



Circular 1/2004 de la Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil, de modificació d'alguns dels aspectes de la Circular 1/2003 relativa a les mesures que calia adoptar davant l'entrada en vigor de la Llei orgànica 7/2003, de 30 de juny, de mesures de reforma per al compliment íntegre i efectiu de les penes

La Llei orgànica 7/2003, de 30 de juny, de mesures de reforma per al compliment íntegre i efectiu de les penes, que va ser publicada al Butlletí Oficial de l'Estat del dia 1 i va entrar en vigor el dia 2 de juliol de 2003, segons la seva disposició final segona, com hem pogut experimentar en els mesos transcorreguts des d'aquella data, va suposar una profunda reforma del nostre sistema d'execució de la pena de presó, substancialment en matèria de classificació en tercer grau de tractament penitenciari i de llibertat condicional.

Mitjançant la Circular núm. 1/2003 d'aquesta Secretaria Sectorial, es va pretendre aconseguir la unitat d'actuació d'aquesta Administració penitenciària en l'aplicació de les modificacions operades per l'esmentada Llei orgànica, dins del màxim respecte al principi de legalitat, però orientant els nostres esforços en la recerca de solucions que superin aquells obstacles que poguessin sorgir des del prisma de la protecció de determinats valors constitucionals.

Recents pronunciaments de dues sales d'apel·lació de la jurisdicció de vigilància penitenciària, fan aconsellable la revisió del criteri interpretatiu que vam adoptar en aquella Circular pel que fa a l'anomenat *període de seguretat* de l'article 36.2 del Codi penal.

Més concretament, són les interlocutòries 14 i 19 de maig de 2004 de la Secció 9a de l'Audiència Provincial de Barcelona i la de 6 de maig de 2004 de la Secció 5a de l'Audiència Provincial de Madrid, les que contenen la doctrina que per la seva significació reproduïm quasi literalment:

Primer. L'aplicació de l'article 36.2 planteja dos problemes: el primer, el de les condicions generals en les quals és aplicable aquest article; el segon, si les seves disposicions són aplicables als supòsits de resolucions sobre progressió al tercer grau dictades a partir del 2 de juliol de 2003 respecte dels penats per fets delictius comesos anteriorment a aquesta data. En síntesi, es podria dir que es tracta, d'una banda, d'interpretar quan és aplicable l'anomenat *període de seguretat*, problema íntimament relacionat amb que s'entén per compliment de la meitat de la pena imposada i, d'altra banda, de determinar quin és l'abast de la disposició transitòria única de la Llei orgànica 7/2003, de 30 de juny.

Segon. Començant per aquest darrer problema, sobre la constitucionalitat de l'esmentada disposició transitòria s'ha pretès fonamentar en dos arguments bàsics:

- a) Es tractaria d'una retroactivitat dèbil o impròpia, en quant no afecta a les resolucions ja dictades de classificació en tercer grau o de llibertat condicional encara que no es donessin en els penats els requisits que ara s'exigeixen, sinó que fa referència a les resolucions que es prenen des de l'entrada en vigor de la norma.

- b) Aquesta disposició addicional fa referència a normes d'execució, fins i tot a normes processals d'execució i no a normes penals substantives.

Donant per bona la primera afirmació, s'han de fer algunes consideracions respecte de la segona, i més concretament pel que fa a la classificació com a mera norma d'execució o com a norma processal d'execució de l'article 36.2 del Codi penal (i això suposant que els articles 9.10 i 25 de la Constitució permetin, a l'efecte de retroactivitat, aquesta distinció entre dret penal material i dret processal d'execució de penes a l'hora de prescriure la retroactivitat).

