que tengan firmes propósitos de ser buenos ciudadanos, que hayan aumentado su cultura con propósitos fines honrados, que hayan ejecutado trabajos meritorios, o que, en momentos peligrosos, hayan ayudado a la Autoridad o a los funcionarios del establecimiento penal o que en tales ocasiones hayan realizado actos de abnegación y sacrificio. Como vemos, en los últimos motivos de concesión se acentúa el carácter *premio* de este adelantamiento.

El Anteproyecto de Código Penal de 1992 preveía este tipo de libertad condicional en su art. 90, siendo incorporada en el art. 91 del Código Penal de 1995.

La LO 7/2003, de 30 de junio, ha modificado el art. 91 CP, estableciendo que: *“Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de estar clasificado en tercer grado y tener un pronóstico favorable de reinserción social, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el JVP, 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 u ocupacionales”*.

372. García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 107/108

373. Renart García, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 44

La LO 7/2003 priva de manera definitiva, sin posibilidad de reconsideración, a los condenados por delitos de terrorismo y por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, del beneficio del adelantamiento de la libertad condicional, que se concibe como derecho de todo interno en la legislación penitenciaria. Este factor, según **Junatey Redondo**, contribuye a la inconstitucionalidad de la citada ley por vulneración del principio de igualdad -se trata de un tratamiento discriminatorio- y del principio de reinserción³⁷⁴.

El Reglamento Penitenciario de 1981 preveía un adelantamiento del período o grado de libertad condicional de hasta cuatro meses por cada año de cumplimiento efectivo que, curiosamente, se configuraba con un sentido más marcadamente *trata-mental*, pues exigía para su disfrute, además del desempeño de una actividad laboral normal, la participación en actividades de reeducación y reinserción social, de modo que el mero desarrollo de una actividad laboral no bastaba por sí solo para acogerse a este beneficio, siendo necesaria una evolución favorable de los rasgos de la personalidad del interno directamente relacionados con el delito cometido. Por ello con la entrada en vigor del art. 91 del Código Penal de 1995 se produce respecto a este beneficio un cierto decaimiento de la filosofía del tratamiento penitenciario³⁷⁵. Siendo retomado este decaimiento con la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, que potencia la participación en programas específicos de tratamiento para el adelantamiento cualificado de la libertad condicional, como veremos a continuación.

El Reglamento Penitenciario de 1996 regula el adelantamiento de la libertad condicional en el artículo 205, dentro del capítulo dedicado a los beneficios penitenciarios. Aquí, hemos de volver a insistir en que el beneficio penitenciario no es la libertad condicional propiamente dicha, sino el adelantamiento de la misma.

Respecto a su *acreditación*, el artículo 204 del RP establece que la propuesta de beneficios penitenciarios requerirá en todo caso la ponderación razonada de los factores que la motivan, así como la justificación de la concurrencia de buena conducta, trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción. Como vemos en sede reglamentaria sí que se valora la participación *tratamental*, y no sólo las actividades laborales, culturales o deportivas.

El *cómputo del tiempo cumplido* se lleva a cabo de la misma forma que el de la libertad condicional ordinaria, conforme determina el artículo 193 del Reglamento Penitenciario.

La Instr. 3/2004, de 29 de diciembre, de la Dirección General II.PP., regula un sistema de evaluación e incentivación de las actividades de los internos con el fin de ser valoradas a efectos de concesión de este beneficio. Según esta instrucción cada Centro penitenciario debe tener un catálogo en el que consten todas las actividades laborales, formativas, educativas, culturales, deportivas y las terapéuticas derivadas de programas específicos de intervención en las que puedan participar los internos.

374. "La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal". La Ley Penal. Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario. N.º 9. Octubre. 2004. Pág. 12

375. "El principio de flexibilidad en la ejecución penal". Monogr. Fiscalía. Org. 2004. Pág. 16

Debe recogerse el número de plazas, horarios y la valoración de participación del interno en las actividades citadas. La valoración de la actividad se realizará en torno a tres variables: asistencia, rendimiento y esfuerzo.

La Junta de Tratamiento es la competente para asignar las actividades a los internos. Semestralmente el citado órgano evaluará a los penados en régimen abierto, teniendo en cuenta su participación en las actividades arriba indicadas a los efectos de beneficios penitenciarios, y uno de ellos puede ser, lógicamente, el adelantamiento de la libertad condicional. La mayoría de este tipo de penados realizan sus actividades (laborales, formativas, terapéuticas, etc.) en el medio libre, fuera del centro penitenciario, por lo que se deben valorar las mismas a efectos de este adelantamiento. Cuando los penados estén en Unidades Extrapenitenciarias (art. 182 RP) se valorarán necesariamente los informes de seguimiento facilitados por estas instituciones.

Si la Junta de Tratamiento estima oportuno proponer el adelantamiento de la libertad condicional al JVP deberá remitírsela dos meses antes de la fecha de cumplimiento de las 2/3 partes de la condena, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en los arts. 90 y 91 CP.

El expediente de libertad condicional deberá contener los mismos documentos que el de la libertad condicional ordinaria (art. 195, 198 y 199 RP) y la certificación acreditativa del conjunto de actividades y calificaciones obtenidas a lo largo del período del cumplimiento de la pena.

Esta institución llamada a sustituir de alguna manera a la redención de penas por el trabajo, coexiste con ella, lo que ha dado lugar a resoluciones judiciales contradictorias sobre su aplicación a internos que cumplen condena por la legislación anterior (Código Penal de 1973) y disfrutaban del beneficio de la redención de penas por el trabajo.

Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, competentes para su aprobación, si bien en un principio (Conclusiones Provisionales de la IX Reunión, celebrada en Madrid los días 11 y 12 de abril de 1996) sostenían que el art. 91 del Código Penal sólo se aplicaría a las penas impuestas o revisadas al amparo del Código Penal de 1995; en conclusiones posteriores (Reuniones de 18, 19 y 20 de noviembre de 1996 y 27 y 28 de enero de 1997) afirman que el régimen jurídico de concesión de la libertad condicional es, en todo caso, el establecido en el Código Penal de 1995, cualquiera que sea la fecha de la comisión del hecho delictivo o de la sentencia condenatoria. Por tanto los penados en aplicación del Código Penal de 1973 podrán redimir y obtener el adelantamiento de la libertad condicional a los 2/3.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 7 de mayo y 23 de junio de 1997) “La facultad que, de forma excepcional, atribuye el art. 91 CP al Juez de Vigilancia Penitenciaria, no es un elemento de determinación o individualización de las penas. En cualquier caso, la reducción a la exigencia de dos terceras partes de la condena, por el hecho de ser facultativa, debe ser considerada objeto de una decisión que depende del “arbitrio” -en el sentido de la disposición transitoria quinta- del Juez que tiene competencia para adoptarla y, por ello sería una materia excluida de las facultades del Tribunal que decide sobre la revisión de la sentencia firme”.

5.1.2. Adelantada de forma cualificada

La LO 7/2003 ha introducido un nuevo beneficio penitenciario, la única reforma de esta ley que no se desenvuelve en el sentido del endurecimiento³⁷⁶ de las penas. No aparecía ni en el Anteproyecto ni el Proyecto de Ley Orgánica presentado por el Gobierno. En efecto el germen de esta disposición lo constituye la enmienda de modificación número 66 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU). Sin embargo se aprobó con notables modificaciones respecto a la citada propuesta.

Este beneficio permite adelantar más allá de los 2/3 la libertad condicional, es decir, viene a ser como un *adelantamiento del adelantamiento privilegiado de la libertad condicional*, está regulado en el art. 91.2 que establece que a propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de estar clasificado en tercer grado y tener pronóstico favorable de reinserción social (art. 67 LOGP), el JVP podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades laborales, culturales u ocupacionales y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

Coincidimos con la apreciación de **Renart García**³⁷⁷ de que pese a su trascendencia, nos encontramos ante un precepto farragoso y de confusa redacción. Según el citado autor el legislador incurre en una tautología puesto que se observa que de los requisitos establecidos el desarrollo continuado de actividades laborales, culturales y ocupacionales forman ya parte de los “programas de tratamiento” aludidos al final del precepto. Nosotros entendemos que no es así, y lo que pretende el legislador es que el penado participe en *programas específicos* de reparación a las víctimas, de drogodependencias o similares, eso sí siempre y cuando su tipo de delincuencia y sus carencias personales así lo aconsejen. Ahora bien, si no son necesarios estos programas específicos para lograr la rehabilitación y reinserción social del penado bastará con que realice aquellos que la Junta de Tratamiento competente le aprueben.

Valoramos muy positivamente este artículo donde se renuncia al claro componente retributivo que preside toda la LO 7/2003 y se apuesta más por la prevención especial y la rehabilitación.

La Instrucción 2/2004 ordena que este nuevo beneficio que no es aplicable a penados por delitos de terrorismo o integrantes de organizaciones delictivas, y exige para obtenerlo:

- Tener cumplida la mitad de la condena.
- Una participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación como indica el art. 91.2 CP. Entendemos que el tipo de programas especializados a que se refieren deben ser

376. García Albero/ Tamarit Sumalla. “La reforma de la ejecución penal”. Valencia. 2004. Pág. 110

377. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2004. Pág. 219/222

los regulados en el art. 116 RP (tratamiento y deshabituación de toxicómanos, para delincuentes condenados por delitos contra la libertad sexual, por violencia doméstica o similares). En este beneficio, como hemos dicho anteriormente, resurge la filosofía tratamental del antiguo Reglamento Penitenciario de 1981 y del Reglamento vigente que vincula el adelantamiento de la libertad condicional a la evolución positiva en programas de tratamiento relacionados directamente con el delito cometido.

Según la Inst. 2/2004 este nuevo beneficio consiste en adelantar la libertad condicional a los 2/3 a un máximo 90 días antes por cada año de cumplimiento efectivo de condena, y que la valoración de la procedencia de este adelanto la realizarán las Juntas de Tratamiento cuando se evalúe el seguimiento concreto de los programas que lleven aparejada esta posibilidad.

La citada instrucción indica que con el fin de poder proponer de forma justificada al JVP este nuevo beneficio, las Juntas de Tratamiento realizarán la evaluación global que con carácter semestral se llevan a cabo de los internos de conformidad con lo establecido en el apartado 6 de la Instr. 8/99. Esta instrucción ha sido derogada por la Inst. 3/2004 que regula el “Sistema de Evaluación e incentivación de las actividades de los internos” y ordena que el citado órgano calificará la dedicación y resultados acreditados en la participación en programas específicos de tratamiento o de reparación a las víctimas en una de las siguientes cuatro categorías: insuficiente, normal, destacada o excelente.

Para la definición de la pertinencia o no de los programas a efectos de su valoración para la concesión del beneficio previsto en el art. 91.2 del Código Penal se estará al criterio establecido en el art. 59 de la LOGP: deben estar dirigidos “*directamente*” a la consecución de la reeducación y reinserción social del interno, con el fin de hacer de él una persona con la intención y capacidad de vivir respetando la ley penal y subvenir a sus necesidades. En cuanto a los criterios para la calificación de su participación en una de las cuatro categorías indicadas, se atenderá a la duración del programa a lo largo del semestre, su intensidad, la dedicación mostrada por el interno así como a la evaluación de resultados obtenidos en cada caso.

La equivalencia en días de adelantamiento de la libertad condicional en la valoración global semestral de la participación en programas específicos de tratamiento o de reparación a las víctimas es la siguiente:

CALIFICACIÓN	DÍAS DE ADELANTAMIENTO
Insuficiente	0
Normal	15
Destacada	30
Excelente	45

Esta valoración semestral de la participación en actividades de tratamiento se llevará a cabo también con los internos preventivos que participen en este tipo de programas. Está claro que la participación de los preventivos en estos programas es positiva si después son condenados por delitos que guardan relación con los programas realizados.

La elevación al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de este beneficio se realizará en el momento en el que el penado haya cumplido la mitad de la condena, será preciso que reúna los requisitos generales para la obtención de la libertad condicional y, además, arroje un saldo positivo en el sumatorio de los puntos correspondientes a todas las calificaciones efectuadas.

Las propuestas que se eleven contendrán la fecha de cumplimiento de las 2/3 partes actualizada al día en el que se practica la propuesta y la posible de adelantamiento en el supuesto de que se aprobaran por el órgano judicial los días propuestos.

Por tanto es importante señalar que el adelantamiento de la libertad, que en ninguna de sus dos posibilidades acortan la pena sino el plazo para acceder a la libertad condicional, no es aplicable a los penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, no existiendo posibilidad alguna de dispensa de la citada prohibición legal.

5.2. Septuagenarios

El primer antecedente de este tipo de libertad condicional lo encontramos en el Decreto de 10 de diciembre de 1931 que indultó al resto de sus penas a todos los penados mayores de setenta años.

En el Código de 1932 no se preveía este tipo de excarcelación pero tampoco se oponía a la misma por lo cual ésta fue regulada por el Decreto de 22 de marzo de 1932 que contemplaba que podían ser propuestos para la libertad condicional los sentenciados que durante la extinción de sus condenas en los establecimientos penitenciarios cumplieren la edad de setenta años, habiendo dado pruebas de intachable conducta y ofrecido garantías de hacer vida honrada en libertad, cualesquiera que sea le período de tratamiento en que se encuentren y el tiempo que lleven extinguido de sus penas respectivas³⁷⁸.

El Decreto 2273/77, de 29 de julio, que reformó el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, en su art. 54 reguló la libertad condicional para los internos septuagenarios y los enfermos con padecimientos incurables³⁷⁹.

El Anteproyecto de Código Penal de 1992 en su art. 91 recogía la libertad condicional para los sentenciados que hayan cumplido los setenta años o los cumplan durante la extinción de la condena, así como para los enfermos muy graves con padecimientos incurables.

Establece el art. 92 CP que: *“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 haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, o, en su caso, las dos terceras podrán obtener la concesión de la libertad condicional”*. Este tipo de libertad condicional esta regulada en sede reglamentaria en el art. 196 RP.

La Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas y la Reforma Penal del año 2003 entendió que la obtención de la libertad condicional por razón de la avan-

378. Renart García, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003 Pág. 44

379. Renart García, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 50

zada edad del penado, fijada en setenta años, debía situarse en los setenta y cinco años, dado el incremento de la expectativa de vida de la población, y la constatación de delitos cometidos por personas de edad avanzada, en concreto determinadas modalidades de infracciones contra la libertad e indemnidad sexual, así como de violencia doméstica³⁸⁰. Desde nuestro punto de vista esta reforma podría parecer razonable por el argumento de la mayor expectativa de vida actualmente con respecto al año 1931 que aparece por primera vez este tipo de excarcelación, pero el legislador no llegó a introducir esta propuesta quedando vigente el art. 92 CP que deja fijada en los setenta años la posibilidad de libertad condicional pero no sólo se debe valorar la edad sino el pronóstico futuro en libertad.

Por lo que se refiere a los septuagenarios cabe destacar la STC 79/1998, de 1 de abril de 1998, referida a la libertad condicional anticipada por razón de edad, ya con la vigencia del Código Penal actual, aunque los hechos se producen con la vigencia del anterior, se centra más en analizar la fundamentación de la resolución que se recurre y, especialmente, el requisito de la legislación anterior de *“hacer vida honrada en libertad”* (hoy equivalente a pronóstico individualizado y favorable de reinserción social) que, como el resto, *tiene que concurrir* para la concesión de la libertad condicional, *“máxime tratándose de un supuesto de libertad anticipada por razón de edad, y habida cuenta de la finalidad resocializadora de la institución”*. La libertad condicional automática basada en criterio estrictamente cronológico supondría en determinados casos, una excarcelación altamente criminógena. Siendo así, el fundamento de la justicia material, admisible desde una perspectiva teórica, debe ser atemperado en la praxis si no se quiere que la edad constituya una auténtica *patente de corso* para continuar delinquiendo impunemente³⁸¹. En este sentido se pronuncia también la STC 48/1996 de 25 de marzo al señalar que lo se pretende conseguir esta norma *“es el equilibrio entre el derecho a la vida... y el de la gente a la seguridad”*. Por tanto se deben valorar ambos derechos en conflicto por parte de las Junta de Tratamiento y el JVP.

5.3. Enfermos muy graves con padecimientos incurables

Como hemos visto el primer antecedente de este tipo de libertad condicional lo encontramos en el citado Decreto 2273/77, de 29 de julio, que reformó el Reglamento de 1956.

