

LIBERTAD CONDICIONAL ANTICIPADA POR ENFERMEDAD GRAVE E INCURABLE.

Margarita Aguilera Reija.

Abogada.

Coordinadora adjunta del Servicio de
Orientación Jurídica Penitenciaria.

1. Introducción.

Antes de entrar a analizar el artículo 92 del Nuevo Código Penal y los artículos 104.4 y 196 del Reglamento, se hace necesario un estudio previo de la actual cobertura jurídica, a fin de determinar cuáles son las obligaciones de la Administración y de los órganos judiciales ante el problema de los enfermos graves e incurables en prisión.

Por lo que se refiere a las prestaciones de la Administración, ya nuestra Constitución reconoce en su artículo 43.1 el derecho a la protección de la salud, encargando a los poderes públicos su organización y tutela. Si por otro lado observamos como el artículo 25.2 del mismo cuerpo legal reconoce a todo condenado a pena de prisión el goce de los derechos fundamentales, resulta obvio concluir que todo interno en un establecimiento penitenciario tendrá el derecho constitucional a la protección de su salud y la administración encargada de su protección no podrá ser otra que la penitenciaria.

Así lo entiende la propia ley Orgánica General Penitenciaria cuando en su artículo 3.4 establece que *“la Administración Penitenciaria velará por la vida integridad y salud de los internos”*. En el mismo sentido el artículo 4 del Reglamento Penitenciario donde se enumeran los derechos de las personas presas: *“Los internos tendrán derecho a que la Administración Penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud..”*

Tras esta somera, pero necesaria visión de la actual regulación de la protección de la salud de los internos en establecimientos penitenciarios, podemos sacar como conclusión que la Administración Penitenciaria y los órganos judiciales tiene la obligación legal de la protección de la salud de los reclusos.

2. EL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO PENAL

La inclusión del artículo 92 en el Nuevo Código Penal resuelve la pretendida quiebra del principio de jerarquía normativa del antiguo artículo 60.2 del Reglamento de 1981. Por su parte el nuevo Reglamento desarrolla el artículo 92 del C. P. en sus artículos 104.4 y 196

Entrando directamente en el análisis del artículo 92 del Código Penal, éste regula un supuesto excepcional para acceder a la libertad condicional : establece una excepción al requisito de haber cumplido las tres cuartas partes e incluso las dos terceras de la condena, a los que según informe médico se trate de *“enfermos muy grave, con padecimientos incurables”*.

De este modo la excarcelación se funda en conceptos jurídicos indeterminados lo que afecta, según Joaquín Sánchez -Covisa Villa (1), a la **garantía de su objetiva aplicación** y provoca graves **conflictos de interpretación y valoración** entre todos los que participan en su aplicación, (médicos, equipos de tratamiento, jueces y fiscales) que condicionan su puesta en practica.

Es por ello, que se hace necesario la previa definición de criterios de valoración de los requisitos del artículo 92 del Código Penal, única manera de lograr una cierta objetividad que elimine cualquier atisbo de arbitrariedad. Criterios que deben ser explícitos y motivados con argumentaciones que evidencien las premisas valorativas de los mismos.

2.1. Derecho fundamental a obtener una resolución motivada

El artículo 24.1 de la Constitución Española exige, como uno de los contenidos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que las resoluciones judiciales no sean arbitrarias o patentemente irrazonadas por efectuar una valoración claramente impropia que impida el acceso al recurso, pudiendo dar lugar al amparo constitucional por violación del artículo 24.1 de la Constitución, en caso de ausencia absoluta de motivación en la negación o concesión de la libertad condicional.

En consecuencia podemos afirmar que todo condenado que sufra una enfermedad grave e incurable tiene el derecho fundamental a que la resolución en que se conceda o deniegue su excarcelación anticipada sea suficientemente razonada y fundada.

2.2. El principio de humanidad y el respeto a la dignidad de la persona son criterios de interpretación de la norma

Nadie ha puesto en duda el fundamento humanitario de los beneficios que comprende el artículo 92 del Código Penal. No obstante, a pesar de su reconocimiento como principio de nuestro sistema penal, no siempre ha sido bien entendido como *criterio de interpretación teleológico-objetivo*. Como dice Karl Larenz (2) es una exigencia no sólo del legislador sino también del intérprete evitar las contradicciones de valoración dentro del orden jurídico.

Al declarar la Constitución Española en su artículo 10.1 que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad constituyen uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, se está reconociendo el principio liberal, presupuesto de la negación de las penas inhumanas (artículo 15 de la CE) por el cual cada hombre y consiguientemente también el condenado, no debe ser tratado nunca como medio o cosa, sino siempre como fin o persona, lo que implica una limitación fundamental a la

calidad y cantidad de la pena.

3. REQUISITOS DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.

Los requisitos para acceder a la libertad condicional por aplicación del artículo 92 del nuevo Código Penal son cuatro, tres comunes al instituto de la libertad condicional:

- * La clasificación del interno en tercer grado de tratamiento
- * Buena conducta
- * Pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes.

El cuarto requisito es que el interno sea septuagenario o tenga enfermedad grave con padecimientos incurables.

A.- ENFERMEDAD GRAVE CON PADECIMIENTOS INCURABLES

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 325/1994 de 12 de diciembre, considera que *"a la hora de conceder la libertad condicional en virtud de cuatro circunstancias, a una de las cuales se le da prevalencia absoluta respecto de las restantes, por tratarse de enfermo muy grave con padecimiento incurable, en la extensión genérica de la norma aplicable"*.