Sobre la naturalesa penal de les normes de l'article 36 del Codi penal poden donar-se els arguments següents:

1. Formalment, el període de seguretat està inclòs a l'article 36 del Codi penal. La mateixa exposició de motius de la Llei estableix que la raó per això és que "es considera necessària la introducció d'aquesta figura en el nostre ordenament *penal*".
2. Totes les lleis penitenciàries han tingut el caràcter de Llei orgànica, tant la Llei orgànica 1/1979, de 26 de setembre, general penitenciària, com les successives reformes que l'han modificada – inclosa la de la Llei orgànica 7/2003-, i això és així perquè afecten al dret fonamental de la llibertat (incís inicial de l'article 81.1 de la Constitució), ja que el seu caràcter orgànic no li ve exigint per la resta d'incisos de l'esmentat paràgraf de l'article 81 ni per l'article 25 de la mateixa carta magna que es refereix, sense especificar més, a *la Llei penitenciària*.
3. Materialment, la pena al Codi penal sols és amenaça penal. La pena es qualifica com a càstig en centenars d'ocasions al Codi penal i la seva càrrega aflictiva sols arriba quan es compleix. Allò que per la jurisdicció és execució per al penat és compliment. I sols pel compliment s'arriba a les finalitats de la pena, no solament a la retributiva de la prevenció especial, sinó fins i tot la prevenció general en els seus vessants positiu i negatiu, atès que si les penes no es complissin mai, no existiria capacitat dissuasiva en la comminació penal, ni capacitat per inspirar respecte a la norma i evitar, mitjançant la confiança en la llei el recurs a la violència privada i a la represàlia. Per això, distingir entre la pena, per un costat, i la vida de la pena, per un altre, com si la pena existís al marge del seu compliment, és contrari a tota experiència i a la raó vital.
4. És evident que el contingut aflictiu de la pena no pot mesurar-se pel *quantum* de la seva duració sinó pel *quantum* de la seva intensitat. Qualsevol mesura del temps que prescindeix de la intensitat del sofriment és, en termes humans, inexacta i invàlida.

Tercer. Aquest raonament enllaça dues idees. La primera, que no pot afirmar-se que allò que afecta les penes i dins d'aquestes, a aquesta zona essencial que és el seu compliment, no forma part del contingut essencial del dret penal; la segona, és que la forma de compliment pot contenir una major o menor càrrega aflictiva i segons ells resultar la aquesta més o menys desfavorable.

Doncs bé, que ens trobem davant una norma desfavorable resulta en part del ja exposat, i també:

- A. La clara voluntat del legislador de substituir un estat de coses que, segons ell, "pot fer que la pena prevista al Codi penal i fixada a la sentència quedi molt distant de la que s'ha complert efectivament" (exposició de motius) pel "compliment íntegre i efectiu de les penes" (denominació de la llei).

- B. Que, encara acceptant que la forma del compliment de la pena sigui, en cada moment i amb vista al futur, una mera expectativa, si les pitjors expectatives es converteixen en regla, ni tan sols en una fase de la condemna, no pot afirmar-se que allò no té rellevància quant al judici com a favorable o desfavorable de la norma.
- C. Perquè la norma és desfavorable amb independència que hipotèticament no ho sigui en un cas concret. Dificultar amb caràcter general la progressió de grau és impossible que no tingui abans o després el seu reflex en una pluralitat de casos particulars, de casos en què, complerts tots els requisits que *abans* s'exigien, no es compleix algun dels introduïts més tard per una llei que en tots aquests casos va resultar desfavorable. Si una llei perjudica moltes vegades i no afavoreix mai, pot dir-se que no és desfavorable?

Veiem, doncs, que pot apuntar-se que estem davant una norma penal desfavorable. És el moment de tornar a estudiar el seu caràcter retroactiu pel que abans es va passar de puntetes, afirmant que érem en un cas de retroactivitat impròpia en quant que la norma no afecta a resolucions anteriors a la seva entrada en vigor sinó a les seves posteriors, encara que aquestes enllacin amb fets anteriors a aquesta entrada en vigor.

Ara bé, retroactivitat impròpia no significa retroactivitat innòcua, atès que és clar el caràcter desfavorable de la norma, és més, és clar que es buscava endurir el compliment de les penes, i és clar que com tota retroactivitat conté un element de sorpresa (desagradable en aquest cas), aliè a qualsevol funció didàctica de la norma penal i als principis de seguretat jurídica. A aquella, perquè en res serveix un missatge d'enduriment després del delictes (o serveix sols per generar desconfiança en la norma), i a aquests, perquè no les expectatives de dret (tan discutibles) sinó les exigències de la seguretat jurídica fonamenten la irretroactivitat de la llei penal.