El art. 92 CP establece la libertad condicional para los enfermos muy graves con padecimientos incurables, situación que se debe acreditar con el respectivo informe médico.

Por su parte, el artículo 196.2 del RP establece que se seguirá el mismo sistema, en cuanto al expediente de libertad condicional, que para los septuagenarios, añadiendo que cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico.

380. Villameriel Presencio, L. “La Comisión Técnica de Reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003”. Diario La Ley n.º 6010. 4/5/2004. Pág. 7

381. Renart García “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 228

Según el art. 104.4 del RP: *“los enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad”*.

Este supuesto, al igual que el de los septuagenarios, se encontraba regulado únicamente a nivel reglamentario (artículo 60 del RP de 1981), lo que suscitó variadas polémicas sobre su legalidad y su aplicación, pero al estar ya regulados en el Código Penal de 1995 esta polémica ha cesado, aunque como bien mantiene **Renart García**³⁸² la legalidad del citado art. 60 RP no contravenía el contenido sistemático del ordenamiento jurídico español, tanto en virtud del principio de igualdad y humanidad de las penas, como también en razón del art. 1 de la LOGP que en conexión con el art. 25.2 CE. En la misma línea se pronuncia **González Campo** que reconoce que aún no estando respaldada por la LOGP, lo estaba sin duda por el art. 10.1 CE, en el que la dignidad humana se proclama como derecho fundamental del orden político y de la paz social, e incluso por el art. 15 de la misma norma que prohíbe las penas inhumanas³⁸³.

Ni el CP ni el RP precisan lo que debe entenderse por enfermo muy grave con padecimientos incurables³⁸⁴. Esta situación genera inseguridad jurídica, la doctrina para paliarla se decanta por recurrir a la casuística, estableciendo la lista de enfermedades consideradas muy graves, lo cual no deja de resultar una técnica de utilidad muy limitada por el carácter abierto de las enumeraciones que establece, presentando, además el inconveniente de su periódica actualización y el riesgo de incurrir en importantes lagunas.

La Instr. 2/2004, que derogó la Instr. 9/2003, indica que: *“Al no haberse visto reformado el artículo 92 del Código Penal en lo relativo a la dispensa del requisito de cumplimiento de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras de la condena para la concesión de la libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables, debe entenderse que las propuestas y resoluciones de tercer grado formuladas sobre la base de las previsiones del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario no resultan afectadas por el período de seguridad. Y en consecuencia, pueden realizarse tales propuestas con independencia del tiempo de condena extinguido, por razones de humanidad y de dignidad personal”*. Si bien esta instrucción hace mención sólo a la libertad condicional por enfermedad grave e incurable, nosotros entendemos que en base a las mismas razones de humanidad y de dignidad debe aplicarse a los septuagenarios. Igualmente, y por similares criterios, entendemos que no es requisito necesario el haber satisfecho las responsabilidades civiles, así lo recoge la Instr. 2/2004 cuando exceptúa las propuestas a tercer grado art. 104.4 RP de las normas generales. Pero la LO 7/2003, de 30 de junio, no aclara si los requisitos para la libertad condicional se extienden también a los casos de especiales de mayores de setenta años y enfermos incurables, ya que el art. 92 CP que no ha sido reformado sólo les exime de los requisitos temporales por tanto sólo cabe entender que en ellos

382. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 222/226

383. “El principio de flexibilidad en la ejecución penal”. Monogr. Fiscalía. Org. 2004. Pág. 20

384. Aguirre Seoane. “Las enfermedades muy graves con padecimientos incurables como presupuesto para la concesión de beneficios”. Actualidad Penal. N.º 47/48. Madrid. 2002. Pág. 1244

también rigen los requisitos referentes a la responsabilidad civil y al terrorismo, pero como dice **Cervelló Donderis** lo lógico es que por razones humanitarias no se exijan en tales supuestos, pero si el Código Penal los quiere excluir debe hacerlo expresamente³⁸⁵. En este mismo sentido se manifiesta **Téllez Aguilera**³⁸⁶.

Entendemos que este tipo de excarcelación debería producirse por otra vía diferente a la libertad condicional. En este sentido se manifiesta **Vega Allocén**³⁸⁷ al afirmar que se utiliza, una institución reeducadora para lograr una finalidad humanitaria, lo que provoca desajustes constantes en la aplicación práctica de la libertad condicional. Así fue reconocido por los Jueces de Vigilancia en su XII Reunión del año 2003: “*Se insta al Gobierno a la modificación urgente del artículo 92 del Código penal, en el sentido de que, entre los requisitos para la concesión de la libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables, no se exigirá pronóstico favorable de reinserción social*”. (Criterio 24 de 1994, modificado. Aprobado por mayoría). Por todo ello algunos autores mantienen que estos supuestos deberían reconducirse al derecho de gracia.

Si la finalidad de la llamada impropia libertad condicional para enfermos incurables es de carácter humanitario y pretende sencillamente que el interno no fallezca en el establecimiento, y no constituye por ello un período de prueba para la vida futura como es el caso de la libertad condicional en general, no tiene sentido exigirle un pronóstico favorable de reinserción social, que es un requisito propio de la libertad condicional general pero que no tiene aplicación práctica en esta liberación humanitaria.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias sobre estos casos especiales de libertad condicional, respecto a los enfermos muy graves e incurables, como en la Sentencia 48/1996, de 25 de marzo de 1996. Esta sentencia que recoge el caso de un penado que sufría una enfermedad coronaria grave e incurable, ha tenido una gran repercusión sobre todo el pronunciamiento el fundamento jurídico tercero: “Como recapitulación y coda final, quede claro que tan sólo una enfermedad grave e incurable, como ésta, en *cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel* con empeoramiento de la salud del paciente acortando así la duración de su vida, aún cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado de aquélla, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal”. Según esta sentencia no es necesario que los internos sean enfermos terminales como mantienen algunos autores y la Consulta 4/1990 de la Fiscalía General del Estado. Por tanto, *no se exige para este tipo de excarcelación la existencia de peligro inminente o inmediato para la vida del recluso* sino que la finalidad de la misma es que pueda pasar el tiempo que le quede de vida en libertad por razones humanitarias y de dignidad.

Por todo ello hay que buscar el *equilibrio* entre el derecho a la vida y a una muerte digna en libertad y el derecho de los ciudadanos a la preservación de los bienes jurídicos fundamentales, es decir, a la seguridad.

385. “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. Valencia. 2004. Pág. 24

386. “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”. Diario La Ley n.º 5837. 14/8/2003. Pág. 4

387. Vega Allocén, M. “La libertad condicional en el Derecho español”. Madrid. 2001. Pág. 195

La LO 15/2003, de 25 de noviembre de modificación del Código Penal de 1995 ha afectado al procedimiento para la libertad condicional por enfermedad grave e incurable añadiendo dos nuevos apartados a su art. 92.

El nuevo apartado segundo del art. 92 CP ordena a la Administración penitenciaria que cuando se produzcan los casos previstos en los párrafos anteriores (cumplimiento de setenta años de edad o padecimiento de enfermedad grave e incurable) elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al JVP, que a la hora de resolverlo, valorará junto las circunstancias personales la dificultad de delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto. Este apartado viene a recoger a nivel legal unos criterios para valorar la capacidad criminal del penado que ya se establecían en sede reglamentaria en el art. 104.4 RP donde se determinaba que para la clasificación en tercer grado por enfermedad grave e incurable, como paso previo a la libertad condicional, la Administración penitenciaria debía hacerlo “atendiendo a la dificultad de delinquir y a su escasa peligrosidad”.

El nuevo apartado tercero del art. 92 CP establece que si el peligro para la vida del interno, a causa de la enfermedad o de la avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario el JVP podrá, previa progresión a tercer grado, autorizar la libertad condicional solamente solicitando al centro penitenciario el informe pronóstico final al objeto de poder realizar la valoración de la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad, sin perjuicio del seguimiento y control previsto por el art. 75 de la LOGP, éste establece que será la Asistencia Social Penitenciaria la competente para el control y seguimiento de los liberados condicionales excarcelados.

Este apartado tercero introduce como novedad la necesidad de informe del médico forense, con este nuevo requisito se pretende llegar a un mejor conocimiento del estado real de salud del penado, pues además de éste se debe seguir aportando el realizado por los servicios médicos del establecimiento penitenciario. De hecho se solían realizar ambos peritajes a petición del JVP, pero ahora se ha elevado a obligación legal que los dos informes se aporten antes de resolver el JVP sobre la libertad condicional.

En este apartado tercero se recoge el criterio de actuación que tienen aprobados los Jueces de Vigilancia en esta materia pues siempre defendieron que en caso de urgencia por enfermedad grave e incurable ellos mismos podían aprobar la progresión a tercer grado sin esperar la resolución de la Administración penitenciaria y la libertad condicional.

Por tanto podemos concluir que este apartado tercero establece un procedimiento especial de urgencia para cuando hay un peligro inminente para la vida, quedando los apartados primero y segundo de este art. 92 CP como regulación del procedimiento general.

Respecto a la revocación de libertad condicional por enfermedad grave e incurable en las reuniones de los Jueces de Vigilancia (1992 y 1994) llegaron la conclusión que en el caso de una eventual curación posterior del enfermo así liberado, no parece revocable el beneficio al no constituir aquélla una causa legal de revocación. Y todo ello porque para hacerlo deben producirse una de las siguientes circunstancias: comisión de un nuevo delito y/o incumplimiento de reglas de conducta.

5.4. Penados extranjeros no residentes legalmente

En principio, la legislación penitenciaria española no establece diferencias significativas entre los penados nacionales y los extranjeros, aunque es evidente que esa circunstancia supone un gravamen añadido³⁸⁸ para obtener la libertad condicional.

Con anterioridad a la LO 11/2003, de 29 de septiembre, los extranjeros en situación ilegal podían ser excarcelados para cumplir la libertad condicional en nuestro país si reunía los requisitos determinados en el art. 90 del Código Penal porque no estaban excluidos legalmente de esta posibilidad aunque se hallasen situación de *ilegalidad* en el territorio nacional ya que por el mero hecho de estar condenados y cumpliendo condena en territorio español era legal su situación hasta que finalizaba el cumplimiento de la misma³⁸⁹. Esta tendencia mantenida era en el art. 52.1 del antiguo y olvidado Proyecto de la Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de 1997: *“Los extranjeros, cualquiera que sea su situación, podrán disfrutar de la libertad condicional dentro del territorio nacional, en los mismos términos y con los mismos requisitos y condiciones que los nacionales”*.

Por tanto la Junta de Tratamiento valorando las circunstancias personales del penado podrá proponer la libertad condicional y ésta ser aprobada por el JVP para que el extranjero la disfrute en nuestro país. Al respecto los Jueces de Vigilancia tienen adoptado un criterio en sus últimas Reuniones de 1997 según el cual es posible la concesión de la libertad condicional a extranjeros cuando reúnen los requisitos necesarios para ello, aún cuando se hallen en situación de ilegalidad en territorio español y se encuentre en trámite o ya decretada la expulsión administrativa. Y ello por entender que al hallarse condenado y estar cumpliendo condena su estancia en territorio español es legal. Por lo mismo, durante la libertad condicional autorizada para cumplimiento en España, ninguna autoridad (administrativa vía legislación extranjería) o judicial (vía art. 89 CP) puede decretar la expulsión sin la autorización del JVP que la aprobó.

Un caso especial lo planean también los internos que cumpliendo una condena están sometidos a un expediente de extradición en los que se ha decretado la prisión provisional. Pese a que la responsabilidad preventiva en principio impediría la clasificación en régimen de semilibertad los Jueces de Vigilancia vienen admitiendo el acceso al tercer grado para cumplimentar el requisito necesario para incoar y aprobar la libertad condicional sometida en su ejecución a la entrega del Estado reclamante.

Ni el Código Penal de 1995, ni la LOGP regulan la libertad condicional de los extranjeros, sí lo hace, en cambio, el artículo 197.1 del RP estableciendo: *“En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha liber-*

388. Vega Alocén, M. “La libertad condicional en el Derecho español”. Madrid. 2001. Pág. 112

389. En este sentido se pronuncia Ríos Martín, J. C. “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel”. Madrid. 2004. Pág. 208-209

tad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control previstas en su legislación interna". Por tanto este tipo de libertad condicional no tiene cobertura legal³⁹⁰, lo que dificulta su aplicación. Pese a ello, algunos convenios bilaterales sobre traslado de personas condenadas prevén la posibilidad de que el condenado bajo el régimen de libertad condicional pueda cumplir dicha condena bajo la vigilancia de las autoridades del Estado de ejecución. El estado de cumplimiento adoptará las medidas de vigilancia solicitadas, mantendrá informado al Estado de sentencia sobre la forma en que se lleven a cabo y le comunicará de inmediato sobre el incumplimiento por parte del condenado de las obligaciones que éste haya asumido (artículo 16 de los Tratados sobre traslado de personas condenadas celebrados por España con las Repúblicas de Argentina, Paraguay, El Salvador y Panamá).

No obstante, según **Hernando Galán**³⁹¹, los mecanismos de control previstos por estos Tratados para los liberados condicionales que sean trasladados a su territorio, sólo se pondrán en marcha cuando se haya seguido el procedimiento previsto por el propio Convenio y no cuando, de forma unilateral, la Administración Penitenciaria española, con la autorización del Juez de Vigilancia correspondiente, haya seguido el procedimiento previsto en el artículo 197.1 del RP.

Pero no hay que confundir este supuesto de libertad condicional con la posibilidad de sustitución de la pena al cumplir las 3/4 partes de la misma según establece el art. 89.1 del CP³⁹² reformado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre sobre la seguridad ciudadana, violencia doméstica y la integración social de los extranjeros que establece que los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que *se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena*, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España...".

En estos casos, la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal, es decir, ni la suspensión ni la sustitución de la pena.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

390. Leganés Gómez, S. "La clasificación penitenciaria, los permisos de salida y extranjeros en prisión". Madrid. 2001. Pág. 176/177

391. García Albero/ Tamarit Sumalla. "La reforma de la ejecución penal". Valencia. 2004. Pág. 103

392. García Albero/ Tamarit Sumalla. "La reforma de la ejecución penal". Valencia. 2004. Pág. 103

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

La principal novedad ha sido el cambio de criterio en la facultad discrecional que hasta ahora tenían los jueces o tribunales para acordar la sustitución de la pena por la expulsión, y que desde la entrada en vigor de la citada ley convierte en obligatoria la sustitución de la pena por la expulsión en la misma sentencia, tanto en los casos de las penas privativas de libertad inferiores a 6 años, como en el caso de las penas iguales o superiores cuando el interno haya alcanzado el tercer grado o cuando haya extinguido las 3/4 partes de la condena, salvo que el juez o tribunal sentenciador motive que debido a la naturaleza del delito se tiene que cumplir la pena en nuestro país. La STS, Sala 2.^a, de fecha 8 de julio de 2004, ya se ha manifestado en contra de este tipo de sustitución automática de la pena entendiéndola que debe oírse previamente al penado.

Por otro lado, LO 11/2003, de 29 de septiembre, establece unas determinadas circunstancias que pueden *frenar* el acceso a la libertad condicional para su disfrute en nuestro país, puesto que la clasificación en tercer grado y el cumplimiento de las 3/4 de la pena suponen la sustitución inmediata de la pena por la expulsión y siendo que ambos requisitos son necesarios para obtener la misma, tan solo cuando se alcance uno de ellos se debe proceder a la sustitución de la pena por la expulsión salvo que se motive que por el juez o tribunal sentenciador que la naturaleza del delito aconseja que se cumpla en España.