El artículo 92 del Código Penal está pensado esencialmente para los **enfermos terminales**. Sin embargo, el concepto de enfermo terminal no debe ser interpretado tan restrictivamente que pueda llegar a confundirse con **enfermo agónico o cercano a la muerte**. Ni la letra ni el espíritu, ni la finalidad, ni la sistemática del artículo 92 del C.P. autorizan esa interpretación. En este sentido el auto de la Sala V del Tribunal Supremo de 19 de Agosto de 1988, en el que se afirma que el citado precepto contempla los

supuestos en que los reclusos *"bien por causa de su edad avanzada, bien a causa de un padecimiento grave de pronóstico fatal, se encuentra ya en el período terminal de su vida"*. De manera que el Tribunal Supremo interpreta ambas situaciones como similares. Es evidente que una persona septuagenaria no se encuentra en peligro inminente de muerte, por lo que no hay por qué exigirle esa condición al enfermo muy grave con padecimientos incurables, pues su fundamentación es la misma: que la privación de libertad no aumente sus efectos aflictivos en el período más o menos largo - pero incontestablemente terminal de su vida -.

Por su parte la sentencia de 12 de septiembre de 1991, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo declara: *"pero, en todo caso, la postura que adoptó el Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria parece conforme con el tenor literal del precepto (el sida ya desarrollado con pronóstico de fallecimiento a corto plazo cumple, sin duda los dos requisitos exigidos, pues se trata de una enfermedad que es, al tiempo muy grave e incurable) y también parece acorde con la finalidad humanitaria de tal forma que permitiría adelantar la excarcelación a algún momento anterior al de la muerte inminente, pues quizá debiera entenderse que **no es el propósito de este artículo del Reglamento el que puedan sacarse de la prisión a los enfermos sólo para que mueran fuera de la cárcel, pareciendo, por el contrario, lo más adecuado al espíritu de esta disposición el que pudieran permanecer en libertad alguna temporada anterior al momento del fallecimiento"**.*

La Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996, de 26 de marzo da un paso más cuando afirma que: *"**La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato** ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva, no pietatis causa sino por criterios enraizados en la justicia como resultado de conjugar*

los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble con otra guisa. (...) La Audiencia denegó la liberación anticipada porque “la estancia en prisión” no constituye “un peligro seguro para la vida”, hace decir a la norma interpretada lo que no dice, creando un requisito obstativo, un impedimento más, donde no existe. Está claro que la excarcelación no puede garantizar la sanidad de un mal incurable según diagnóstico pero permite una mejoría relativa y una evolución más lenta, con menos ocasiones de episodios agudos, no sólo por el tratamiento Médico, que también podría recibir en la cárcel, sino por el cambio de ambiente que coadyuva positivamente por la unidad psicosomática del ser humano, mientras que la permanencia en el establecimiento penitenciario ha de incidir negativamente en la misma medida. Lo dicho pone de manifiesto que la lectura restrictiva del precepto reglamentario hecha por la Audiencia Provincial más allá de su texto introduce un factor de riesgo para la integridad física y aún para la vida del ya enfermo”.

El período terminal de la vida, es un concepto indeterminado en cuanto a su duración que puede ser más o menos largo. Más desde una perspectiva estrictamente jurídica, según Joaquín Sánchez-Covisa Villa, (2) una vez se dé la situación de gravedad e irreversibilidad del padecimiento, habrá que atender además a otros referentes: *"entre las que destacan no sólo las referentes a las estimaciones del tiempo de supervivencia, sino también, cualquiera que sea éste, las **condiciones de su existencia**, en cuanto a una mayor o menor autonomía física y psíquica que acrediten una **situación de notoria deficiencia e insoportable inferioridad respecto del resto de los reclusos de tal manera que carezca de sentido, con carácter definitivo, la programación de un tratamiento rehabilitador o resocializador**, respondiendo su permanencia en prisión a consideraciones exclusivamente aflictivas y retributivas".*

B.- CLASIFICADO EN TERCER GRADO

Como afirma Heriberto Asencio Cantisan (3), la constatación de una enfermedad grave e incurable provocarán ineludiblemente el reconocimiento del beneficio de la excarcelación anticipada cuando el condenado ya se encuentre clasificado en tercer grado de tratamiento, ya que la libertad condicional no es sino una

continuación de aquella clasificación y régimen, habiéndose ya realizado un análisis de la personalidad del condenado que demuestra que tiene capacidad para cumplir la pena en un régimen próximo a la libertad.

El problema surge cuando el requisito del tercer grado no concorra con carácter previo. El informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto del Código Penal de 1994 había llamado la atención sobre la conveniencia de no seguir exigiendo en todo caso la previa clasificación en tercer grado, lamentando que el legislador no hubiera atendido esta sugerencia expuesta ya en relación al Proyecto de 1992, y que finalmente ha sido una vez más desoída en el trámite parlamentario. El motivo alegado en el Informe era que se puede llegar a una situación terminal sin merecer la referida clasificación y no obstante deberían imponerse en última instancia las consideraciones humanitarias.