D'aquestes exigències de seguretat neix, com diu l'exposició de motius de la llei, el dret del ciutadà "a saber quina és la pena que li correspon a l'acció tipificada en la norma penal com delictes o falta"...el dret del ciutadà "a conèixer amb certesa quina és la forma en què se li aplicaran les penes, a saber, en definitiva, en què es traduirà en la pràctica la pena o sanció imposada". Sembla difícil estar en desacord amb això, però per tal que s'entengui aquest dret, no és essencialment el dret de cada ciutadà a saber què li passarà a un altre si delinqueix, sinó el dret de tots i cada un dels ciutadans a saber què li passarà a cada un d'ells que delinqueixi. I si és això el que es pretén, de poc serveix saber-ho abans de delinquir, si després del delictes, pot canviar-se "la forma en què s'aplicarà la pena" o pot canviar-se allò en el que "en definitiva...es va traduir a la pràctica la pena o sanció imposada".

En definitiva, hi ha raons poderoses per sostenir que estaríem enfront de normes de naturalesa penal, desfavorables si es comparen amb les anteriorment vigents i a les quals es dotaria d'una retroactivitat potser impròpia però res d'innòcua. És aquest un cas en el qual no sobre dir que estem en el límit d'allò que permet la Constitució. La irretroactivitat de les normes penals no neix amb la Constitució; amb totes les seves fallides, ve de molt lluny, quasi de les beceroles de la civilització. Una democràcia avançada no pot en aquest punt permetre's el luxe de normes sota sospita, no ja per ser inconstitucionals, sinó per ser incivilitzades.

Quart. La disposició addicional de la LO 7/2003 estableix que "allò disposat conforme a aquesta llei en els articles 90 i 93.2 del Codi penal i en l'article 72.5 i 6 de la Llei orgànica general penitenciària respecte a la classificació o progressió al tercer grau de tractament penitenciari serà aplicable a les decisions que s'adoptin sobre les matèries esmentades des de la seva entrada en vigor, amb independència del moment de la comissió dels fets delictius o de la data de la resolució en virtut de la qual s'està complint la condemna".

Com és evident, la disposició transitòria no inclou les disposicions de l'article 36 del Codi penal. Tanmateix, en aquest punt és possible interpretar el següent: entre les exigències de l'article 72.5 de la Llei orgànica general penitenciària per acudir al tercer grau apareix ara la de complir "els requisits previstos al Codi penal"; com que mai fins ara va preveure el Codi penal cap requisit per accedir al tercer grau, sembla evident que, potser per una via indirecta, s'estigui exigint el compliment del període de seguretat, previst a l'article 36 del CP tret que s'hagi acordat l'aplicació del règim general, en qualsevol resolució posterior a l'1 de juliol de 2003 que pretengui acordar la progressió a tercer grau.

Ara bé, aquesta interpretació suposa, d'un costat, imputar al legislador l'ús de les vies obliqües en una matèria com el dret sancionador que es regeix pel principi de *lex certa*, i de l'altre, conclou que aquesta via obliqua és la forma de dissimulació d'allò que, com s'ha dit, suposaria una retroactivitat res innòcua d'una norma desfavorable i de contingut material genuïnament penal.

Enfront d'aquesta interpretació també caldria la contrària: el legislador és conscient en frases que es prenen de l'exposició de motius de la Llei, que ha incorporat la figura del període de seguretat al "nostre ordenament penal"; és conscient que la forma de compliment "pot fer que la pena prevista al Codi penal i la fixada a la sentència quedi molt distant de la que s'ha complert efectivament" i reconeix el dret dels ciutadans a "conèixer amb certesa quina és la forma com s'aplicaran les penes, a saber, en definitiva, en què es traduirà a la pràctica la pena o sanció imposada", certesa que és incompatible si aquesta traducció, a la pràctica, pot canviar-se sobre la marxa; i essent conscient de tot això, no menciona, amb tota intenció, l'article 36 a la disposició transitòria de la Llei orgànica 7/2003.