En relación con la sustitución de la pena por la expulsión cuando ésta es de seis años o mayor duración al cumplir las tres cuartas partes de la misma u obtener el tercer grado (art. 89 CP), como vamos a comprobar la única similitud con respecto a la libertad condicional es la necesidad de tener cumplidas las tres cuartas partes de la condena, todo lo demás es diferente, tanto los requisitos como la autoridad judicial que la aprueba. Las tres cuartas partes de cumplimiento coinciden con el requisito exigido en el artículo 90 del CP para la libertad condicional, pero el resto los requisitos de ambas instituciones son muy diferentes:

- Para la sustitución de la pena antes era necesario oír previamente al penado, actualmente tras la reforma de la LO 11/03 no lo es (la STS 8 de julio de 2004 se pronunció en contra de este criterio). Mientras para la sustitución de la pena por la expulsión del art. 89 Código Penal la voluntad del interno no es valorada, para la libertad condicional según el art. 197.1 del RP hace falta la previa conformidad del penado.
- Para ser expulsado no importa el grado de clasificación penitenciaria, pero para obtener la libertad condicional es necesario estar, previamente, clasificado en tercer grado. Pero tras la LO 11/2003 el acceder al tercer grado supone la posible sustitución de las penas iguales o superiores a seis años por la expulsión.
- La sustitución de la pena por la expulsión sólo puede producirse cuando el penado ha cumplido las 3/4 de la condena, por el contrario, la libertad condicional puede ser aprobada a las 3/4 pero también excepcionalmente a los 2/3 según el

art. 91.1 del CP e incluso adelantarse estos dos tercios hasta 90 días por año de cumplimiento efectivo. Así pues, se produce una contradicción entre el art. 89 del CP y el art. 197.2 del RP pues aquél indica que la expulsión se podrá ejecutar a las 3/4 pero para nada se refiere a la posibilidad de que ésta se pueda producir a los 2/3, por lo tanto no tiene sentido comunicar al Ministerio Fiscal el cumplimiento de los 2/3 de la condena a efectos de sustitución de la pena por la expulsión como ordena el art. 197.2 RP. Todo lo expuesto es ratificado en la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado en la que se expone que si bien el art. 197.2 del RP hace referencia a los 2/3 de la condena, razones de jerarquía normativa y sistemática legal hacen que este artículo carezca de virtualidad, pues el art. 89.1 del CP exige como condición legal el cumplimiento de los 3/4 de la condena.

- Al producirse la expulsión, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años contados desde la fecha de su expulsión. Si regresare antes de dicho término cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas. No obstante, si fuere sorprendido en la frontera, será devuelto por la autoridad gubernativa, y el plazo de prohibición de entrada a nuestro país comenzará a contar de nuevo desde el principio. Pero cuando se produce la excarcelación por libertad condicional, una vez finalizado el tiempo de cumplimiento de la misma el extranjero puede volver a España sin necesidad de esperar un plazo de tiempo superior pues no hay medida por la que tenga prohibido el regreso si reúne los requisitos legales; ahora bien si regresa a nuestro país durante el período de libertad condicional podrá ser revocada la misma por el Juez de Vigilancia, según determina el art. 92 CP y el art. 201.2 del RP, al incumplir la obligación de disfrutarla en su país de origen o residencia y deberá reingresar en prisión para cumplir el tiempo que le falte hasta cumplir íntegramente la condena.
- La expulsión supone la desaparición de la pena y de los antecedentes penales una vez transcurrido el plazo que se le haya impuesto de no retorno, pero la excarcelación por libertad condicional supone que no se cancelarán sus antecedentes penales hasta que pase el plazo establecido en el art.136 del CP.
- La sustitución la aprueba el Juez o Tribunal sentenciador, la libertad condicional la aprueba el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Una vez recibido el expediente de libertad condicional en el Juzgado de Vigilancia, informa el Ministerio Fiscal y el Juez dictará resolución en forma de Auto, recurrible en reforma, ante el mismo Juzgado, y en apelación, ante el Juzgado o Tribunal sentenciador. También podrá interponerse recurso de queja, en los casos de no admisión de recurso de apelación.

Aunque **Racionero Carmona**³⁹³ entendía que debía primar el Auto de libertad condicional sobre cualquier otro de expulsión o sustitución de la pena, la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado ordena: “*Acordada la expulsión por el Juez o Tribunal sentenciador, deberá procederse al archivo del expediente de libertad con-*

393. “Derecho Penitenciario y Privación de Libertad. Una perspectiva judicial”. 1999. Madrid. Pág. 275

dicional si se hubiere llegado a incoar, pues la decisión de sustitución de la pena suspende su ejecución y determina el fin de la intervención penitenciaria sobre el reo, sin perjuicio de reestablecer su cumplimiento si luego el extranjero quebranta la prohibición de regreso al territorio español como establece el art. 89.2 CP”.

Ahora bien, hay que dejar claro que este archivo también sólo debe producirse si la libertad condicional se está tramitando, pero sí ya ha sido aprobada para el disfrute de la misma en España ninguna Autoridad puede proceder a la expulsión del extranjero sin autorización del Juez de Vigilancia que la decretó (Conclusión Jueces de Vigilancia de 1997).

Según la Instrucción 14/2001 de la DGIIPP cuando esté próximo el cumplimiento de las 3/4 partes o en su caso de las 2/3 partes conforme a los artículos 192 y siguientes del Reglamento Penitenciario se elevará el expediente de libertad condicional del interno extranjero al Juez de Vigilancia Penitenciaria que incluirá la petición expresa del interno.

Con el fin de que el interno salga efectivamente del territorio nacional, se solicitará del JVP, en el expediente de libertad condicional, que autorice las medidas de control necesarias para garantizar la salida efectiva. Normalmente este control es policial.

Una vez autorizada por el Juez de Vigilancia la posibilidad de cumplimiento en su país de residencia, se remitirá copia inmediata de la resolución a la Delegación del Gobierno o Subdelegación del Gobierno respectiva, solicitando, si el Juez así lo establece, que se dispongan las medidas necesarias tendentes a asegurar la salida efectiva del territorio nacional del penado.

6. Procedimiento de la libertad condicional

6.1. Iniciación

Según el artículo 194 del RP es la Junta de Tratamiento la que deberá iniciar la tramitación del expediente de libertad condicional, una vez comprobado que el interno reúne los requisitos legales, y con la suficiente antelación para que no sufra retrasos su concesión. El acuerdo de iniciación del expediente deberá constar en el acta de la sesión de la Junta de Tratamiento en la que se produzca.

En el expediente de libertad condicional deben constar los documentos que establece el artículo 195 RP:

- a) Testimonio de sentencia o sentencias recaídas y de las correspondientes liquidaciones de condena.
- b) Certificación acreditativa de los beneficios penitenciarios y de la clasificación en tercer grado.
- c) Informe pronóstico de integración social.
- d) Resumen de situación penal y penitenciaria, con indicación de las fechas de prisión continuada y de las de cumplimiento de las dos terceras partes y tres cuartas partes de la condena, así como la fecha de libertad definitiva. Igualmente se indicarán los permisos de salida disfrutados y sus incidencias,

así como las sanciones y sus cancelaciones, para lo cual se podrá aportar copia de los ficheros informáticos penitenciarios.

- e) Programa individual de libertad condicional y plan de seguimiento. Elaborado por la Junta de Tratamiento, como continuación del modelo de intervención de penados (artículo 200.3 del R. P).
- f) Acta de compromiso de acogida por parte de su familia, persona allegada o instituciones sociales extrapenitenciarias.
- g) Manifestación del interesado sobre la localidad en que piensa fijar su residencia y sobre si acepta la tutela y control de un miembro de los servicios sociales del Centro, que informarán sobre las posibilidades de control del interno. En la fijación de la residencia se habrá de tener en cuenta la prohibición de residir en un lugar determinado o de volver a determinados lugares que, en su caso, hubiera impuesto el Tribunal.
- h) Manifestación del interesado sobre el trabajo o medio de vida de que dispondrá al salir en libertad o, en el supuesto de que no disponga, informe de los servicios sociales sobre posibilidad de trabajo en el exterior. Este documento no es necesario que se contenga en los expedientes relativos a septuagenarios o enfermos muy graves con padecimientos incurables. Lo que sí habrá que aportar es un informe social en el que constará, en su caso, la admisión del interno por alguna institución o asociación cuando éste carezca de vinculación o apoyo familiar en el exterior. Cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables se incluirá el informe médico acreditativo de la enfermedad, así como de la gravedad irreversible de la misma. En el caso de septuagenarios se acreditará la edad del interno mediante la certificación de nacimiento del mismo o, en su defecto, por cualquier medio de prueba admitido en derecho (artículo 196.3 RP).
- i) Certificación literal del acta de la Junta de Tratamiento del Establecimiento en la que se recoja el acuerdo de iniciación del expediente donde, en su caso, se propondrá al Juez de Vigilancia la aplicación de una o varias *reglas de conducta* previstas en el artículo 105 del Código Penal. Tras la reforma de la LO 7/2003 establece la Inst. 2/2004 que es preciso hacer referencia al hecho de que las Juntas de Tratamiento, al elevar el expediente al Juez de Vigilancia, podrán proponer una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los arts. 83 y 96.32 CP. La citada Inst. 2/2004 ha reformado la Inst. 9/2003 añadiendo que se puede incluir en el expediente de libertad correspondiente como regla de conducta el pago fraccionado de la responsabilidad civil si el penado se hubiese comprometido al mismo.
- j) Respecto a la satisfacción de la responsabilidad civil la Inst. 2/2004 mantiene el mismo criterio que la Inst. 9/2003 estableciendo: *“Consecuentemente con lo dispuesto para la clasificación en 3.º grado, y teniendo en cuenta que este grado es un requisito necesario para el acceso a la libertad condicional, se introduce como requisito para el acceso a dicha libertad condicional, también, la satisfacción de la responsabilidad civil en los términos vistos anteriormente, por lo que el Informe Pronóstico Final del art. 67 LOGP sólo será favorable cuando dicho requisito se cumpla, debiendo contener, al igual que ocurría en las propuestas ini-*

ciales o progresiones de tercer grado, los criterios que las Juntas de Tratamiento ponderen para entenderlo cumplido”. Es lamentable que se hayan mezclado requisitos objetivos con pronóstico de futuro, pues está claro que el que un penado haya satisfecho la responsabilidad civil no indica menor riesgo de reincidencia en el delito que el que no lo haya hecho, y viceversa. Entendemos que es adecuado que se intente que se satisfaga la responsabilidad civil pero lo que no consideramos correcto es que se tenga que vincular dicha satisfacción a la emisión del informe final del art. 67 LOGP. Estimamos adecuada la modificación de la citada Inst. 2/2004 que flexibiliza la forma de satisfacción de la responsabilidad civil designando a la Junta de Tratamiento como el órgano que debe realizar la valoración del compromiso de pago por parte del penado durante el cumplimiento de la pena.

- k) En caso de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales son necesarios los informes sobre el abandono de la lucha terrorista y colaboración con la justicia como establece el art. 90 CP. La Inst. 2/2004 no modifica la Instrucción 9/2003 estableciendo que son requisitos necesarios para acceder a la libertad condicional la muestra de signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, así como la colaboración activa con la justicia. Por tanto, el cumplimiento de estos requisitos y los criterios utilizados para su constatación deberán figurar expresamente en las propuestas de libertad condicional.

6.2. Remisión al Juez de Vigilancia

Finalizado el expediente, la Junta de Tratamiento lo elevará al JVP, haciendo constar los certificados e informes necesarios para acreditar la existencia de los requisitos legales y, en su caso, propuesta razonada de autorización de la libertad condicional (artículo 198.1 del RP).

Una vez recibido el expediente de libertad condicional en el Juzgado de Vigilancia, informa el Ministerio Fiscal y el Juez dictará resolución en forma de Auto, recurrible en reforma, ante el mismo Juzgado, y en apelación, anteriormente ante la Audiencia Provincial que corresponda por la ubicación del Centro Penitenciario, pero tras la LO 5/2003, de 27 de mayo, ante el Juez o Tribunal sentenciador como se determina en la Disposición adicional quinta apartado segundo de la LOPJ las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado.

En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.

También podrá interponerse recurso de queja ante el tribunal sentenciador, en los casos de no admisión de recurso de apelación. Según la citada LO 5/2003, de 27 de mayo, si uno de los tribunales sentenciadores es la Audiencia Nacional o un Juzgado Penal Central asume la competencia para resolver el recurso de apelación y queja la

propia Audiencia Nacional con exclusión de lo demás órganos sentenciadores; con lo cual los Juzgados Penales Centrales nunca conocerán de este tipo de recursos.

Con anterioridad a la LO 5/2003 el Tribunal Supremo, en base al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 28 de junio de 2002, en *Sentencia de 9 de julio de 2002* aplicó por primera vez este criterio de que los recursos contra las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en cuestiones de clasificación del penado, en la medida que interesan directamente al régimen de ejecución de la pena, es decir, a la ejecución de lo juzgado (art. 117.3 CE y art. 3, 1 y 2 CP) son competencia del tribunal sentenciador. Y si esto ha de ser así con carácter general, más cuando la resolución de que se trate pueda llevar consigo *la libertad condicional* y, por consiguiente, la eventual aplicación de medidas de las previstas en el art. 105 CP (actualmente también las de los artículos 83 y 96.3 CP).

La LO 7/2003, de 30 de junio, ha introducido en la Disposición adicional quinta un nuevo apartado quinto estableciendo el efecto suspensivo del recurso de apelación añadiendo un nuevo apartado 5 a la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción: *“Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera (...) a la 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”*.

Es importante destacar que el citado precepto se refiere a delitos graves, y en el art. 33 CP de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el Código Penal de 1995, se entiende por delitos graves los que tienen una pena superior a cinco años.

Aquí conviene recordar que también cabe en esta materia recurso de casación para unificación doctrina. Es nuevo recurso ha sido introducido por la LO 5/2003, de 27 de mayo, en el apartado séptimo de la Disposición Adicional quinta: *“Contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada”*. Baste aquí recordar que no cabe este nuevo recurso cuando el sentenciador sea un Juzgado de lo Penal, pero sí cuando lo es un Juzgado Penal Central porque en este caso no resuelve él mismo el recurso de apelación sino una Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Las resoluciones recaídas en materia de libertad condicional son susceptibles de recurso ante el Tribunal Constitucional (STC. n.º 73/1983, de 30 de julio), así como ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

6.3. Excarcelación

Establece el artículo 199.1 RP que una vez recibida en el Establecimiento la resolución judicial de poner en libertad a un penado, el Director la cumplimentará, remitiendo copia al Centro Directivo y dando cuenta a la Junta de Tratamiento en la primera sesión que celebre.

Según el art. 199.3 RP si el auto de libertad condicional se recibiera antes de la fecha de cumplimiento de las tres cuartas partes, no se ejecutará hasta el mismo día de cumplimiento.

Si en el tiempo que media entre la elevación al JVP y la fecha de cumplimiento el penado observase mala conducta, se modificase su pronóstico o se descubriera algún error o inexactitud en los informes aportados en el expediente, el Director dará cuenta inmediata al Juez de Vigilancia a fin de que éste adopte la resolución que proceda (art. 199.4).

7. Control del liberado condicional

El artículo 200 del RP regula como debe ser el seguimiento y control de los liberados condicionales, hasta el cumplimiento total de la condena o, en su caso, hasta la revocación de la libertad condicional:

1. Para su adecuado seguimiento y control, los liberados condicionales se adscribirán al Centro penitenciario o al Centro de Inserción Social más próximo al domicilio en que vayan a residir.
2. El seguimiento y control de los liberados condicionales, hasta el cumplimiento total de la condena o, en su caso, hasta la revocación de la libertad condicional, se efectuará por los servicios sociales penitenciarios del Centro al que hayan sido adscritos, con arreglo a las directrices marcadas por la Junta de Tratamiento correspondiente.
3. Con este fin, la Junta de Tratamiento, como continuación del modelo de intervención de los penados, elaborará un programa individualizado para el seguimiento de los liberados condicionales que se adscriban al Centro penitenciario, que será ejecutado por los servicios sociales del mismo.
4. Las reglas de conducta que imponga, en su caso, el Juez de Vigilancia se incorporarán al programa a que se refiere el apartado anterior.
5. Los informes que soliciten las Autoridades judiciales y los órganos responsables del seguimiento y control de los liberados condicionales se realizarán por los servicios sociales penitenciarios del Centro correspondiente.