El Reglamento Penitenciario en su artículo 102.2 establece que para determinar la clasificación ponderar la personalidad y el historial individual, familiar social y delictivo del interno y la duración de las penas. Sin embargo la constatación de la existencia de una **enfermedad grave con padecimientos incurables, en el sentido ya indicado, vacía de contenido esta previsión legal**. El fundamento del adelantamiento de la libertad condicional para los enfermos incurables, ciertamente, debe prescindir de estos elementos valorativos no sólo por no guardar relación alguna con la finalidad perseguida por el beneficio, sino también porque puede introducir elementos encubiertos de discriminación intolerables. Borja Mapelli Caffarena (4) llega a afirmar que el principio de humanidad, que inspira este precepto, debe proyectarse sobre todos los requisitos comunes de la libertad condicional, llegando casi a desaparecer al ceder estos ante razones de carácter humanitario.

La progresión a tercer grado y aprobación de la libertad condicional, se puede acordar por el Juez de Vigilancia Penitenciaria sin la necesidad de previo expediente administrativo. Así José María Tamarit Sumalla (5) considera que más allá de las formalidades establecidas reglamentariamente, la propia Ley permite al interno solicitar directamente la libertad condicional en caso que la Administración

penitenciaria no hubiera cursado el expediente. Las propuestas a las que hace referencia el artículo 76.2-b de la LOGP pueden ser tanto elevadas por la Junta de Tratamiento como las que efectúe directamente el interno cuando la Administración haya informado desfavorablemente sobre la liberación.

En este mismo sentido Ignacio Sánchez Yllera (6) afirma que *“El expediente de libertad condicional que al Juzgado se eleva - artículo 63.1 RP - tiene por objeto reunir los datos que al Juez le van a servir para tomar con mayor conocimiento la decisión de conocer o no la libertad condicional. La Junta de Régimen y Administración no propone la libertad condicional, sino porque está obligada a realizar el expediente de libertad condicional y recoge en él datos que el Reglamento señale - si dispone o no de trabajo, medios de vida, si se acepta la tutela de la Comisión de Asistencia Social, el informe del CAS sobre la oferta de trabajo, y su posibilidad de vigilancia y tutela y el informe pronóstico final del Equipo de Tratamiento a que hace referencia el artículo 67 de la LOGP - y elevarlo al Juzgado antes de la fecha de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena. Por lo tanto si en el expediente personal que obre en el Juzgado constan todos los datos que el Juez necesita para tomar esta decisión, conforme al artículo 92 del Código Penal, podrá el Juez de Vigilancia otorgar por sí, y sin expediente administrativo previo, la libertad condicional del penado.”*

Hasta tal punto esto es así que, la VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, aprobaron el criterio de que 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 Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar dicha progresión de grado sin propuesta previa del establecimiento, en el mismo auto en que se conceda a aquél el beneficio de la libertad condicional.”*

C.- BUENA CONDUCTA

El nuevo Código Penal sustituye la exigencia de “intachable conducta” por “buena conducta”. Concepto jurídico indeterminado que debe ser interpretado y

aplicado a la luz del principio de humanidad inspirador de esta norma.

Buena conducta debe ser entendido de modo flexible toda vez que a las personas con enfermedad grave e incurable no se les puede exigir los criterios generales de valoración (predisposición al trabajo, colaboración en distintos tipos de actividades laborales o educativas, disfrute de permisos, etc.) pues se encuentran impedidos para ellos.

D.- PRONÓSTICO INDIVIDUALIZADO Y FAVORABLE DE REINSESION SOCIAL.

El antiguo Código Penal exigía garantías de hacer vida honrada en libertad, dicho requisito ha sido sustituido en el Nuevo Código por un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por los expertos que Juez de Vigilancia estime convenientes. Sin embargo la exigencia de la reinserción social debe ser interpretada desde una situación de enfermedad grave e incurable. La Fiscalía General del Estado de 1991, se manifiesta en este sentido cuando dice que en estos supuesto "*las penas privativas de libertad ya no pueden cumplir su fin primordial de procurar la reinserción social del penado.*"

De este modo el informe de los expertos deberá referirse a dos cuestiones. En primer lugar que las necesidades sanitarias y asistenciales del recluso queden suficientemente cubiertas en libertad condicional, en concreto si va a recibir un adecuada atención médica y si cuenta con apoyo familiar o de otro tipo. En segundo lugar que la libertad del enfermo no suponga un riesgo intolerable contra la seguridad ciudadana. Esto obliga a valorar en cada caso los riesgos que para la seguridad pública puede ocasionar la peligrosidad del enfermo condenado para el caso de una excarcelación anticipada.

4.- LAS RESOLUCIONES DE LA SECCION 5ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, encargada de resolver los recursos en materia penitenciaria, ha ido definiendo y concretando, a través de sus resoluciones los requisitos para acceder a la libertad condicional anticipada por enfermedad grave e incurable, creando con ello una mayor seguridad jurídica.

Transcribo a continuación, un resumen de los autos con más interés.

* "No obstante, a la vista de los informes médicos del recurrente, que revelan un estado de salud muy deteriorado, queda examinar si procede aplicar el artículo 104.4 del mencionado Reglamento, que prevé la clasificación en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal de los enfermos muy graves con padecimientos incurables, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad. (...)