És clar que això derivaria de nou a quin és el significat de la frase de l'article 72.5 de la LOGP en la seva nova redacció quan es refereix a la necessitat de complir "els requisits previstos al Codi penal". Però si es parteix de la base que el legislador no busca introduir una retroactivitat desfavorable de forma dissimulada, és clar que és possible una interpretació que digui que la disposició transitòria està pensada precisament per aquest període de transició, i es dirigeix per això a l'article 72.5 de la LOGP (i a altres normes); però l'article 72.5 no està pensat per aquest període de transició, és a dir, no és a la vegada una norma transitòria, sinó una norma amb vocació de permanència que pretén regular per sempre i fins a la seva derogació els requisits per accedir al tercer grau. És a dir, era necessari incloure aquesta referència al Codi penal si es pretenia que aquests requisits continguts al Codi penal poguessin exigir-se alguna vegada, però això no significa mudar la naturalesa de l'article 72.5 i convertir-lo en disposició transitòria de segon grau. Quan, en el seu moment, la disposició transitòria de la Llei orgànica 7/2003 manqui de sentit per no existir ja les situacions reals a les qual es refereix, l'article 72.5 de la LOGP mantindrà la seva vigència, precisament perquè no es tracta d'una norma retroactiva complementària. Amb això el contingut directe i propi de l'article 72.5 s'aplicaria conforme al mandat de la disposició transitòria i el contingut per remissió a altres normes com podrien ser l'article 36 o el 78 del Codi penal solament es podrien aplicar a fets delictius comesos des del dia 2 de juliol de 2003.

I a propòsit de la menció feta abans de l'article 78 el Codi penal, ningú no dubta de la impossible retroactivitat de l'article 76 del Codi penal ni de la menys impossible del 78, sense sentit en la seva redacció actual al marge del 76, i, amb raó de la naturalesa clarament penal d'aquestes normes és impossible pensar que càpiga la seva aplicació retroactiva emparada en la frase "a més dels requisits previstos pel Codi penal" continguda a l'article 72.5 de la LOGP, i tanmateix, és evident, per un costat, que l'article 72.5 ha de contenir aquesta frase per donar caràcter sistemàtic a les nostres lleis també en relació amb l'article 78 del Codi penal i, per altre, que si de cap manera això afecta a la retroactivitat de l'article 78 perquè el seu contingut és, en si i per referència del 76, clarament penal,

tampoc té perquè afectar a l'article 36, si es considera aquesta, una norma amb contingut penal. Per tant, si és possible tenir en compte raonablement dues interpretacions de la llei, i de les dues, una és molt més acord que l'altre amb principis inviolables no ja de la Constitució sinó del nostre sencer sistema cultural i de la nostra civilització, és perfectament raonable entendre que el contingut de la disposició transitòria de la Llei orgànica 7/2003 no s'estén a l'article 36 del Codi penal.

Cinquè. Tanmateix, encara que s'acceptés que la retroactivitat establerta era la disposició transitòria arriba a l'article 36, a judici del tribunal [dels tribunals les interlocutòries dels quals ara estem reproduint] l'article 36 no es refereix a la dimensió de la condemna, ni a la suma de les penes imposades, sinó exclusivament a la pena imposada. És cert que hi hauria ocasions en què la suma de les penes imposades pogués ser superior als cinc anys (quinze per exemple) sense que cap d'elles passi dels 5. I sembla absurd que en aquest cas no s'apliqui el període de seguretat i si s'apliqui a una pena de sis anys. Però el que és absurd en casos extrems, és lògic fora d'aquests. I, a més que els més extrems d'aquests casos puguin tenir correcció per allò previst a l'article 78 del Codi penal, no pugui ignorar-se les següents raons a favor de considerar les penes per separat i no la condemna global com un tot:

- El tenor de l'exposició de motius que es refereix a *delictes de certa gravetat*, i a *delictes més greus*, no a la resposta a plurals delictes menys greus.
- La ubicació del període de seguretat a l'article 36 referit precisament a la durada de les penes, no de les condemnes, com, en el que ara importa, en part fa l'article 76.
- La clara dicció de la llei que es refereix a la pena imposada a l'article 36 i distingeix clarament entre la pena imposada i la suma de les imposades (article 81.2), entre pena a complir i penes imposades (article 78.1), entre pena i condemna (articles 76 i 90, etc.) i quan vol equiparar la pena imposada a la suma de les imposades, ho fa (article 81.2, esmentat).
- La vocació de la llei a distingir entre penes més o menys greus. Actualment conforme a l'article 87 del Codi penal, es pot suspendre per exemple l'execució de tres penes de tres anys de presó i no es pot suspendre l'execució d'una de tres anys i un dia. I després de l'entrada en vigor (a l'octubre de 2004) de la Llei orgànica 15/2003 es podrà suspendre l'execució de tres penes de cinc anys i no una de cinc anys i un dia. Això pot ser injust en casos extrems, però és una opció del legislador que posa l'accent en la condició de greu o menys greu de la pena (i és evident que en publicar-se la Llei orgànica 7/2003 el procés d'elaboració de la Llei orgànica 15/2003 estava molt avançat).
- La necessitat d'interpretar restrictivament una norma que suposa una excepció al sistema d'individualització científica i progressiu no lineal de compliment de la pena que estableix la LOGP (article 72.1.3 i 4).

En coherència amb la doctrina establerta per aquests tribunals, es modifica la circular 1/2003 d'aquesta Secretaria Sectorial en els termes següents:

PRIMER. El període de seguretat al qual fa referència l'article 36.2 del Codi penal reformat, no es pot aplicar sinó a fets delictius que es produeixin posteriorment a l'entrada en vigor de la Llei orgànica 7/2003, és a dir, a partir del dia 2 de juliol de 2003.

SEGON. El precepte comentat fa referència a “... **la durada de la pena de presó imposada sigui superior a cinc anys...**” i, per tant, parteix **de la pena individual** sense que cap precepte autoritzi a considerar que es refereixi a la suma de les penes imposades o a la seva acumulació conforme a l'article 76.1 del Codi penal, i sense que pugui fer-se una interpretació extensiva en contra del reu que identifiqui la **pena imposada** amb el concepte de **condemna**; per la qual cosa i en coherència amb aquest criteri queden expressament revocats tots els aspectes de la Circular 1/2003 d'aquesta Secretaria Sectorial que s'oposin o siguin contradictoris amb la interpretació que de l'article 36.2 han fet els tribunals la doctrina dels quals ara comentem.

TERCER. Es fa necessari precisar, que pel que fa a l'anticipació de la llibertat condicional avançada a les dues terceres parts, fins a un màxim de 90 dies per cada any de compliment efectiu de condemna, regulada a l'article 91.2 del Codi penal, ni en la Llei orgànica 7/2003 ni en la Circular 1/2003 d'aquesta Secretaria Sectorial es prohibeix l'aplicació d'aquesta disposició favorable de la reforma als períodes de les condemnes ja complerts anteriorment a l'entrada en vigor de la norma.

Disposició final

En cas de dubte o de necessitat d'adequació del contingut d'aquestes normes, s'ha d'adreçar la consulta al cap del Servei de Medi Obert i Serveis Socials, al cap del Servei de Rehabilitació o a la cap del Servei de Règim, segons que correspongui.

En rebre aquesta Circular, se n'ha de justificar recepció al Servei d'Assessorament Jurídic i Inspecció d'aquesta Secretaria Sectorial.

La Circular, que entra en vigor en la data de la seva signatura, ha de ser llegida en la primera reunió dels òrgans col·legiats dels centres penitenciaris i en la primera reunió de treball de les Comissions Territorials d'Assistència Social Penitenciària que tinguin lloc després de rebre-la, perquè se'n tingui constància i se n'assabentin.

Barcelona, 8 de juny de 2004

El secretari de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil

Albert Batlle i Bastardas