Todos estos tipos de controles están regulados en las Instrucciones 7/1998 y la 4/2000 de la Dirección General II.PP. Pero el Defensor del Pueblo en sus informes anuales, entre otros en el del año 2001, pide que *“se efectúe un seguimiento real y eficaz en los casos de libertad condicional”*, ya que estos controles actualmente son puramente formales, consistentes en entrevistas y firmas rutinarias. Por ello consideramos que no existe *“vigilancia real y eficaz”* sobre estos liberados. Esto es debido a la falta de perso-

nal cualificado para llevar a cabo esta vigilancia, pues el personal que trabaja en los Servicios Sociales Penitenciarios son en su mayoría trabajadores sociales cuyas funciones son las propias de su titulación académica, pero no la de vigilancia de los exreclusos. Con lo cual debemos de plantearnos la necesidad de la creación de un puesto de trabajo que debería asumir tareas no sólo tratamentales sino de control y seguimiento eficaz. A esta figura en otros países se le denomina *agente de libertad condicional* o similar.

Para **Gómez Hermoso** el control del liberado condicional debe ser realizado por los Servicios Sociales Penitenciarios del Centro Penitenciario o Centro de Inserción Social al que hayan sido inscritos y más próximos al lugar de residencia del liberado, así como por el Equipo del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria cuando haya sido expresamente dictado en el auto judicial la realización del seguimiento por parte de dicho Equipo, sí así lo estima conveniente el Juez, fundamentalmente en lo referente a las reglas de conducta ya mencionadas.

Estamos de acuerdo con **Renart García**³⁹⁴ cuando afirma que es posible la aplicación de medios electrónicos para controlar a los liberados condicionales por analogía con el art. 86.4 RP que permite este tipo de control para determinados penados que están clasificados en tercer grado. Esta aplicación es posible como una regla de conducta que se puede imponer al liberado en base su programa de tratamiento. Consideramos que debería ser obligatoria para determinados tipos de delincuentes como agresores sexuales, maltratadores en el ámbito familiar, etc. En esta línea se han reformado varios artículos del Código Penal por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referidos al control por medios electrónicos de los maltratadores en el ámbito familiar y a la pena de localización permanente.

8. Revocación de la libertad condicional

Del análisis del Derecho comparado se desprende que, salvo excepciones muy puntuales, la mayoría de legislaciones coinciden en atribuir eficacia revocatoria a la comisión de nuevo delito y el incumplimiento de reglas de conducta, condiciones o deberes impuestos. Algunas recogen que la causa de revocación debe ser por delito doloso y no imprudente, por ello **Renart García**³⁹⁵ propone con buen criterio que se reforme el art. 93 para que recoja la necesidad de que el delito deba ser doloso.

El art. 93.1 del CP establece que: *“El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el liberado delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el JVP revocará la libertad condicional concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional”*.

La LO 7/2003, de 30 de junio establece un nuevo apartado segundo referido a la revocación de la libertad condicional por incumplimiento de reglas de conducta a los terroristas liberados condicionales, estableciendo que: *“En el caso de condenados por*

394. Renart García “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 289

395. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 265/264

delitos de terrorismo el JVP podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional, y si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el JVP revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda”. Por tanto, en estos casos se prevé en el nuevo apartado tercero que el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional. Este tipo de revocación tiene su antecedente en el Reglamento penitenciario de 1930, siendo con posterioridad regulada en el Código Penal de 1973. Es necesario indicar que este tipo de revocación no es aplicable a los condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones delictivas, es la única diferencia respecto a los penados por terrorismo; no entendemos el porqué si ambas tipologías delictivas atentan gravemente contra la seguridad del Estado. En este sentido se manifiesta **Téllez Aguilera** al afirmar que no se alcanza a ver la razón de ello³⁹⁶.

La Inst. 2/2004 mantiene lo establecido en la Inst. 9/2003 recordando: “la novedad introducida en la nueva normativa para los supuestos de revocaciones de libertad condicional en el caso de internos condenados por delitos de terrorismo que, a diferencia del resto, llevan aparejada la automática pérdida del tiempo pasado en libertad como cómputo del tiempo de condena extinguido”. Esta medida tiene su antecedente más lejano en el Reglamento penitenciario de 1930 y el más próximo en el Código Penal de 1973 que establecía que en caso de nuevo delito el liberado condicional debería cumplir la condena sin computarse el tiempo pasado en libertad condicional. Compartimos la opinión de **Juanatey Dorado** al afirmar que esta reforma parece de todo punto rechazable porque el tiempo transcurrido en libertad condicional es tiempo de condena ya cumplida y no resulta admisible que una decisión de revocación, por ejemplo, por inobservancia de las reglas de conducta impuestas, pueda tener semejante alcance, y menos aún, sólo para determinada clase de liberados condicionales³⁹⁷. Como dice **Cervelló Donderis** tal discriminación no encuentra justificación objetiva alguna, más que el envilecimiento en la ejecución penal de este tipo de delitos³⁹⁸. Por ello consideramos que esta medida es inconstitucional en base al derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución.

Por tanto cuando en el período que dure la libertad condicional el liberado volviere a delinquir o inobservara las reglas de conducta impuestas, en su caso, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, podrá ser revocada la libertad condicional.

Por lo que se refiere a la revocación de la libertad condicional por la comisión de nuevo delito, cabe señalar que será necesario la existencia de una sentencia penal condenatoria firme, ya que no es posible la atribución a una persona de los efectos de la comisión de un delito hasta tanto no haya sido ejecutoriamente condenado por el

396. “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”. Diario La Ley. N.º 5837. 14/8/2003. Pág. 5

397. “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario. N.º 9. Octubre. 2004. Pág. 13

398. “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. Valencia. 2004. Pág. 24/25

mismo. Mientras esto ocurre, el principio de presunción de inocencia impide la revocación de la libertad condicional por esta causa.

Las causas de revocación también están reguladas en el artículo 201 RP: *“El período de libertad condicional durará todo el tiempo que falte al liberado para cumplir su condena siempre que durante el mismo observe un comportamiento que no dé lugar a la revocación del beneficio y reingreso en Establecimiento penitenciario.*

Si en dicho período el liberado volviera a delinquir o incumpliese las reglas de conducta impuestas, en su caso, por el Juez de Vigilancia, el responsable de los servicios sociales lo comunicará, con remisión de cuantos datos puedan ser útiles, a éste para la adopción de la resolución que proceda respecto a la revocación de la libertad condicional”.

Delinquir ha de entenderse como comisión de nuevo delito. Es necesaria sentencia condenatoria firme, en base al principio de presunción de inocencia. Ha de tratarse de comisión de un delito y no de una falta. Gran parte de la doctrina señala la necesidad de diferenciar legalmente entre delito doloso e imprudente, considerando que éste último no debería dar lugar a la revocación³⁹⁹.

El incumplimiento de las reglas de conducta, las cuales deben constar expresamente recogidas en el programa de seguimiento, tiene que ser valorado de forma objetiva. No se requiere sentencia firme que establezca la inobservancia de las reglas de conducta, pues la apreciación de su observancia o no, corresponde al JVP al dictar la resolución que decreta o no, la revocación de la libertad condicional.

Mientras que **Manzanares Samaniego** defiende que incumplimiento de una de las reglas de conducta debe equivaler a revocación automática de la libertad condicional en atención a lo expuesto en el art. 93 CP, **Serrano Butragueño** entiende que el JVP debe valorar las circunstancias concretas del incumplimiento, y que sólo procede la revocación en caso de incumplimiento reiterado. No cabe duda que el JVP puede ir sustituyendo unas reglas de conducta por otras dependiendo de la evolución del penado.

Desde nuestro punto de vista, el legislador debería sustituir los criterios imperativos del art. 93 por potestativos que permitan al JVP cambiar una regla de conducta por otra y recoger la posibilidad de no revocación por tan sólo un incumplimiento dejando tal decisión en la discrecionalidad del citado órgano para que valore cuando procede verdaderamente la revocación por inobservancia de las reglas de conducta.

Una novedad del Código Penal de 1995 fue establecer que no procede la pérdida del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional, pues en el Código anterior la reincidencia en el delito llevaba aparejada la pérdida del período pasado en libertad condicional, pretendiendo con ello salvaguardar el efecto retributivo de la pena. Como ya hemos visto, la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, ha reintroducido la citada pérdida para los penados por delito de terrorismo, no así de los que cometieron el mismo en el seno de una organización criminal, pero ampliándolo tanto a la comisión de nuevos delitos como al incumplimiento de las reglas de conducta o condiciones impuestas, lo que supone una violación del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

399. Renart García. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003. Pág. 251

8.1. Procedimiento

Si en el período de libertad condicional se produjera la comisión de un nuevo delito o inobservancia de las reglas de conducta, el responsable de los servicios sociales lo comunicará al JVP, con remisión de cuantos datos puedan ser útiles para la resolución que proceda (artículo 201.2 RP).

El JVP deberá oír al liberado condicional, quien podrá ser asistido de abogado.

Completado el expediente se enviará al Ministerio Fiscal para que emita informe y, posteriormente, el JVP dictará resolución en forma de Auto, contra el que cabrá interponer recurso de reforma, apelación y queja, conforme a lo establecido en la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el caso de que se produzca la revocación, el penado reingresará en prisión y se le aplicará el régimen ordinario, hasta que la Junta de Tratamiento proceda nuevamente a su clasificación, según establece el artículo 201.3 del Reglamento Penitenciario.

Una materia no pacífica es la del derecho a disfrutar de nuevo de libertad condicional por la causa ya revocada o refundida con nuevas causas cometidas estando en dicha situación:

- a) Hay criterios que mantienen la negativa a refundir condenas revocadas con aquéllas que fueron cometidas estando en libertad condicional. Defienden que deben licenciarse definitivamente las causas revocadas sin que haya derecho a ser excarcelado de nuevo en libertad condicional, aunque sí podrá disfrutarla por las nuevas causas cuando cumpla las 2/3 ó 3/4 de la condena si reúne los requisitos legales necesarios. Éste es el criterio mantenido por la Dirección General de II.PP. en su Instrucción 19/96 de 16 de diciembre sobre oficinas de régimen, cumplimientos de condena y régimen disciplinario. La Audiencia Provincial de Valencia se ha pronunciado varias veces en este sentido. Con posterioridad la Dirección General de II.PP. ha aclarado la citada instrucción indicando que sí es posible una nueva libertad condicional por causas en las que les fue revocada la libertad condicional.
- b) Otros criterios defienden la inexistencia de impedimentos legales para disfrutar de nuevo de libertad condicional tras una revocación. Esta postura es acorde con la mantenida en la Reunión de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 1997, defendida por **Racionero Carmona**⁴⁰⁰ y aplicada por los Jueces de Vigilancia, como el de Castilla-La Mancha (Auto 6 de febrero de 1997), dado el carácter evolutivo y flexible del sistema de individualización científica separado en grados establecido en el citado art.72 de la LOGP. Esta postura es la que consideramos más ajustada a nuestro sistema de individualización científica basado en la evolución de la personalidad del penado directamente relacionada con la actividad delictiva, que puede ser positiva después de una revocación. Por ejemplo, el toxicómano que después de ser revocada su libertad condicional se rehabilita y no existe peligro de reincidencia en el delito, según

400. "Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial". Madrid. 1997

el artículo 72.4 LOGP: “*En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión*”.

En la XII Reunión de Jueces de Vigilancia acordaron por mayoría: “*Cabe disfrutar una segunda o ulterior libertad condicional en causas con libertad condicional revocada en función de la evolución tratamental del penado, y, por ello, son refundibles con las causas en las que se disfrutó libertad condicional, las causas sobrevenidas, sean por hechos anteriores o posteriores a la salida en libertad condicional*”.

Por otra parte, siendo requisito imprescindible para la refundición de condenas del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario que las mismas no estén licenciadas, esto es, que se estén cumpliendo, sólo cabe refundir una causa en que ya se ha aprobado la libertad definitiva si dicha aprobación se deja sin efecto de forma previa para posibilitar la ulterior refundición. De ahí que el conocimiento de la queja contra la propuesta de licenciamiento definitivo independiente de una causa o causas con libertad condicional revocada y/o en demanda de que se refundan con la condena que dio lugar a la revocación u otras posteriores, se atribuya al mismo JVP que conoce de la ampliación de la refundición, al estar indisolublemente unidas ambas decisiones.

9. Supuestos especiales

a) La suspensión de la libertad condicional

La suspensión de la libertad condicional no se regula en la legislación española, es pues una institución creada por los operadores jurídicos para cubrir una necesidad práctica⁴⁰¹. Se produce en aquellos supuestos en que no procede su revocación pero en los que los Jueces de Vigilancia deben tomar alguna decisión al respecto al surgir alguna circunstancia que impide que la libertad condicional se siga disfrutando con normalidad en el caso de que al ser considerado el liberado presunto autor de la comisión de nuevo delito durante la misma y no haber todavía sentencia firme al respecto se le decreta prisión provisional.

Por tanto cuando el liberado condicional reingresa habiéndose decretado prisión preventiva esta situación habrá de ser comunicada al JVP, que puede decretar la *suspensión* de la libertad condicional hasta que recaiga sentencia condenatoria (en cuyo caso procedería la revocación) o se produzca la libertad provisional.

En este último supuesto hay que tener en cuenta que según lo establecido en el art. 104.2 del RP: “*Si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al Centro Directivo*”, matizado por lo establecido en el apartado 3.6 de la Instrucción 20/96, sobre clasificación y destino de penados, que establece que cuando el interno se encontrara disfrutando de libertad condicional e ingresara en prisión con una responsabilidad preventiva, no se efectuará acuerdo de suspensión (de clasificación) hasta que el JVP dicte acuerdo de revocación.

401. Vega Alocén, M. “La libertad condicional en el Derecho español”. 2001. Madrid. Pág. 109

Por tanto si se decreta la libertad provisional y el JVP no ha dictado Auto de suspensión, el interno volverá a ser excarcelado en libertad condicional retrasando la libertad definitiva el tiempo que permaneció en prisión preventiva.

A juicio de **Racionero Carmona**, es muy difícil defender la vigencia de la suspensión de la libertad condicional porque el principio de legalidad debe ser de aplicación estricta y rigurosa en el Derecho penal⁴⁰².

El Proyecto de Ley 121/000038 orgánica del procedimiento de actuación ante los Juzgados de Vigilancia de 29 de abril de 1997 en su artículo 49 sí recogía esta figura de la suspensión como una medida cautelar estableciendo que: “*en cualquier momento el JVP, mediante auto, podrá decretar de oficio, o a instancia de parte, la suspensión cautelar de la libertad condicional si apreciase la concurrencia de circunstancias que pudieran dar lugar a la revocación, o cuando el liberado reingrese en prisión por condena impuesta por hechos anteriores a la aprobación de la libertad condicional. Contra dicho auto no cabrá recurso alguno. Acordada la suspensión, practicará las pruebas necesarias y en el plazo más breve posible dictará auto revocando la libertad condicional, alzando la suspensión o adoptando la medida cautelar que proceda*”.

Es de lamentar que la LO 7/2003, de 30 de junio, que ha modificado tantos los requisitos y el procedimiento de la libertad condicional no haya regulado la suspensión de la misma dejando nuevamente este vacío legal, cuando como vemos es una medida cautelar muy necesaria en la práctica penitenciaria para dar respuesta a situaciones como la expuesta y las que vamos a analizar a continuación.

b) La ampliación de la libertad condicional

La ampliación de la libertad condicional procede cuando ingresa en prisión para cumplir una causa por hechos anteriores a su salida en libertad condicional. En este caso, lo que procede es refundir la nueva condena con las que ya cumplía y calcular nueva fecha de extinción de las tres cuartas partes, o de las dos terceras partes, en su caso.

Si efectuados los cálculos anteriores resulta que el interno ha extinguido en prisión los períodos anteriores, se remitirá sin dilación al JVP nuevo proyecto de refundición y propuesta de *ampliación* de la libertad condicional a la nueva causa.

Si aún faltase un tiempo para la extinción de las tres cuartas partes, o de las dos terceras, de la nueva condena refundida procederá que el JVP *suspenda* la libertad condicional hasta la fecha de su cumplimiento.

En el caso de internos que accedieron a la libertad condicional por enfermedad grave o por septuagenarios, al no ser necesario el requisito temporal, lo procedente sería proponer de forma inmediata la *ampliación* de la misma a la nueva causa.

El criterio de actuación n.º 28 de la novena reunión de los Jueces de Vigilancia, celebrada los días 11 y 12 de marzo de 1996 establece que: “*la suspensión de la libertad condicional será acordada por el JVP por auto motivado cuando durante el tiempo de su cumplimiento concurren circunstancias tales como el ingreso del liberado condicional en un Centro penitenciario para cumplir condena por delito anterior a su concesión*”.