“Parece claro que sufre diversas enfermedades muy graves e incurables, con independencia de la evolución más o menos favorable que cada una de ellas pueda tener, también, que el conjunto de todas representan una limitación considerable de la vida del penado y que por los impedimentos que necesariamente comportan en las actividades cotidianas ordinarias del mismo, y que afectan a múltiples facetas, suponen, al mismo tiempo, una dificultad para delinquir y una disminución de la peligrosidad de aquél. Por lo tanto, se cumplen los requisitos establecidos en la disposición citada por lo que las razones humanitarias y de dignidad que en ella se exponen se accede a la solicitud del recurrente, estimando el recurso." AUTO 829/97 11.9.97 JVP N°2 EXP 51/95

* "La resolución impugnada ha de mantenerse. El interno, una vez excarcelado por progresión de grado al amparo de lo dispuesto en el artículo 90 de la L.O.G.P., no cumplió con las condiciones que se establecían en el auto de excarcelación, desapareciendo de su entorno. No se pone en duda el hecho de su grave enfermedad, pero tal gravedad no le impidió marcharse y no cumplir con las condiciones, y en tales circunstancias se le revocó la libertad concedida, negándole ese tercer grado." AUTO 862/97 16.9.97 JVP N°2 EXP 571/91

* “Nos encontramos ante un penado afectado de enfermedad grave -VIH+-, desde el año 1986 con un pronóstico a corto plazo fatal, según se desprende de los informes médicos; goza de acogimiento familiar, y en los permisos que ha disfrutado no se ha observado nada anormal, haciendo vida familiar, con conducta adaptada. Indudablemente su enfermedad es grave, y a pesar de su pronóstico, **no quiere decir que haya perdido su capacidad total para delinquir**, por ello, literalmente no se puede considerar cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 104.4 del R.P. , **pero el texto legal no requiere tal estado de salud, equivalente a la inconsciencia y a consecuencia se ha de dar por cumplidos los requisitos del citado precepto**, en el caso de autos , por lo que procede acceder a su solicitud de progresar a tercer grado por motivos de enfermedad.” AUTO 982/97 14.10.97 JVP N°2 EXP 1528/94

* “La clasificación en tercer grado del interno fue propuesta por los servicios médicos del centro penitenciario cuyo pronóstico en fecha 26.9.96 era muy grave a corto medio plazo. La Junta de Tratamiento denegó el tercer grado por considerar que su estado de salud actual no tiene cabida en los términos utilizados por el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario. Dicho artículo únicamente requiere que se trate de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, cuya clasificación en tercer grado se hace por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad. Estos requisitos concurren en el interno recurrente, a la vista de los informes emitidos por los servicios médicos del centro, que son los que van tratando y atendiendo la evolución de la enfermedad padecida por el penado, y han apreciado el estado en que se encuentra el mismo, considerando que reúne las exigencias del mencionado artículo. Así lo entiende también la Sala, a pesar del informe emitido por el médico forense cuyo pronóstico a diferencia de los anteriores, **pues no cabe interpretar que el artículo 104.4 del Reglamento prevea la clasificación en tercer grado sólo en los supuestos en que sea previsible un fallecimiento inminente a fin de que los últimos días o incluso horas las pase el enfermo en un ambiente más cercano, sino que, sin necesidad de llegar a esta situación extrema, trata de suavizar las condiciones de vida de quien ya padece una enfermedad irreversible y se encuentra en estado muy grave, todo ello, como dice el precepto, por razones humanitarias y de respeto a**

la dignidad de la persona. Aún cuando lo anterior ya es motivo suficiente para la estimación del recurso, además, en el presente caso, hay que tener en cuenta el informe social favorable del servicio correspondiente del centro penitenciario, que desde hace más de dos años no consta que el interno haya tenido ninguna relación con las drogas, por lo que no se puede presumir que se mantiene su adicción a las mismas, y que $\frac{3}{4}$ partes de la condena las cumplió en agosto pasado y la definitiva la cumplirá dentro de pocos meses, en mayo del próximo año, por todo lo cual procede la clasificación solicitada.” AUTO 1017/97 22.10.97 JVP N°2 EXP 2066/93

* “La progresión a tercer grado y la aplicación de la libertad condicional se solicitan en base a la misma causa : la existencia de una enfermedad grave con padecimientos incurables. (...) de suerte que los servicios médicos consideran que se trata de un enfermo de SIDA con muy mal pronóstico a corto, medio plazo lo que le será susceptible de aplicación del artículo 104 del Reglamento en informe emitido en 23-4-97. El informe del director de la prisión recogiendo los datos médicos incluye que el preso padece VIH estadio IV y que su pronóstico es grave a un mes y muy grave a cuatro meses vista contados desde abril. El informe de la trabajadora social de 8 de mayo de 1997 hace referencia al buen apoyo y a la buena acogida familiar, a la pertenencia de la madre a una asociación de lucha contra la droga, así como a que el interno es toxicómano pero en la actualidad no muestra síntomas de consumo. En fin, los datos relativos a las penas que cumple son los siguientes : penas impuestas :8 años, 11 meses y 28 días. Inicia el cumplimiento el 10.12.93, cumple tres cuartas partes en Julio de 1998 y la totalidad de la pena en enero del 2000 (lo que es revelador de la obtención de importantes redenciones.) Por otra parte, se considera en su contra el fracaso en su tratamiento de desintoxicación y la ausencia de disfrute de permisos de salida, así como una alegada multireincidencia que no resulta del expediente y que más parece referirse a una plural actividad delictiva, si bien el número de ingresos en prisión es elevado -ocho- su conducta en la misma no es mala pues ni tiene sanciones, ni recompensas y ha participado en las actividades de la escuela y del taller de mecánica.

Son estos datos que, si se prescinde de las enfermedades que padece, serían insuficientes para acordar la progresión a tercer grado pues no se revelan especiales

avances en la reinserción ni es conveniente el régimen de semilibertad inherente al mismo sin una cierta preparación a través de los permisos.

Pero lo esencial es que el expediente contiene los suficientes datos como para pronunciarse sobre la progresión a tercer grado y la libertad condicional y que la resolución en un sentido u otro dependerá del concepto mismo de si estamos en presencia de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Al respecto ha de decirse que existe también un informe médico-forense de 10 de junio de 1997 que concluye afirmando que en opinión del facultativo “el informado no presenta enfermedad que se prevea con un desarrollo fatal a corto medio plazo, salvo complicaciones”. No consta que el médico forense hiciera otras exploraciones o análisis complementarios aunque se deduce de su informe que tuvo a la vista los dictámenes de los servicios médicos de la prisión y que se reunió con el interno cuyo aspecto externo describe como consciente, orientado, asintomático y con aparente buen estado general.

Debe pues analizarse si estamos en presencia de un enfermedad muy grave y con padecimientos incurables, esto es la suficiencia del cumplimiento de este requisito para acordar la progresión al tercer grado y la libertad condicional . Al respecto ha de decirse que **esa progresión y esa libertad podrían darse sin más especiales requisitos en el plazo de unos pocos meses (menos de siete), simplemente con una conducta positiva y un buen uso de algún permiso penitenciario previo. Es decir que su eventual anticipación, por su limitada extensión temporal, no supone un beneficio singularísimo o especialmente extraordinario.**

Pues bien la concesión de esas ventajas o beneficios en razón de la presencia de las enfermedades descritas dependerá en buena parte del concepto y contenido que se atribuya a esa circunstancia o causa de concesión.

El contenido mínimo que debe darse a esa causa de enfermedad muy grave y con padecimientos incurables a la hora de decidir sobre la progresión de grado y la libertad condicional incluiría el derecho a morir y a agonizar o premorir fuera de prisión. Pero **si se coteja con otras causas de concesión y particularmente con la de edad avanzada -mayores de 70 años - se observará que ese contenido mínimo no se corresponde con el propósito de la norma (artículo 104,y 196 del Reglamento**

Penitenciario, en lo que ahora se resuelve, refrendada por el artículo 92 del Código Penal), sino **también se extiende a vivir en libertad esa última etapa de la vida que puede incluso tener una larga duración, un vivir en libertad que es también convivir - el hombre como ser social desde los filósofos griegos - , en definitiva sentir la vida como convivencia o interdependencia y no como supervivencia y dependencia absoluta de otros.**

Pero es que además la concesión de estos beneficios enlaza directamente con **bienes y derechos constitucionalmente consagrados lo que permite no dilatarlos hasta las fases terminales de la enfermedad .**

En positivo, son el derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 de la Constitución) pues, como es sabido, el SIDA no es tanto mortal en si cuanto por facilitar infecciones o enfermedades oportunistas que en principio son de más fácil contagio en lugares de obligada convivencia colectiva y más si el estado sanitario medio de los internos - muy frecuente los más débiles socialmente, marginados, toxicómanos - es inferior al de las personas libres.

Igualmente enlaza con la **proscripción constitucional de penas inhumanas** y no se trata aquí de filosofar sobre la dureza de las penas privativas de libertad, sino de **constatar que una pena en principio no reputada inhumana pueda tornarse tal si se añade pena a la pena, esto es, lo que la norma busca es una suerte de efecto sustitutivo de la prisión por la enfermedad pues el efecto acumulativo de ambos sufrimientos -la privación de libertad y la enfermedad grave e incurable- tornaría inhumana por cruel, la ejecución de la pena.**

También, negativamente, **es absurdo orientar la ejecución de la pena a la reinserción y la rehabilitación, es decir a la convivencia responsable en libertad (artículo 25 de la Constitución) si esa libertad ha de durar las pocas horas o días que mediaran entre la excarcelación y la muerte.**

En fin, el principio de personalidad de la pena, reconocido, al menos, implícitamente en el artículo 25 de la Constitución, resulta en su integridad siempre de muy difícil cumplimiento en cuanto que también terceros inocentes se ven afectados por la prisión del condenado ; pero esa afectación es singularmente dura cuando, como en el caso de la madre del interno, la privación de su presencia actual se presenta como prólogo de su definitiva ausencia.

Por todo ello, acreditada la presencia de al menos una enfermedad muy grave y con padecimientos incurables y, aunque el pronóstico no sea fatal a corto o medio plazo, se cumple los requisitos para acordar la progresión a tercer grado y la concesión de la libertad condicional.” AUTO 1288/97 16.12.97 JVP N°2 EXP 205/91