402. “Derecho Penitenciario y Privación de Libertad”. Madrid. 1999. Pág. 267/268

Por todo lo expuesto consideramos muy necesario reformar la regulación actual de la libertad condicional en el Código Penal para regular la suspensión y la ampliación legal de la misma en las situaciones arriba expuestas.

10. La responsabilidad patrimonial

El art. 106.2 de la Constitución proclama: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión se consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. Como podemos comprobar este artículo no especifica que el funcionamiento sea *normal o anormal*, pero la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su art. 139 apartado primero determina que sí cabe indemnización *“siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*. Esta aclaración es muy importante para las situaciones que veremos a continuación.

El contacto del liberado condicional con el mundo exterior constituye uno de los aspectos fundamentales del tratamiento, lo que implica para la sociedad la obligación de soportar un cierto riesgo⁴⁰³.

Si el penado comete algún delito estando en libertad condicional se puede derivar responsabilidad patrimonial del Estado por el mal funcionamiento de los servicios públicos. Esto ocurre cuando se trata de casos en que se ha concedido la libertad condicional de manera irregular o se hayan omitido las medidas de control y vigilancia adecuados, en tal sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 1999, reconociendo la responsabilidad patrimonial por haber permitido la Administración penitenciaria *“la situación semilibertad sin control alguno”* de un penado clasificado en tercer grado, hallándonos ante un supuesto de funcionamiento anormal del servicio.

La Sentencia de 3 de Julio de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional también por funcionamiento anormal condena la Administración porque *“lo que no puede exigirse a los ciudadanos es que acepten como inevitable que pueden llegar a cometerse delitos, y que en esa tesitura están obligados a soportarlos sin posibilidad de resarcimiento por aquel quien ha creado esta situación de sacrificio colectivo”*.

En el mismo sentido y con mayor detalle la STS de 4 de junio de 2002 (Sala 3.^a, Secc. 6.^a) resolvió que: *“con arreglo a la conciencia social, no es adecuado que tales perjuicios sean soportados de manera individual por aquellos en quienes se concreta los resultados dañosos e inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufragó el gasto público, ya que la lesión causada al particular se asimilaría a una obligación pública (...) que, como tal, no puede gravar sobre un solo ciudadano y, por tanto, debe repartirse entre todos, a través de la correspondiente indemnización de la víctima, cuya carga definitiva, por la mecánica del impuesto, incumbe a los contribuyentes”*.

403. Renart García. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Madrid. 2003

Si bien la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de noviembre de 1997 resolvió que no existía relación de causal entre el funcionamiento administrativo y los daños ocasionados, recurrida Sala Tercera del Tribunal Supremo estimó el recurso y aún admitiendo el funcionamiento correcto y diligente de la libertad condicional condenó a la Administración en base a que los riesgos soportados deben ser asumidos por toda la sociedad en base al principio de solidaridad, porque así lo impone la función resocializadora propia de la pena que establece la propia Constitución y los compromisos internacionales asumidos por España.

Según el Consejo de Estado en su dictamen 2422/96: “*el daño siempre sería atribuible a la Administración penitenciaria, dado que es el beneficio penitenciario, que ha sido concedido por la Administración el que ha permitido al interno la causación del daño, aunque el funcionamiento del servicio sea normal*”.

La jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial en el ámbito de la Administración penitenciaria no mantiene un criterio uniforme aunque predomina el criterio de la *generosidad* en la interpretación de la existencia de *nexo causal*, reconociendo dicha responsabilidad aunque, como dice el Consejo de Estado, haya habido un funcionamiento normal del servicio. En este sentido la citada Sentencia de 3 de Julio de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se planteó la hipótesis de que el funcionamiento del servicio público hubiera sido normal y no anormal, como verdaderamente ocurrió en este caso, llegando paradójicamente a la misma conclusión: *hay responsabilidad de la Administración al crear una situación de riesgo de la que se derivaron unos daños de los que no había obligación individual de soportar*.

En contra de este criterio se manifiesta **Racionero Carmona**, quien considera que la condena en caso de funcionamiento *normal* del servicio público resulta errónea puesto que “ninguna responsabilidad puede deducirse de los actos del liberado: de sus actos, por terribles que sean sólo él es responsable y sufrirá las consecuencias penales que la Ley y el Tribunal le juzguen determinen”⁴⁰⁴. Compartimos el planteamiento de este autor en el sentido de que si el funcionamiento del servicio público ha sido *normal* no cabría tal responsabilidad patrimonial de la Administración, pero también es cierto que la víctima o sus familiares tienen que ser compensados de alguna forma por los daños causados por el liberado, y si éste no lo hace no cabe duda que la Administración debe hacerlo en base al principio de solidaridad citado.

En conclusión, aún existiendo un normal funcionamiento de la Administración penitenciaria, se reconoce la indemnización en base al principio de solidaridad, por los daños ocasionados por el liberado condicional, dado que los riesgos de tal situación deben ser soportados por toda la sociedad al no existir por parte de la víctima un deber jurídico de soportar individualmente el daño.

404. “Derecho Penitenciario y Privación de Libertad. Una perspectiva judicial”. Madrid. 1999. Pág. 290 y ss.

Conclusiones

CONCLUSIONES

1.^a- Hay que resaltar la importancia de la LOGP que al ser una ley moderna y flexible le ha permitido permanecer vigente durante los últimos veinticinco años con tan sólo una modificación mediante la Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre. Todo ello, junto con la Constitución, la convierte en una de las leyes más estables e intocables hasta las contrarreformas penales, procesales y penitenciarias del año 2003. Pero es la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la que da lugar a un *giro radical* respecto a la ejecución de la pena privativa de libertad, y concretamente en el tema de la clasificación penitenciaria.

2.^a- La LOGP en su art. 72 establece el sistema de individualización científica, que viene a ser un estadio mucho más avanzado y perfeccionado de los clásicos sistemas progresivos. La elección de la denominación fue para asimilarnos lo más posible a los países más avanzados de Europa que ya lo venían aplicando. Pero esta opción fue más bien teórica que práctica puesto que ese mismo artículo establecía un sistema de grados (profundamente consolidado en nuestra historia penitenciaria) muy *encorsetado* que impedía el desarrollo de un verdadero sistema de individualización científica, a ello contribuyó el RP de 1981 que además de recoger el sistema de grados estableció períodos de tiempo obligatorios para la clasificación en tercer grado: dos meses mínimo de cumplimiento y la cuarta parte de la pena en casos especiales (art. 251), además de otros plazos valorables en su art. 241.3. Con las sucesivas reformas del RP, como la del RD 1764/1993, se suprimió el citado plazo de los dos meses obligatorios de cumplimiento y se trató de que nuestro sistema continuase acercándose lo más posible a verdadero sistema de individualización científica.

3.^a- El RP de 1996 contribuye a este acercamiento puesto que una de las principales novedades del mismo fue la de tratar de potenciar el principio de individualización científica en la ejecución del tratamiento penitenciario. Para ello potencia la individualización científica introduciendo el **principio de flexibilidad** en el artículo 100.2 del mismo estableciendo para que *se adopte un modelo de ejecución en el que*

puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los grados de tratamiento, siempre que esta medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado.

Este principio permite la posibilidad de combinar aspectos característicos de uno y otro grado con la finalidad de que la clasificación penitenciaria se flexibilice lo más posible para lograr que el tratamiento sea lo más individualizado posible, con ello nos acercarnos más a los sistemas penitenciarios europeos en los que no rigen los grados y se elaboran planes individualizados sin tener en cuenta ningún grado de clasificación.

4.^a- Con la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, este principio de flexibilidad se ve en cierta forma desvirtuado porque si un interno no puede acceder al tercer grado o la libertad condicional hasta que cumpla unos determinados requisitos (art. 72.5 y 6 LOGP) o plazos (art. 36.2 y 78.3) se dificulta la aplicación de esta flexibilidad en muchos casos porque esta restricción de la discrecionalidad administrativa en la asignación del grado va en detrimento de uno de los elementos estructurales básicos del sistema de individualización científica, el de flexibilidad en materia clasificatoria.

Todo ello nos retrotrae un sistema progresivo en el que se establecen aspectos rígidos y objetivos como es el cumplimiento de mínimos períodos de tiempo.

No cabe duda que la flexibilidad como valor pragmático útil para buscar en cada caso las vías tratamentales más aptas a las necesidades y aptitudes de reinserción social a cada penado es posible que sufran un recorte tan severo, que indudablemente, puede comprometer en gran medida su vigencia y los saludables efectos que hasta la fecha ha venido generando en la práctica penitenciaria española.

5.^a- A la hora de realizar la clasificación penitenciaria, entendemos que se debe valorar la finalidad retributiva de la pena (compensación moral a la víctima y a la sociedad ofendida) la prevención general (disuasión frente a potenciales delincuentes) y la finalidad reinsertadora (art.25.2 Constitución) como indican las *teorías unitarias* en la ejecución de las penas, pero está claro que con la LO 7/2003, de 30 de junio, se potencia más la finalidad retributiva y de prevención general positiva sobre la finalidad reinsertadora que según el art. 25.2 de la Constitución debería ser la más importante. Consideramos que todo esto supone una vuelta al retribucionismo ético y jurídico de las penas, donde la imposición de la pena era un fin en sí mismo como compensación al mal realizado por el delito cometido y como un criterio de exigencia de justicia. Por tanto, el papel preponderante atribuido al principio de reeducación y reinserción social en la fase de ejecución de pena, se ve desplazado a un segundo plano en beneficio de supuestas exigencias preventivos generales positivas, enmascaradas bajo la genérica apelación a la proporcionalidad y seguridad jurídica.

6.^a- Pensamos que estas reformas son una clara regresión hacia un Derecho Penal *defensista*, que más que reeducar al delincuente, trata de encerrarlo y aislarlo de la sociedad. Es decir, nos encontramos ante un modelo de *Derecho penal máximo* y tendencialmente ilimitado, con lo que parece acogerse más a una postura claramente orientada a la innocuización. Por todo ello, uno de los principios básicos de política criminal que inspiran el Código Penal de 1995, es decir, el de *reinserción social*, pre-

visto en nuestra Carta Magna en el artículo 25.2, queda seriamente cuestionado al revitalizarse ampliamente la finalidad retributiva y de intimidación, ideas en las que reposaba el Derecho Penal tradicional. Esto puede entorpecer *de facto* instituciones penitenciarias basadas en la orientación a la reinserción.

7.^a- Estas reformas de la LO 7/2003, de 30 de junio, se orientan a las finalidades de la retribución, la prevención general negativa (intimidación) y la inocuización del delincuente, antes que a la finalidad primordial de la prevención especial positiva (reeducación o reinserción social, del art. 25.2 de la Constitución), y son, por tanto, un *componente extraño* dentro de las leyes penales y penitenciarias, dando lugar a *preceptos contradictorios* entre sí que han producido confusión entre los operadores del Derecho y han contaminado el régimen penal y penitenciario ordinario con orientaciones y principios de Derecho penal y penitenciario *excepcional*, muy en la línea de la teoría de **Jackobs** del derecho penal del enemigo, dando lugar con ello a un derecho penitenciario de *dos velocidades*: dependiendo de la gravedad del delito se han establecido dos regímenes de cumplimiento, el general u ordinario, y el excepcional o extraordinario para los penados por delitos graves.

8.^a- No cabe duda que la aspiración máxima de todo sistema penitenciario de un estado social y democrático de derecho como el nuestro debe ser que ningún interno sea clasificado en primer grado (régimen cerrado), pero ya desde los orígenes de la pena privativa de libertad se comprobó que hay penados incorregibles (peligrosos o inadaptados) que deben tener aplicado un régimen especial de vida que los separe del resto para no perjudicar un normalizada vida carcelaria.

Un régimen de vida estricto (de máxima seguridad) y excepcional, como el aplicado a los internos clasificados en primer grado, es una “amarga” necesidad que ha estado y estará siempre presente en todas las legislaciones penitenciarias, ante las conductas violentas de un siempre reducido número de internos que atacan la *paz carcelaria*. Pero los motivos para este grado clasificación penitenciaria, que deben establecerse como *numerus clausus*, así como el régimen de vida de los mismos deben estar regulados en la LOGP, no en sede reglamentaria puesto que afectan a los derechos humanos y las libertades públicas, y por ello debe regir el principio de reserva de ley en esta materia (art. 81 Constitución). Por ello sugerimos esta reforma legal en la línea de la frustrada propuesta de 1995.

Para evitar el choque de este tipo de clasificación con la finalidad resocializadora es oportuna la implantación de programas específicos de tratamiento dirigidos a internos de primer grado para ayudarles a salir del círculo vicioso y cerrado que supone la estancia en este tipo de vida, pues actualmente es prácticamente inexistente ese tipo de programas.

9.^a- El segundo grado es un “cajón de sastre” en el que cabe todo tipo de internos: primarios, reincidentes, penados por delitos violentos, etc. Es el grado en el que hay un mayor número de internos clasificados, entorno al 75% de los penados son clasificados en segundo grado.

Como vemos en segundo grado se clasifica a un amplísimo número de internos de perfiles muy diferentes por lo que estimamos que se debería hacer una reforma de la LOGP que permita una *subclasificación* penitenciaria en la línea establecida para

el primer (art. 91 RP) y tercer grado (art. 84.2) puesto que sino se deja en manos de la *separación penitenciaria* el que un interno en segundo grado, mediante el sistema de fases u otro similar goce de menores derechos y ventajas penitenciales que otros debido a la necesidad de esa subdivisión de penados tan heterogéneos.

Basta recordar lo ratificado en la XII reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en enero de 2003 donde se acordó que: “No existe ningún régimen penitenciario especial distinto de los regímenes ordinario, abierto y cerrado a los que se refiere la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

10.^a- No cabe duda de las bondades del régimen abierto como forma alternativa de cumplimiento de la pena privativa de libertad frente a la prisión cerrada y ordinaria. Por tanto entendemos que se debe potenciar lo más posible y que la forma de cumplimiento tiene que ser lo más similar a la vida en libertad, por eso consideramos muy conveniente el uso de tipo de vidas en régimen abierto como las unidades dependientes y centro extrapenitenciarios, pero también es oportuno que se amplíe al mayor tipo de penados posibles, no sólo a las madres con hijos y drogodependientes respectivamente, sino a otros a quienes puede ser positivo para su tratamiento la estancia en este tipo de unidades o centros.

11.^a- El art. 86.4 RP (control mediante sistemas telemáticos) establece un régimen de vida muy similar a la libertad condicional por lo que debería estar regulado en la LOGP para evitar la violación de la jerarquía normativa pues en la citada ley no se recoge este tipo de excarcelación. Por otro lado, también se evitaría que esté regulado sólo en sede reglamentaria una institución que puede atentar a derechos y/o libertades públicas y por ello debe estar establecido en una ley orgánica (art. 81 Constitución), siendo la LOGP su ubicación ideal.

12.^a- Respecto la utilización de los controles telemáticos consideramos que se debe ampliar su uso a la libertad condicional y a permisos de internos con un determinado perfil, en la línea de las reformas de la Ley Orgánica 11/2003, de 30 de septiembre, y la Ley 27/2003, de 31 de julio y la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre que han modificado las medidas de alejamiento. La última ley citada también crea la pena de localización permanente para cuyo control se pueden usar medios telemáticos; por tanto, no cabe duda que este tipo de medios van a utilizarse cada vez más en las medidas de alejamiento permitiendo un mayor control sobre el agresor, así lo establece el art. 48.4 CP cuando determina: “El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas (de alejamiento) se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

Así pues, este sistema de control telemático podría utilizarse también para el control de los agresores y/o maltratadores en el ámbito familiar que estén en condiciones de disfrutar de permisos penitenciales, régimen abierto o libertad condicional, sobre todo y obligatoriamente cuando el penado tenga impuesta tanto una pena o medida de prohibición de residir y acudir a determinados lugares, como la prohibición de acercarse a la víctima o a otras personas relacionadas con la misma. Con este control se garantizaría mejor que el penado cumpliera durante la ejecución de la pena de prisión las medidas de alejamiento indicadas en sus salidas al exterior. Para ello bastaría que este control fuese incluido, por analogía con el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario, como requisito obligatorio para disfrutar de tales permisos, y en los

programas de tratamiento tanto para la progresión a tercer grado como para la libertad condicional. Si bien sería necesario su regulación en la LOGP pues el Reglamento no es el lugar idóneo para imponer condiciones que pueden afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81 Const.).