* “Los informes médicos referentes al interno recurrente que se han ido emitiendo desde Octubre de 1996 ponen de manifiesto un deterioro psicofísico importante y un pronóstico malo a corto plazo. Así se indica en el primero que consta en el expediente, que procede del servicio médico del centro penitenciario, y en los sucesivos emitidos por el médico forense en fechas 17.12.97, 7.1.97 y 21.2.97, todos ellos coincidentes en la gravedad de la enfermedad y en el mal pronóstico a corto plazo, siendo este dato determinante para que el Ministerio Fiscal informara el 20.12.96 en el sentido de no oponerse a la libertad condicional del interno, aún constando la mala conducta observada por el mismo que refiere el informe de la Junta de Tratamiento, si bien en contradicción con la propuesta del mismo centro en la que se indica, aunque ciertamente en lo que parece un impreso-tipo, que la conducta del interno es buena. Pero es que a pesar de tal dato negativo, lo verdaderamente determinante para acceder a la libertad condicional es el estado de salud del penado, grave e irreversible, con una evolución progresiva desfavorable constatada por los mencionados informes, y que ha motivado que haya sido ingresado recientemente en un centro hospitalario y después de esto excarcelado. Por tanto, existían motivos suficientes para haber concedido la libertad condicional cuando se propuso, **pues a pesar de que en los informes médicos se mantiene la posibilidad para delinquir por la capacidad ambulatoria del enfermo, lo cierto es que la gravedad de la enfermedad padecida y la probable evolución de la misma eran suficiente para aconsejar entonces tal medida y no dilatarla hasta que la muerte fuera inminente, permitiendo de aquella forma que tanto el interno como las personas de su entorno más cercano pudieran disfrutar de un periodo de tiempo de convivencia antes de que el deterioro fuera total.** “ AUTO 156/98 13.2.98 JVP N°2 EXP 217/94

* “El interno ha solicitado, además de la progresión de grado, la libertad condicional. La cita del artículo 104 del Reglamento Penitenciario en su recurso supone que el recurrente lo que pide es salir de la prisión. Esa petición se incorpora al recurso contra la denegación de progresión, siendo petición que se reitera en el recurso de reforma y subsidiario de apelación. Debe, en el presente auto, resolverse sobre dicha pretensión.

La progresión a tercer grado y la aplicación de la libertad condicional se solicitan en base a la misma causa : la existencia de una enfermedad grave con padecimientos incurable. El interno sufre las siguientes enfermedades : VIH positivo, conocido desde 1989, hepatopatía por virus B y C, tuberculosis pulmonar en 1991, (correctamente tratado durante un año). En la última analítica destacan 206 CD4 (octubre de 1996 presentando un índice Karnofsky de 90. Se encuentra en tratamiento actual con DDI. Con los datos anteriores, y según el informe médico de 21 de noviembre de 1996 (folio 7), se llega a la conclusión de que se trata de una infección por VIH estadio C2 con importantes inmunodepresión lo que hace pensar en un pronóstico malo a corto plazo. El pronóstico a seis meses vista, a contar desde el 21 de noviembre de 1996 en que se estableció el diagnóstico, es grave.

El informe de la trabajadora social, de 5 de Diciembre de 1996, señala la inexistencia de antecedentes penales y toxicofílicos en los miembros de la familia de origen del interno. En cuanto a la familia adquirida, su esposa tiene trabajo en Telemarketing donde también trabaja su hija mayor. Sus otros dos hijos se encuentran escolarizados. La vinculación familiar es muy positiva con todos los miembros de su familia, en especial con la esposa e hijos. En dicho informe se hace también referencia al buen apoyo y acogida familiar ante un eventual permiso o libertad condicional anticipada. También se hace referencia a la condición de toxicómano del interno si bien expone no consumir en la actualidad. Los datos relativos a las penas que cumple son los siguientes : condena total de 55-12-6. Tiene previsto el cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes para el año 2015.

Consta en su contra, condenas de evasión en ingreso anterior (año 85 no reincorporación de permiso al Centro Penitenciario de Segovia), otro más reciente que tuvo lugar en el presente ingreso. El 21.12.93 se evadió del CIS Victoria Kent,

estando en tercer grado (fue progresado en Julio de 1992). Reingresó el 18.1.95, habiendo cometido hechos delictivos en Mayo del 94 por los que ha sido recientemente condenado. Fue regresado a segundo grado en Abril de 1995 y no ha vuelto a disfrutar permisos.

Consta aprobada baja en redención con efectos de 21.12.93.

Ya en el mes de Mayo de 1996, los servicios médicos del Centro aportaron informes a los efectos de posible aplicación de lo previsto en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario a al Junta de Tratamiento, no pudiendo ser valorado al tener el interno decretado prisión preventiva en causa ya penada. Al final del proceso aludido, recuperó el interno la clasificación en segundo grado con efectos de 25.10.96

Son estos datos de por sí negativos para acordar una progresión a tercer grado no resultando conveniente un régimen de semilibertad (inherente a su concesión) para quien no se ha preparado al mismo a través de los permisos.

Sin embargo la petición de progresión a tercer grado y de libertad condicional tienen su fundamento en la presencia de una enfermedad grave y con padecimiento incurables. Por lo tanto habrá de establecerse si estamos en presencia de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Existe un informe médico forense de 18.2.1997 en el que consta: “en el momento actual el informado está consciente, orientado, con buen estado de nutrición, buen estado genera. Dados los antecedentes penales del informado ...en mi opinión el pronóstico a corto-medio plazo es bueno salvo complicaciones”

En el presente caso, la progresión al tercer grado y la libertad condicional suponen un beneficio singularísimo y extraordinario puesto que esa progresión y libertad, sin especiales requisitos, tardarían aún mucho en llegar.

Por lo tanto para atender a la solicitud del apelante habrá de valorarse la presencia de las enfermedades que padece, al ser éstas el fundamento único de una eventual admisión de lo solicitado. Para ello habrá de determinarse el concepto y contenido que se atribuya a esa circunstancia o causa de concesión.