13.^a- El período de seguridad es una institución ajena y extraña en nuestro derecho penitenciario que choca con los principios del art. 72.3 y 4 LOGP, y además no era necesaria puesto que hay otros factores que impiden la clasificación en tercer grado por delitos graves. La práctica penitenciaria indica que no era habitual la clasificación directa en tercer grado cuando la pena era superior a cinco años.

14.^a- Es criticable la ampliación que la Inst. 2/2004, de 16 de junio, de la DGIIP hace del período de seguridad a la suma de penas por delitos menos graves, lo cual nos parece ilegal, como ya se está pronunciando reiteradamente la jurisdicción ordinaria. Por ello podemos decir que pretender transformar por la suma de penas menos graves en pena grave a efectos de clasificación en tercer grado no tiene cobertura ni legal ni reglamentaria. Por otro lado, la refundición de condenas está regulada en el art. 192.2^a RP a los solos efectos de libertad condicional con lo cual si el legislador quisiera establecer la unidad de ejecución a efectos de período de seguridad debería constar textualmente en el art. 36.2 CP.

Para averiguar cuál es esta gravedad basta con acudir al Código Penal, donde se establece en el art. 13 que *son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave*; y si queremos saber cuáles son los delitos considerados graves para el legislador del año 2003 hemos de acudir la LO 15/ 2003, de 25 de noviembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que entró en vigor desde el uno octubre de 2004 donde se establece en el art. 33.2 que *es pena grave la superior a cinco años*. Por tanto, no parece que el sentido de la LO 7/2003, de 30 de junio sea que se establezca dicho período a delitos que no tengan esa “cierta gravedad” aun cuando sean varios y la cuantía de la pena correspondiente a cada uno sumada aritméticamente o refundida sea superior a cinco años, así parece que se debe interpretar y es como lo viene haciendo la jurisdicción ordinaria con sus últimos pronunciamientos. En esta última línea la Generalitat de Cataluña, que tiene competencias en materia de ejecución penitenciaria, ha dictado la Inst. 1/2004, de 8 de junio, en la que sólo aplica el período de seguridad a los delitos graves y nunca a los menos graves aunque sumadas sus penas superen los cinco años de condena.

15.^a- Otro aspecto criticable de la Inst. 2/2004, de 16 de junio de la DGIIPP es la exigencia del cumplimiento del período de seguridad a todos los penados con independencia de la fecha de comisión del delito, puesto que la disposición transitoria de esta LO 7/2003, de 30 de junio, no establece que el art. 36.2 sea aplicable retroactivamente a los que delinquieron con anterioridad en que entró en vigor. Por el contrario, la Inst. 1/2004 de la Generalitat de Cataluña no ha aceptado este criterio, rechazando que la LO 7/2003 pueda tener efecto retroactivo respecto al período de seguridad. En esta última línea se ha manifestado la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid en varios Autos, como el de fecha 6 de mayo de 2004, y la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona en Autos de 14 y 19 mayo de 2004, y la Audiencia Provincial de Zaragoza en Auto de 11 de junio de 2004.

16.^a- Resulta totalmente rechazable que una cuestión de tanta importancia, como es la aplicación del período de seguridad por la suma de penas por delitos menos graves y la aplicación retroactiva del mismo, sea desarrollada por una Instrucción de la DGIIPP, órgano administrativo que no puede regular limitaciones en materia punitiva. Por todo ello, consideramos necesaria la reforma de la Inst. 2/2004 de la DGIIPP para que suprima estos criterios y se sitúe en la línea de la acertada Inst. 1/2004 de la Generalitat de Cataluña, pues además cocha con el principio de igualdad ante la ley (art. 14 Const.) puesto que dependido de la Comunidad Autónoma donde cumpla su pena al condenado le será aplicado o no el período de seguridad.

17.^a- Consideramos que lo mejor sería que la institución del período de seguridad fuese derogada pues, como ya hemos dicho, hay otros factores que pueden frenar el acceso al tercer grado si el delito es grave, pero de mantenerse, debería modificarse el art. 72 de la LOGP puesto que recoge principios que pueden contradictorios con el período de seguridad. De permanecer esta institución lo ideal sería recogerla en la LOGP puesto que afecta a la ejecución de la pena, y, como todos sabemos, la mayor parte de los aspectos de la misma están recogidos en la citada ley.

18.^a- La exigencia de la satisfacción de la responsabilidad civil debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su clasificación en tercer grado o libertad condicional. La reparación del daño es signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado. Por ello, esta exigencia debe regularse en forma análoga a la establecida en los artículos 81, 88 y 136.2.1º del Código penal, que no requieren para la suspensión o la sustitución de la pena de prisión o para la cancelación de los antecedentes penales, respectivamente. Lo importante no es la efectiva reparación del daño, sino el esfuerzo serio dirigido a esa reparación, por lo que no debe ser obstáculo para la clasificación en tercer grado o libertad condicional el estado de insolvencia del penado. Esto quiere decir que en sí mismo el requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles para acceder al tercer grado o a la libertad condicional no puede ser establecido como condición absoluta para el disfrute de estos *beneficios*, sino que debe abordarse desde una perspectiva preventivo- especial, exigiendo que el penado haya puesto de manifiesto la tendencia a adecuar su conducta al respeto a la norma y a la víctima de su delito.

19.^a- Por tanto, se trata de que el comportamiento postdelictivo observado por el penado es una circunstancia de especial significación a los efectos de realizar el juicio pronóstico de conducta futura, por lo que el legislador, al exigir la satisfacción de la responsabilidad civil lo hace en el sentido del *esfuerzo serio* de la reparación, como circunstancia objetiva que concreta el juicio pronóstico que debe realizar la Junta de Tratamiento y en vía recurso los órganos judiciales competentes.

Por todo ello, entendemos que debería hacerse una interpretación analógica con los citados artículos del Código referentes a la suspensión, a la sustitución de las penas y cancelación de antecedentes penales, pues si se admite que el no satisfacer la responsabilidad civil no impide acceder a esas instituciones por qué no va a poder serlo cuando el penado se encuentra en una situación más gravosa: cumpliendo una pena privativa de libertad.

20.^a- Estimamos la introducción de la satisfacción de la responsabilidad como la reforma más positiva de la LO 7/2003, de 30 de junio, pues supone la introducción de la *restorative justice*, es decir, la justicia restaurativa, puesto que con ella trata de evitar el olvido de las víctimas y de atribuir a la intervención del aparato punitivo del Estado un sentido reparador que complemente el meramente retributivo o preventivo puesto que la justicia reparadora extiende su alcance a todas las fases del procedimiento incluso a la ejecución de la pena. Pero la fórmula legal adoptada no se adecuaba a las realizaciones legislativas y prácticas de mayor interés en el Derecho comparado y resulta técnicamente defectuosa. Sería conveniente reorientar esta justicia restauradora hacia programas de mediación y reparación a las víctimas.

21.^a- Estamos de acuerdo que la exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil para el acceso al tercer grado y la libertad condicional debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado. Pero entender que es suficiente la declaración de insolvencia, como en la suspensión de condena (art. 81.3.º CP), desde nuestro punto de vista no es suficiente, también es importante valorar el verdadero esfuerzo realizado por el penado para la satisfacción de la responsabilidad civil, y, sobre todo, el rechazo del pago pudiendo hacerlo.

22.^a- La Instrucción 9/03, de 25 de julio, de la Dirección General de II.PP. sobre Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la LO 7/2003, al referirse a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito establece para su valoración dos criterios: el objetivo (que es la satisfacción) y los valorativos. Está instrucción que era muy restrictiva dando el mayor y casi exclusivo peso al criterio objetivo, ha sido derogada por la Inst. 2/2004, de 16 de junio, que regulando la misma materia y realizando una interpretación más amplia y flexible de la satisfacción de la responsabilidad civil al no limitarla sólo al pago, estableciendo otros criterios a tener en cuenta como son la situación económica del penado y las posibilidades de pago futuro, determinando que quien tiene que valorar de forma ponderada los citados criterios valorativos ha de ser la Junta de Tratamiento la hora de realizar las propuestas de tercer grado.

Con esta reforma se deja en manos de la Junta de Tratamiento una gran discrecionalidad en el estudio ponderado de los criterios valorativos, el JVP sólo resolverá sobre la responsabilidad civil vía recurso si lo interpone el Ministerio Fiscal contra la progresión a tercer grado o la libertad condicional.

23.^a- Pensamos que es el Juez o Tribunal sentenciador el órgano que mejor puede conocer la situación económica del penado ya que sólo éste puede solicitar la investigación patrimonial necesaria a la Agencia Tributaria (art. 989 LECRim.). Por tanto, la Junta de Tratamiento sólo tendrá conocimiento de lo que informen los Servicios Sociales Penitenciarios sobre la situación económica del interno, información que consideramos totalmente insuficiente para saber si el penado puede o no satisfacer la responsabilidad civil durante el cumplimiento de la pena.

24.^a- Respecto de delitos que enumerados en el número 2 del artículo 72.5 LOGP, la expresión *singularmente* 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; pero ninguna de las dos interpretaciones se puede extraer del tenor literal del texto legal ya que en el nuevo n.º 5 del art. 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 respecto a los demás.

25.^a- Por lo que se refiere a los delitos expresamente previstos en el nuevo 72.5 de la LOGP, la Inst. 2/2004, de 16 de junio, establece que deberá exigir, en todo caso, el *criterio objetivo*, es decir que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil o presente el aval suficiente de que podrá hacerlo en un futuro.

En este apartado la Inst.2/2004 es mucho más restrictiva que la propia LO 7/2003 infringiendo con ello el principio de jerarquía normativa puesto que el término “*singularmente*” no introduce un diferente trato jurídico penitenciario ni crea un régimen distinto para los penados por los delitos recogidos en el art. 72.5. Por otro lado, no existe una especial razón criminológica que justifique un trato diferenciado respecto del que se apropia indebidamente de bienes ajenos. No es pues admisible entender que el término *singularmente* introduce un diferente tratamiento jurídico penitenciario para los penados según que el delito cometido sea uno de los enumerados en el precepto o cualquier otro.

26.^a- La DGIIPP interpreta que el caso de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, los conceptos de notoria gravedad y generalidad de perjudicados deben ser entendidos en sentido criminológico y no jurídico y que basta con que concurra uno u otro. Opción igualmente rechazable desde el punto de vista de los principios generales que informan el derecho penal, básicamente de tipicidad y taxatividad.

27.^a- Con respecto a la responsabilidad civil, se vuelve a aplicar una norma con carácter retroactivo aunque en este caso lo permite la Disposición Transitoria de la LO 7/2003, de 30 de junio. Ordena la Inst. 9/03 que tanto el pago de la responsabilidad civil, como la ponderación de los criterios valorativos deben figurar expresamente en las Propuestas de clasificación inicial o de progresión a tercer grado que se formulen, siendo exigible para todas las propuestas y resoluciones que se adopten a partir del día 2 de julio de 2003, con independencia de la fecha de la comisión del delito o de la sentencia condenatoria, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, de 30 de junio. La Inst. 2/2004 mantiene el mismo criterio. Pero, como nos hemos pronunciado en otro momento, desde nuestro punto de vista, esta aplicación retroactiva del citado artículo para aquellos que delinquieron con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor es una aplicación retroactiva que puede afectar al derecho a la libertad pues puede frenar el acceso al tercer grado, y, por tanto, choca con el art. 9 de la Const. y 2.1 CP que establecen la irretroactividad de las normas desfavorables.

28.^a- Entendemos que lo que realmente habría que valorar no es tanto la efectiva satisfacción de la responsabilidad civil, sino *la actitud del delincuente hacia la víctima* para valorar cual pueda entenderse, como un elemento más, la conducta desplegada respecto a la reparación del daño. Con satisfacer la responsabilidad civil no basta para entender que el penado ha comprendido el mal causado y que siente empatía hacia la víctima. Por todo ello consideramos oportuno la implementación de progra-

mas de tratamiento penitenciarios de reparación a las víctimas en la línea enunciada en el art. 91.2 CP para el adelantamiento de la libertad condicional privilegiada tras la LO 7/2003, de 30 de junio.

29.^a- Podemos concluir en que si bien la legislación penitenciaria no hacía referencia expresa a la reparación del daño ni a la responsabilidad civil, éstos siempre han sido factores que se han podido utilizar si se consideraba oportuno para valorar la clasificación en tercer grado.

Pero no cabe duda que tras la entrada en vigor de la citada ley el factor de la responsabilidad civil puede ser determinante para la clasificación en tercer grado, sobre todo, en los delitos socioeconómicos que establece el art. 72.5 LOGP. Ahora bien, la satisfacción de la responsabilidad civil ha de calificarse como positiva siempre que se refiera a la actitud y no meramente a la capacidad económica, pues entender que sólo puede acceder al tercer grado el que la satisface sería volver al anacronismo de la “prisión por deudas”.

30.^a- Desde nuestro punto de vista la Junta de Tratamiento no constituye un órgano capacitado para valorar el esfuerzo del penado para satisfacerla, puesto que este órgano penitenciario sólo podrá estudiar el historial laboral del penado, valorando si tiene hábitos laborales consolidados, cualificación profesional, si tiene una oferta de trabajo, etc.; y en función de ello estimar si el interno podrá hacer el pago en un futuro.

Si realmente esta reforma pretende concienciar al penado de su responsabilidad por los delitos cometidos, la simple satisfacción de la responsabilidad civil no garantiza esa no reincidencia delictiva.

31.^a- En cuanto a los terroristas y penados por delitos cometidos en el ámbito de la delincuencia organizada, consideramos más importante el alejamiento de este tipo de vida y la rehabilitación más que la obligada colaboración y/o delación.

Puesto que la Decisión Marco del Consejo Europeo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo no exige la delación sino sólo la figura del terrorista arrepentido en fase procesal pero no en la ejecutiva, el requisito sine qua non al exigir la delación para poder recibir a cambio un tercer grado y una libertad condicional nos parece insuflar a las instituciones de un mercantilismo contrario a los criterios científicos que deben presidir la ejecución penal y el tratamiento penitenciario.

Hay que tener en cuenta que es posible que el penado por estos delitos, después de bastantes años de cumplimiento no pueda proporcionar información eficaz sobre los extremos anteriores, por lo que la colaboración con resultado positivo no puede convertirse en requisito sine qua non para el disfrute de tercer grado.

32.^a- Estamos totalmente de acuerdo que el abandono del terrorismo y/o de la delincuencia organizada siempre es posible pero la colaboración no lo es, puesto que el penado puede ser simplemente un colaborador o un terrorista de base que no tiene ningún tipo de información, o la que tiene por el paso del tiempo ya está desfasada, Pero esta colaboración activa que se pide después de pasar 32 años en prisión para acceder al tercer grado o de 35 años para salir en libertad condicional lo más probable es que no sirva para nada por mucho que el penado lo quiera. Además si al pena-

do por delitos de terrorismo se le aplicó la figura del *terrorista arrepentido* del Código Penal porque ya colaboró activamente con la justicia se entiende que ya tiene este requisito cumplido, pero aún sí que tendrá que esperar a cumplir los plazos fijados en el art. 78 CP. Por ello, estimamos necesaria la reforma del citado artículo estableciendo plazos menores de cumplimiento en caso de colaboración con la justicia y abandono de los fines o medios terroristas.

33.^a- La Inst. 2/2004 de la DGIIPP que deroga la Inst. 9/2003 mantiene el mismo criterio que ésta y ordena respecto a los delitos de terrorismo que el propio artículo 72.6 acota a las condenas impuestas por alguno de los delitos previstos en la sección 2.^a del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal, esto es, los tipificados en los artículos 571 y siguientes de dicho Código. Pero en cuanto a los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales ordena que han de entenderse con un *criterio criminológico que no normativo del mismo*. Consideramos esta interpretación de dudosa legalidad pues debería aplicarse el criterio jurídico de constar en sentencia el formar parte de organización delictiva en delitos contra salud pública, de blanqueo de capitales, de tráfico de personas, etc.

34.^a- Los requisitos de abandono del terrorismo y colaboración con la justicia según la citada instrucción serán exigibles para todas las propuestas y resoluciones que se realicen con independencia de la fecha de la comisión del delito o de la sentencia condenatoria, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, de 30 de junio. Volvemos a insistir que aunque se establece en la Disposición Transitoria el carácter retroactivo del art. 72.6, es contrario a derecho aplicar una norma retroactiva en perjuicio del reo (art. 2.1 CP y 9 Const.).

35.^a- Suscita dudas que la acreditación de la desvinculación y la colaboración se confíe a "*informes técnicos*". Por tales cabe entender los emitidos por los profesionales penitenciarios. Debería de verse con preocupación que por esta vía se tratara de conceder carta de naturaleza legal a informes policiales, posibilidad que, en estricta interpretación del texto legal, debe ser descartada. Tratándose de una materia relativa a la clasificación y progresión penitenciaria, no cabe entender que los informes técnico sean otros que los de los profesionales penitenciarios, de modo que se atienda como interés principal a la evolución del condenado. Pero el legislador ha redactado un art. 72.6 harto nada claro, y que, en muchas ocasiones, los criterios a valorar se encuentran fuera del ámbito penitenciario, lo que exigirá una oportuna información al respecto para que, por ejemplo, las Juntas de Tratamiento puedan valorar el abandono del terrorismo y/o delincuencia organizada y la colaboración con las autoridades policiales o judiciales.

36.^a- Las fórmulas de acreditación mencionadas son muy discutibles ya que la declaración expresa de repudio y el perdón de 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 salida.

Por otro lado, el requisito del arrepentimiento y petición de perdón resulta desproporcionado e injusto porque entra en aspectos morales y cambio de valores lo que

no encaja en una resocialización dirigida a los actos no a los pensamientos. Por tanto, la petición expresa de perdón a las víctimas del delito tiene connotaciones moralistas; y además todo ello no garantiza que sea verdad, debería haber criterios más objetivos para acreditar el abandono de los fines o medios terroristas, valorando sobre todo su conducta penitenciaria que demuestre esa desvinculación con los grupos terroristas o de delincuencia organizada, aunque aquí, entendemos que habrá que tener en cuenta también el riesgo personal jurídicamente inexigible que puede correr el penado si manifiesta públicamente su alejamiento del terrorismo y/o de la delincuencia organizada.

37.^a- La Instrucción 2/2004, de 16 de junio, indica que al no haberse visto reformado el artículo 92 del Código Penal en lo relativo a la dispensa del requisito de cumplimiento de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras de la condena para la concesión de la libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables, debe entenderse que las propuestas y resoluciones de tercer grado formuladas sobre la base de las previsiones del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario no resultan afectadas por el período de seguridad. En consecuencia, pueden realizarse tales propuestas con independencia del tiempo de condena extinguido, por razones de humanidad y de dignidad personal. Si bien esta instrucción hace mención sólo a la libertad condicional por enfermedad grave e incurable, nosotros entendemos que en base a las mismas razones de humanidad y de dignidad debe aplicarse a los septuagenarios. Igualmente, y por similares criterios, entendemos que no es requisito necesario el haber satisfecho las responsabilidades civiles, así lo recoge la la Inst. 2/2004, de 25 de julio cuando exceptúa las propuestas a tercer grado art. 104.4 RP de las normas generales.

38.^a- Estando de acuerdo con este tipo de excarcelaciones, entendemos que debería producirse por otra vía diferente a la libertad condicional: indulto o suspensión de la pena en analogía a la enfermedad mental sobrevenida durante el cumplimiento de la pena que está regulada en la LECrim. Si la finalidad de la llamada impropia libertad condicional para enfermos incurables es de carácter humanitario y pretende sencillamente que el interno no fallezca en el establecimiento, y no constituye por ello un período de prueba para la vida futura como es el caso de la libertad condicional en general, no tiene sentido exigirle un pronóstico favorable de reinserción social, que es un requisito propio de la libertad condicional general pero que no tiene aplicación práctica en esta liberación humanitaria. El mismo criterio sería aplicable a los septuagenarios.

39.^a- Según el artículo 92 del CP 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 haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, o, en su caso, las dos terceras podrán obtener la concesión de la libertad condicional. Este tipo de libertad condicional esta regulada en sede reglamentaria en el art.196 RP. Pero es curioso destacar que en el art. 104.4 RP la omisión del caso de los mayores de setenta años, pues el fundamento de la anticipación de la libertad es el mismo y, por tanto, de igual forma se debería progresar a tercer grado con independencia de las variables de clasificación.

40.^a- En estos casos, como establece el art.104.4, hay que valorar especialmente la dificultad para volver a delinquir y su peligrosidad social, y si la probabilidad de comisión de delitos muy graves es alta no se debería proceder a la clasificación en tercer grado y mucho menos excarcelar en libertad condicional.

41.^a- La LO 7/2003, de 30 de junio, no aclara si los nuevos requisitos que introduce si son aplicables a los enfermos incurables y mayores de setenta años ya que el art. 92 CP no ha sido reformado, por tanto, sólo se les exime de los requisitos temporales, por lo cual sólo cabe entender que en ellos también rigen los nuevos requisitos respecto de la responsabilidad civil y del terrorismo y/o delincuencia organizada (art. 72.5 y 6 LOGP).

La Inst. 9/2003, y también la Inst. 2/2004 que deroga a la anterior excluye expresamente del cumplimiento del *período de seguridad* este tipo de internos al no haberse visto reformado el artículo 92 del Código Penal (tras la LO 7/2003) en lo relativo a la dispensa del requisito de cumplimiento de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras de la condena para la concesión de la libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables, debe entenderse que las propuestas y resoluciones de tercer grado formuladas sobre la base de las previsiones del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario no resultan afectadas por el *período de seguridad*. También quedan excluidos este tipo de penados de la satisfacción de la responsabilidad civil (art. 72.5 LOGP) si no puede hacer frente a la misma por las citadas razones humanitarias. Aún estando de acuerdo con este criterio, desde nuestro punto de vista entendemos que es mejor que sea el Código Penal el que realice la exclusión de tales requisitos.

42.^a- La LO 11/2003 de 29 de septiembre, en lo referente a los extranjeros ilegales modifica la filosofía general relativa a las expulsiones, puesto que, si antes se trataba de una virtud discrecional de la que gozaba el tribunal sentenciador, ahora se ha convertido en una conminación legal para el juzgador y, sólo, excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en una cárcel española. Esta contrarreforma responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal. Pero consideramos que es necesario el indispensable juicio de ponderación y de un análisis individualizado de cada caso, y para ello es necesaria la audiencia al penado y la motivación de la sustitución de la pena por la expulsión en el caso de que sea progresado a tercer grado o cumpla las 3/4 de la pena (art. 89 CP). Pensemos que cuando el penado alcance una de las dos situaciones citadas (tercer grado o fl partes de la pena) puede haber transcurrido mucho tiempo, y por tanto haber cambiado sus circunstancias personales y familiares. Por tanto, consideramos necesaria la reforma legal del citado artículo en sentido de revisar la situación del extranjero en el momento de su progresión a tercer grado o cuando cumpla las 3/4 de la pena, y en ese momento motivar si procede o no la expulsión.

43.^a- Sería conveniente que se regulase a nivel legal y reglamentario la libertad condicional de los extranjeros *ilegales* puesto que el mencionado art. 89 CP puede dejar en una especie de "limbo legal" a los mismos si cuando son clasificados en tercer grado o cuando cumplen las 3/4 de la pena no son expulsados realmente. En este caso ¿podrían disfrutar de libertad condicional en nuestro país? Entendemos que sí pero debería regularse esta situación, pues de no ser así se podría dar la paradoja que

sólo podrían obtener la misma aquellos penados que motivadamente los jueces o tribunales decidan que deben cumplir la pena en España en base a la “naturaleza del delito”, es decir, por delitos especialmente graves.

44.^a- Debería plasmarse a nivel legal la libertad condicional para extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero regulada en el art. 197.1 RP pues este artículo carece de cobertura legal.

45.^a- El requisito de estar clasificado en tercer grado no debería exigirse para obtener la libertad condicional puesto que ésta es una característica del sistema progresivo clásico del que se dice que está superado en España. Desde nuestro punto de vista, si en nuestro país existiera un sistema puro de individualización científica así debería ser, pero como nos encontramos en esta situación, es razonable que se exija el estar en tercer grado como paso previo a la libertad condicional, pues en el régimen abierto es donde se va comprobando la evolución del penado en libertad, aunque supervisada.

46.^a- Para que el buen funcionamiento de la libertad condicional es esencial que los servicios sociales penitenciarios realicen un control y un seguimiento eficaz del liberado condicional, sólo así se podrá comprobar si el éste cumple las condiciones impuestas: no volver a delinquir y cumplir las reglas de conducta impuestas por el JVP. Pero, en la práctica, sólo se realiza un control pasivo, administrativo burocrático del liberado condicional que se limita a la obligación que tiene de presentarse periódicamente para firmar. A nuestro juicio, este tipo de control es insuficiente, y ello es debido a que dichos servicios no tienen competencias en materia de vigilancia real del liberado por lo cual sería conveniente crear la figura del “agente de vigilancia” de este tipo de liberados para realizar un verdadero control e los mismos, en otros países denominados “agentes de libertad condicional” o similares.

47.^a- Consideramos necesaria la reforma del art. 90.1 CP para que se desligue la relación tan directa que se ha establecido tras la LO 7/2003, de 30 de junio, entre la satisfacción de la responsabilidad civil y el informe final previsto en el art. 67 LOGP, pues en cierta forma se subordina el resultado final de favorable o desfavorable a la satisfacción de la citada responsabilidad, obligando a mezclar en tal informe de pronóstico de futuro algo que puede tener una importancia relativa para el mismo.

48.^a- Se deberían regular legalmente las figuras de la suspensión y ampliación de la libertad condicional puesto que en la actualidad hay un vacío legal de las mismas, siendo estas instituciones tan manejadas en la práctica cotidiana por los Jueces de Vigilancia debido a su utilidad en situaciones que no cabe ni la revocación ni una nueva propuesta de libertad condicional.

49.^a- El artículo 25.2 de la Constitución otorga un amplio abanico de posibilidades al legislador para regular dicha ejecución de la pena privativa de libertad y a los gobiernos para concretar las diversas opciones político-criminales. El Estado debe elegir entre las diferentes opciones y éstas son muy amplias según las decisiones que tome la Administración Penitenciaria de cada momento, pues ésta tiene amplias competencias en la ejecución de la pena. Pensamos que se debería volver a los orígenes constitucionales de la justicia, recordemos el artículo 117 de Constitución establece “La Justicia... se ejecuta por el poder judicial...”. Por tanto,

el poder judicial debería ser el encargado no sólo de controlar judicialmente la ejecución de las penas sino ejecutarlas directamente a través y con la colaboración de los órganos administrativos penitenciarios.

50.^a- Entendemos que las resoluciones de clasificación deben estar perfectamente motivadas, especialmente cuando discrepen de la propuesta de la Junta de Tratamiento, cuyos miembros son los que conocen al penado y sus carencias, y, sobre todo, cuando la clasificación sea en primer grado.

51.^a- Se debería reformar la LO 7/2003, de 30 de junio, puesto que el legislador al regular el efecto suspensivo del recurso de apelación en el caso de los delitos graves, se ha olvidado de los permisos de salida y por ello se puede disfrutar sin la resolución del citado recurso aún tratándose de penados por delitos graves. Por otro lado, aunque no sea este trabajo el espacio más oportuno para tratar este tema, consideramos que se debería reformar el art. 47.2 LOGP y 154.2 RP en el sentido de suprimir el requisito de tener cumplida la cuarta parte de la pena para poder disfrutar de permisos de salida puesto que un sistema de individualización científica debe tender a suprimir plazos objetivos, no tiene sentido que para poder ser clasificado en tercer grado no sea requisito plazo alguno de cumplimiento si el delito es menos grave o si se levanta el período de seguridad, y, por el contrario, se prohíba disfrutar permisos ordinarios cuando está saliendo diariamente al exterior al estar en régimen abierto.

52.^a- Valoramos como muy positivo la posibilidad de interposición del recurso de casación para unificación de doctrina en materia de clasificación penitenciaria pues ello puede influir favorablemente en la aplicación de criterios para no infringir el principio de igualdad (art. 14 Const.).

53.^a- No nos parece acertada la creación de los Juzgados Centrales de Vigilancia por la LO 5/2003 ya que aleja al penado de la proximidad de su Juez de Vigilancia *natural* rompiendo con el principio de la territorialidad.

El que sea el juez o tribunal sentenciador el que resuelva el recurso de apelación en materia de clasificación puede dar lugar una decisión *contaminada*, rompiendo con ello el principio analógico de separación de funciones entre juez instructor y juez sentenciador. Además esta situación origina que en un mismo centro penitenciario los penados perciban que se aplican criterios muy diversos entre los juzgados y tribunales sentenciadores, pudiendo esto originar situaciones extrañas no entendibles por aquéllos.

54.^a- Como ya ha demandado de forma reiterada la doctrina y los Jueces de Vigilancia, queremos resaltar la necesidad de que el legislador apruebe una ley que regule el procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia en la línea de la frustrada LO de 1997, dado que actualmente existe un vacío legal que atenta contra la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva sin dilaciones.

55.^a- Si queremos reconducir nuestro sistema penitenciario a la verdadera individualización científica, es necesario suprimir el período de seguridad y cualquier otro plazo temporal de cumplimiento, incluso de la libertad condicional, puesto que los plazos objetivos y rígidos pueden entorpecer la clasificación en tercer grado, la libertad condicional, y, por tanto, el tratamiento individualizado de cada penado.

56.^a- Consideramos que en el futuro debemos ir alejándonos de nuestro sistema tradicional de grados y acercarnos más a los planes individualizados de intervención en la línea de Alemania, Bélgica y Suecia. Por ello pensamos que es muy útil el uso del principio de flexibilidad (art. 100.2 RP) como medio para profundizar en la individualización del tratamiento penitenciario, pero entendemos que la regulación del mismo debe hacerse en la LOGP para evitar la violación de la jerarquía normativa puesto que esta figura carece actualmente de respaldo legal.

57.^a- Por todo lo expuesto, consideramos necesaria y urgente la reforma de la LOGP pues aunque su flexibilidad y su miras de futuro le ha permitido cumplir su XXV aniversario, no cabe duda que cuando se aprobó no podía prever instituciones o situaciones que afectan a la clasificación y que se han ido creando con la práctica penitenciaria (unidades dependientes, cumplimiento en centros extrapenitenciarios, controles telemáticos, etc.) que cuentan con respaldo en sede reglamentaria pero que carecen de cobertura legal; y por ello deben ser reguladas en la propia LOGP porque afectan a derechos fundamentales y a libertades públicas. No cabe duda de que la citada reforma debería abarcar a otras áreas penitenciarias que también deben estar reguladas en sede legal.

Bibliografía

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Bravo. “El tratamiento penitenciario” Estudios penales y criminológicos. Santiago de Compostela. 1978.

- Alarcón Bravo. “Las resoluciones de tercer grado desde la publicación de la LOGP”. Revista de Estudios Penitenciarios. Madrid. N.º 240. 1988.

- Aránguez Sánchez/ Alarcón Navio. “El Código penal francés traducido y acotado, Granada. 2000.

- Arias Eibe, José María; “La respuesta específica a la violencia doméstica en el artículo 153 del Código Penal: estudio jurídico-penal”. Madrid. Revista Actualidad Penal n.º 32 (septiembre 2001).

- Armenta González Palenzuela, F. J./ Rodríguez Ramírez, V. “Reglamento penitenciario comentado”. Editorial MAD. Sevilla. 2001.

- Asencio Cantisán. “Recursos contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia en la LOPJ”. ADPC. Madrid. 1987.

- Asúa Batarrita, Adela; “Política Criminal y Política de Extranjería”. Madrid. Revista Actualidad Penal n.º 42 de 2001.