El contenido mínimo que debe darse a esa causa de “enfermedad muy grave y con padecimientos incurables” incluiría el derecho a morir y a agonizar o premorir fuera de la prisión. De todos modos y si se coteja con otras causas de

concesión y particularmente con la edad avanzada (mayores de 70 años) se observará que ese contenido mínimo no se corresponde con el propósito de la norma (artículo 104 y 196 del Reglamento Penitenciario, refrendada por el 92 del Código Penal,) sino que también se extiende a vivir en libertad esa última etapa de la vida que puede incluso tener una larga duración. Por otro lado es de destacar que, en el presente caso, los Servicios Médicos del Centro Penitenciario Madrid IV, en mayo de 1996, aportaron un informe a los efectos de posible aplicación de lo previsto en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario a la Junta de Tratamiento.

Por otra parte la concesión de estos beneficios enlaza directamente con bienes y derechos constitucionalmente consagrados lo que permite no dilatarlos hasta las fases terminales de el enfermedad.

El interno goza de apoyo familiar en todos los sentidos lo que redundará en un mejor estado sanitario del mismo. Por otra parte , es un hecho que la privación de libertad supone que, no sólo el penado sino, terceros inocentes se vean afectado por ella, en este caso la familia y sobre todos sus hijos cuya privación de su presencia actual presenta como prólogo de su definitiva ausencia.

Por todo ello, acreditada la presencia al menos de un enfermedad grave y con padecimientos incurables y, aunque el pronóstico no sea fatal a corto o medio plazo, se cumplen los requisitos para acordar la progresión a tercer grado y la concesión de la libertad condicional.” AUTO 68/98 16.1.98 JVP N°2 EXP 895/92

* “Si bien la resolución administrativa inicial y los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que se impugnan hacen referencia a la denegación de la progresión al tercer grado, es lo cierto que la pretensión del interno era doble : progresión a dicho grado y concesión de la libertad condicional. Por tanto, en congruencia, la resolución ha de resolver sobre ambas pretensiones. El interno tiene 38 años de edad con nueve ingresos en prisión desde 1981. Actualmente, tras haber quebrantado en una ocasión la libertad condicional cumple causa por cuatro delitos de robo con intimidación o robo con fuerza. La totalidad de las penas a cumplir es de 10 años, 7 meses y 15 días. En prisión ininterrumpida desde el 8.10.94, tiene previsto el cumplimiento de las tres cuartas partes con redención de condenas para noviembre

de 1999. Es un interno con antecedentes toxicofílicos sin que conste la superación de su problema con las drogas. Actualmente no observa mala conducta y cuenta con apoyo familiar caso de ser excarcelado en libertad condicional .

Asimismo, sus antecedentes familiares son : padre fallecido en 1982 por suicidio. La madre trabaja desde hace 16 años en labores por limpieza. Tiene dos hermanos, el varón fallecido en 1996 por VIH, tras estar internado en el propio Centro Madrid IV. Con la hermana y la madre mantiene comunicaciones normales. La madre está dispuesta a acogerlo en el domicilio y darle el apoyo necesario. Carece de experiencia profesional y ha trabajado en períodos cortos con carácter temporal. Es consumidor de droga desde los 18 años y es politoxicómano. La vivienda de la madre lo es en propiedad y aparentemente reúne condiciones de habitabilidad.

El preso solicita la progresión de grado y la libertad condicional, ofreciendo hacer vida honrada en libertad, ya que está gravemente enfermo. Los informes recibidos de la prisión refieren las siguientes enfermedades e incidencias médicas : Infección por VIH estadio B-3, con pronóstico muy grave a seis meses vista verificado hace más de 14 meses (26.11.96), candidiasis oral de repetición, tuberculosis no bacilifera, Hepatitis C y hepatopatía crónica, herida por arma blanca en hemitórax izquierdo. Según el informe médico al interno son susceptibles de aplicación los artículos 104.4. y 196 del Reglamento Penitenciario. Con este informe coinciden el médico forense en su informe de 11 de marzo de 1997, si bien en uno posterior de 8 de abril de 1997 se afirma que la enfermedad no impide al preso capacidad para relacionarse con el mundo exterior fuera de su ambiente familiar y por tanto, aunque limitada, existe capacidad para delinquir.

El interno, aparentemente, ha dejado en algún momento de tomar la medicación adecuada a su enfermedad, si bien desde abril de 1997 sigue el tratamiento y coopera con los servicios médicos del centro para que otros internos lo sigan (informe 25.4.1997)

A la vista de estos informes el Fiscal ha informado favorablemente la libertad condicional (dictamen 13.3.1996) si bien posteriormente lo hizo desfavorablemente aunque solicitando un seguimiento en la información mediante reconocimientos periódicos por si era preciso cambiar de criterio.