- Barbaret Havican, Rosmery y otros “Política Criminal”. Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Consejo General Poder Judicial. Madrid. 1999.
- Berdugo Gómez de la Torre/ Zúñiga Rodríguez/ Fernández García/ Sanz Mulas/ otros. “Manual de Derecho Penitenciario”. Colex. Madrid. 2003.
- Beristain Ipiña, Antonio; y otros “Política Criminal comparada, hoy y mañana”. Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Consejo General Poder Judicial. Madrid. 1999.
- Beristain Ipiña, Antonio; “Justicia restauradora”. El País. 12/1/2003.
- Bona i Puivart, R. “Clasificación y tratamiento penitenciario”. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. 1995.
- Bonal Falgas, R. “La comunidad y el régimen abierto”. Revista Estudios Penitenciarios. Madrid. N.º 240. 1988.
- Borja Jiménez, Emiliano. “Curso de política criminal”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003.
- Bueno Arús. “Estudio preliminar. La reforma penitenciaria española de García Valdés. Instituto Criminología. Madrid. 1981.
- Bueno Arús y otros. “Comentarios a la Ley Orgánica General Penitenciaria”. Editorial revista de derecho privado. Madrid. 1986.
- Bueno Arús. “La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica”. Madrid. 2003.
- Cáceres García, J y Renart García F. “La motivación en las decisiones de la administración penitenciaria a la luz de la ley y el reglamento penitenciario: análisis sistemático”. Madrid. Revista Actualidad penal n.º 26. 2003.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos; “Derecho penal: concepto y principios constitucionales”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996.

- Castro Antonio, J. Luis. “El período de seguridad”. XIII Reunión Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Valencia. 2004.
- Castro Antonio, J. Luis (Director) “Derecho Penitenciario II”. CGPJ. Madrid. 2004.
- Cervelló Donderis, Vicenta. “Restricción de beneficios penitenciarios en el Código Penal de 1995”. Cuadernos judiciales n.º 42. Junio. 1996.
- Cervelló Donderis, Vicenta; “Derecho Penitenciario”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2001.
- Cervelló Donderis, Vicenta. “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. La Ley Penal Número 8. Año 1. Septiembre/2004.
- Cesano, José Daniel. “De la crítica de la cárcel a la crítica de las alternativas”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2001.
- Colegio Abogados de Madrid. “Cuadernos de derecho penitenciario”. Madrid. Varios autores.
- Conde Pumpido Tourón. “Ejecución de las penas privativas de libertad como función jurisdiccional”. Derecho y prisiones hoy. Universidad Castilla-La Mancha. Cuenca. 2003.
- Córdoba Roda, J. “La pena y sus fines en la Constitución”. Bogotá. 1982.
- Chiang Rebolledo. “El procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria”. Bosch. Barcelona. 2003.
- Choclan Montalvo, José A. “La individualización judicial de la pena”. Colex. Madrid. 1997.
- Choclan Montalvo, José A. “La organización criminal. Tratamiento penal y procesal”. Dykinson. Madrid. 2000.

- Defensor del Pueblo. “Situación penitenciaria y de los depósitos municipales de detenidos 1988-1996”. Madrid. 1997.
- De Lamo Rubio, J. “El Código Penal de 1995 y su ejecución”. Bosch. Barcelona. 1997.
- Del Moral, A. “Recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad”. Curso formación en derecho penitenciario. Madrid. Septiembre. 2003.
- Díaz Ripollés, J. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004.
- Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Jurisprudencia, instrucciones y estadísticas. Madrid. 2004.
- Escobar Marulanda. “Los monitores electrónicos ¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel”. Madrid. 2000.
- Espinos Ramos, J. A. “La prisión perpetua en la España actual”. Madrid. Revista Actualidad Penal n.º 9. 2003.
- Estevan de la Fuente, G. “Nuevos requisitos para el acceso al tercer grado”. Revista de Técnicos de II.PP. Cáceres. N.º 1/2004.
- Fernández Arévalo, “Alcance de la disposición transitoria única de la LO 7/2003, de 30 de junio: retroactividad”. XIII Reunión Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Valencia. 2004.
- Fernández García, J. “Un derecho penal mejor”. El País. 16/2/2003.
- Fernández García, J. “La actual reforma del Código Penal: Acierto o confusión”. Universidad Salamanca. 2004.
- Fernández García, J. “Cárceles y sistemas penitenciarios en Salamanca”. Universidad Salamanca. 2004.

- Fernández García, J. “La necesidad del control judicial de las penas”. Universidad Salamanca. 2004.
- Fernández García, J “El presente de la ejecución penitenciaria: XXV aniversario de la LOGP”. Universidad Salamanca. 2004.
- Ferrajoli, L. “Derecho y razón”. Teoría del Garantismo penal”. Madrid. 1995.
- Figueroa Navarro. “Los orígenes del penitenciarismo español”. Madrid. 2000.
- Foucault, Michel. “Vigilar y castigar”. Madrid. 1984.
- García Arán, M. “Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español”. Barcelona. 1982.
- García Arán/ Sola Dueñas. “Legislación penitenciaria europea comparada”. Barcelona. 1991.
- García García, Julián; “Drogodependencias y Justicia Penal”. Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior. Madrid. 1999.
- García-Pablos, Antonio; “Manual de Criminología”. Introducción y teorías de la Criminalidad. Espasa-Universidad. Madrid. 1988.
- García-Pablos, Antonio; “Criminología”. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996.
- García Valdés, C. “La reforma de las cárceles”. DGIIPP. Madrid. 1978.
- García Valdés, C. “Comentarios a la legislación penitenciaria. Civitas. Madrid. 1982.
- García Valdés, C. “Estudios de derecho penitenciario”. Madrid. 1982.

- García Valdés, C. “Las prisión, ayer y hoy”. Sevilla. 1983.
- García Valdés, C. “Del presidio a la prisión modular”. Madrid. 1997.
- García Valdés, C. “Hombres y cárceles”. Madrid. 1984.
- García Valdés, C. “Del presidio a la prisión moderna”. Madrid. 1997.
- García Valdés, C. “Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica”. Madrid. 1997.
- García Valdés, C. “Diccionario de Ciencias Penales”. Madrid. 1999.
- Garrido Guzmán, Luis “Manual de Ciencia Penitenciaria”. Madrid. 1982.
- Garrido Genovés/ Stangeland, Per/ Redondo Illescas. “Principios de Criminología”. Valencia. Tirant Lo Blanch. 1999.
- Garrido Genovés/ Redondo Illescas. “El tratamiento penitenciario en el primer decenio de la LOGP”. Madrid. 1992.
- González Campo, E. “Clasificación y tratamiento penitenciario”.
[http: www.Fiscalia org](http://www.Fiscalia.org).2002.
- González Campo, E. “El principio de flexibilidad en la ejecución penal”.
[www.Fiscalia org](http://www.Fiscalia.org).2004.
- González Cano, M.^a I. “La ejecución de la pena privativa de libertad”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1994.
- González Cussac, J. L. “La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal”. Revista Xurídica Gallega n.º 38/2003.
- González Guitian, L. “Evolución de la normativa penitenciaria en España hasta la promulgación de la LOGP”. Revista de Estudios Penitenciarios. Madrid. 1989.

- González Pastor, P. “Análisis de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Examen de su constitucionalidad”.
- González del Pozo. “La satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito como requisito para acceder al tercer grado y obtener la libertad condicional”. XIII Reunión de Jueces de Vigilancia. Valencia. 2004.
- Gonzalo Rodríguez, Rosa M.^a “Análisis del Código Penal tras la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”. La Ley Penal. N.º 9. Octubre. 2004.
- Göppinger, H. “Criminología”. Editorial Reus. Barcelona. 1975.
- Heiko Lesch. “La función de la pena”. Dykinson. Madrid. 1999.
- Hernando Galán, M.^a B. “Los extranjeros en el Derecho Penitenciario español”. Madrid. 1997.
- Herrera Cuevas, E. “La jurisdicción de vigilancia antiterrorista”. Madrid. Diario La Ley n.º 5672. 9/12/2002.
- Herrero Herrero, César. “España penal y penitenciaria. Historia y actualidad. Madrid. 1986.
- Herrero Herrero, César “Criminología”. Editorial Dykinson. Madrid. 1997.
- Herrero Herrero, César “Estudios de Derecho Penal, Procesal-Penal y Criminología”. Centro de Estudios Judiciales. Madrid. 1993.
- Juanatey Dorado, Carmen. “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”. La Ley Penal. N.º 9. Octubre 2004.
- Kaiser, G. “Criminología”. Editorial Dykinson. Madrid. 1983.

- Landrove Días, G. “El derecho penal de la “seguridad”. Madrid. Diario La Ley.10/10/2003.
- Larrauri Piojoan, Elena y otros autores; “Política criminal”. Consejo General Poder Judicial. Madrid. 1999.
- Leganés Gómez/ Ortolá Botella; “Criminología. Parte Especial”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.
- Leganés Gómez, S. “Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión”. Dykinson. Madrid. 2001.
- Leiva Tapia, J. “Retroactividad de la LO 7/2003. Revista Asociación Técnicos de II.PP.: n.º 1. Cáceres. 2004.
- León Villalba, F. J. “La pena privativa de libertad en el derecho comparado”. Derecho y prisiones hoy. Universidad Castilla-La Mancha. Cuenca. 2003.
- Loma Martínez, C. “Jurisprudencia constitucional penitenciaria”.
[http. www.Fiscalia.org](http://www.Fiscalia.org).2002.
- López Garrido/ García Arán. “El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario”. Eurojuris. Madrid. 1996.
- López Peregrino, C. “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”. Revista española de investigación criminológica. 2004.
- López Quiroga. “Recursos contra las decisiones de los Jueces de Vigilancia. Poder Judicial. Madrid. N.º especial III.
- Luzón Peña. “Medición de la pena y sustitutivos penales”. Madrid. 1979.
- Llorca Ortega. “Cárceles, presidios y casas de corrección en Valencia del siglo XIX”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1992.

- Manzanares Samaniego J. L. Y otros “Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria”. Madrid. 1986.
- Manzanares Samaniego J. L. “El cumplimiento íntegro de las penas”. Madrid. Actualidad penal n.º 7. 10/2/2003.
- Mapelli Caffarena/ Terradillo Basoco. “Las consecuencias jurídicas del delito”. Madrid. 1996.
- Mapelli Caffarena, Borja. “Ejecución y proceso penal”. Revistas Ciencias Penales n.º 15. www.cienciaspenales.org.
- Martín Diz, F. “Juzgados de vigilancia penitenciaria ¿urgencia, necesidad o idoneidad? Madrid. Diario La Ley n.º 5668. 3/12/2002.
- Medina Ariza, J. J. “La eficacia e eficiencia de las penas”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2002.
- Mestre Delgado, E. “La reforma permanente como mala técnica legislativa en derecho penal”. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal procesal y penitenciario. N.º 1. enero 2004.
- Morilla Cueva, L. “Reflexiones sobre el derecho penal del futuro”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2002.
- Muñoz Conde/ García Arán. “Derecho penal. Parte general”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002.
- Muñoz Conde. “Hacia un derecho penal del enemigo”. El País. 15/1/2003.
- Muñoz Conde. “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de la infracciones en materia de terrorismo en el Código penal después de la LO /2000. Jueces para la Democracia. Madrid. 2000.

- Muñoz Cuesta, Javier. “¿Es necesario el trámite de audiencia para proceder a la expulsión de un extranjero no residente que ha cometido un delito en España?”. Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 8 de julio de 2004. Repertorio de jurisprudencia Aranzadi n.º 19/2004.

- Neuman, Elías. “Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios”. Buenos Aires. 1971.

- Neuman, Elías. “Prisión abierta”. Buenos Aires. 1984.

- Nistal Burón. “Clasificación de los internos” Derecho y prisiones hoy. Universidad Castilla- La Mancha. Cuenca. 2003.

- Pelluz Robles, J. L. “El tercer grado”. Artículos doctrinales. Derecho Procesal Penal. Julio 1999.

- Petisco, Teresa/ Sánchez Fernando. “Algunas consideraciones sobre la Instrucción 9/2003. Revista Asociación Técnicos de II.PP. Cáceres. N.º 1/2004.

- Quintano Ripollés. “Curso Derecho Penal”. Madrid. 1963.

- Racionero Carmona, Francisco; “Derecho Penitenciario y Privación de Libertad”. Editorial Dykinson. 1999.

- Rascón, Juan Luis. “Derecho penitenciario de ocasión”. Jueces para la democracia. Madrid. 2003.

- Renart García, F. “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico”. Edisofer. Madrid. 2003.

- Ríos Martín, J. C. “Los ficheros de internos de especial seguimiento” Cuadernos Derecho Penitenciario. Colegio Abogados de Madrid n.º 3.

- Ríos Martín, J. C. “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel”. Madrid. 2001 y 2004.

- Roca Agapito. “Los anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal”. Una primera lectura de la regulación de las penas”. Madrid. Diario La Ley n.º 5731. 4/3/2003.
- Rodríguez Alonso, A. “Lecciones de derecho penitenciario”. Editorial Comares. Granada. 1997 y 2003.
- Rodríguez Devesa, J. M. “Derecho penal español. Parte General”. Gráficas Carasa. Madrid. 1980.
- Rodríguez Murullo y otros autores. “Comentarios al Código Penal”. Civitas. Madrid. 1997.
- Roxin, Claus. “La evolución de la política criminal, el derecho penal y el derecho procesal”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000.
- Salas Darrocha, J. T. “Normas básicas de la LO 7/2003 para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas privativas de libertad”. Sentencias de TSJ y otros Tribunales n.º 1/2003. Editorial Aranzadi. Madrid. Diciembre 2003.
- Sánchez Gil, J. Y González-Habaa Guisado. “Legislación y jurisprudencia penitenciaria”. Ministerio de Justicia e Interior. Madrid. 1994.
- Sainz Cantero, J. A. “Lecciones de derecho penal. Parte general”. Bosch. Barcelona. 1979.
- Serrano Butragueño, I. “Las penas en el nuevo Código Penal”. Comares. Madrid. 1996.
- Silva Sánchez, J. M.^a “Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria. Sobre el sistema de sanciones del Código Penal español”. Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología. 2003.
- Soldevilla Fragoso, S. “La política de traslados y dispersión de presos: implicaciones constitucionales”. La Ley Penal. Madrid. Revista de actualidad administrativa. N.º 11. junio 2004.

- Sutherland, E. H.; “Principles of criminology”. J. B. Lippincott. Philadelphia. 1947.
- Sutherland, E. H. y Cressey, D. R.; “Criminology”. J. B.Lippincott. Philadelphia. 1978.
- Tamarit Sumalla, J. Y otros. “Curso de derecho penitenciario”. Cedecs. Barcelona. 1996.
- Tamarit Sumalla/ Sapena Grau/ García Albero. “Curso de derecho penitenciario”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2001.
- Tamarit Sumalla, J./ García Albero, R. “La reforma de la ejecución penal”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003.
- Téllez Aguilera, A. “Los sistemas penitenciarios y sus prisiones”. Madrid. 1998.
- Téllez Aguilera, A. “La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”. Madrid. Diario La Ley. 14/8/2003.
- Téllez Aguilera, A. “Sobre la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y el nuevo sistema de recursos en la jurisdicción penitenciaria”. Revista Sepin Penal n.º 5 /2003.
- Téllez Aguilera, A. “La reforma del Código Penal y sus implicaciones penológicas”. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario. N.º 1. Enero. 2004.
- Téllez Aguilera, A. “Hacia un Guantánamo español”. Reflexiones a partir de la LO 7/2003, de 30 de junio”. Revista de la Asociación Técnicos de II.PP. Cáceres. N.º 1 /2004.
- Thomas, Andreu. “Procedimiento de apelación”. XIII Reunión de Jueces de Vigilancia. Valencia. 2004.

- Urbano Castrillo, E. “El control judicial de la clasificación penitenciaria”. Madrid. Diario Jurídico Aranzi. 5/11/2002.
- Vega Alocén. M. “La libertad condicional en el derecho español”. Madrid. 2001.
- Villameriel Presencio, J. L. “La Comisión Técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003. Madrid. Diario La Ley n.º 6010. 4/5/2004.
- Vives Antón/ Boix Reig/ Orts Berenguer/ Carbonell Mateu/ González Cussac. “Derecho Penal. Parte General y Especial”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996.
- Varios autores. Revistas de Estudios Penitenciarios. DGIIPP. Madrid.
- Varios autores; “El Espacio Europeo de libertad, seguridad, y justicia”. Ministerio del Interior. Madrid. 2000.
- Varios autores. “El tratamiento penitenciario: recursos y necesidades”. Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias. 2003.