Los artículos 104.4 y 196 del Reglamento Penitenciario establecen la

posibilidad de progresión al tercer grado y concesión de la libertad condicional cuando un interno padezca una enfermedad muy grave con sufrimientos incurables. **Las razones de estas normas pueden en síntesis encontrarse en el respeto a la vida y a la integridad física y moral como derechos fundamentales más fácilmente vulnerables en prisión que fuera de ella, en la prohibición constitucional de penas inhumanas que, aunque no sean en abstracto reputadas como tales en nuestra cultura, pueden en concreto y en ejecución, devenir tales si el sufrimiento inherente a la enfermedad supone un añadido o carga adicional al que supone la pena tal que el cumplimiento de ésta lleve al preso (y a terceros, muchas veces) a simas de dolor.** Ciertamente la ley, tanto el Código Penal derogado como el vigente exigen además de la presencia de la enfermedad unas ciertas **garantías de hacer vida honrada en libertad** (texto refundido de 1973) que se concretan en un **pronóstico individualizado y favorable a dicha vida honrada** (Código de 1995). **Pero este requisito debe analizarse, si bien siempre con prudencia, también con elasticidad.** Pues en un tierra como la nuestra más proclive a buscar culpables que a buscar soluciones, **el miedo al error siempre posible en ese pronóstico podría tener tales efectos paralizantes que jamás nadie arriesgara el vaticinio salvo en los supuestos de enfermedades en fases tan avanzadas y tan terriblemente incapacitantes en que pudieran afirmarse la imposibilidad física de delinquir. Y ello sería tanto como reducir el beneficio de libertad condicional al derecho a sobrevivir (si acaso) y a agonizar y morir, como si la vida en libertad, por condicional que sea ésta, fuera un concepto compatible con tan pobres extremos y no se extendiera a la capacidad de convivencia, de dar, además de recibir y de integrarse lo más plenamente posible en la sociedad a la que siempre se afirma que el preso no ha dejado de pertenecer.**

Así pues, si en el presente momento la presencia de enfermedades gravísimas y con sufrimientos incurables es patente, el preso ha cumplido 38 años - hecho cronológico que como es sabido debilita por sí sólo la tendencia a delinquir - su capacidad criminal aunque persista (cabría preguntarse en quien no) está atenuada, el pronóstico de vida no es muy largo y el ambiente familiar es de acogida y responsabilización, **el riesgo de acordar la libertad condicional es asumible y**

sobre todo es preferible al riesgo, sino es ya lesión, de estar sometiendo a un preso a una pena que por sus circunstancias es inhumano que cumpla. Pues sólo la función retributiva de la pena puede explicar la presencia en prisión hasta la preagonía y esa retribución sumada a la enfermedad sería cruel, y carece de sentido orientar a la reinserción a quien sólo hubiera de salir de prisión para agonizar y morir. Puede, sin embargo, añadirse a la condición general de no delinquir durante la libertad, la cautela de acordar que quede bajo custodia familiar ofrecida por el interno y por su madre, pero debe estimarse el recurso.” AUTO 71/98 16.1.98 JVP N°2 EXP 530/95

* “Pese al tenor de las resoluciones judiciales y la previa administrativa, relativas exclusivamente a la denegación de progresión a tercer grado del preso ahora apelante es lo cierto que éste también solicita la libertad condicional con cita expresa de los artículos 92 del Código Penal y 196 del Reglamento Penitenciario. Deba pues resolverse también sobre esta pretensión.

El interno tiene 42 años de edad. Cumple condena por delitos violentos contra la propiedad con una extensión de 16 años 10 meses y dos días y, en virtud de las redenciones ganadas, tras iniciar el cumplimiento el 14-2-92, habrá cumplido las tres cuartas partes en marzo de 1998. Cuenta con apoyo familiar, no ha disfrutado de permisos de salida y se dice que sufre una drogodependencia no superada. Su situación clínica es la siguientes : HIV positivo desde 1992, último análisis conocido arrojaba un total de 54 CD4 (lo normal son ochocientas), padece trombopenia asociada a VIH, Hepatopatía crónica por virus b, Delta y c y candidiasis orofaríngea de repetición. El índice de Kanofsky es de 80 (actividad normal con esfuerzo) y su pronóstico a un mes vista y a seis meses vista era muy grave en marzo de 1997.

La drogodependencia no superada es un juicio de valor de la Administración previsiblemente fundado en la observación directa pues no constan sanciones por tenencia o consumo de estupefacientes. En todo caso en un régimen de sujeción especial del administrado a la Administración, no puede atribuirse exclusivamente al interno la responsabilidad de una eventual permanencia en el consumo. Pero lo esencial es valorar no tanto el origen o la posible causa de agravación de sus enfermedades sino la trascendencia de éstas en orden a la eventual aplicación de los

artículos 104-4 y 196 del vigente Reglamento Penitenciario.

Como es sabido **la enfermedad conocida como SIDA no es tanto mortal en si cuanto, principalmente, por debilitar de tal suerte la capacidad de defensa del organismo que multiplica el riesgo de infecciones comunes que un organismo sano está en condiciones de rechazar y otro debilitado por VIH o rechaza con mayor dificultad o no es capaz de superar. En ese sentido la presencia en un centro carcelario, de gran concentración humana, con un porcentaje importante de también afectados por el retrovirus y en el que, según informes oficiales, es posible seguir consumiendo drogas al margen cautelas higiénicas elementales, no es en principio la fórmula más indicada para preservar la salud del enfermo.**

Este argumento es positivo a conceder la libertad condicional por causa de enfermedad grave en cuanto que enlaza directamente con **el derecho a la integridad física (a la salud) consagrado como fundamental por el artículo 15 de la Constitución**, e incluso con **el derecho a la vida** que es esencialmente el derecho a conservarla durante el tiempo posible, a no perderla cuando aún no es hora, y que proclama igual norma constitucional.

De otra parte el repetido artículo 15 de la Constitución **prohíbe las penas inhumanas**. Mandato que se dirige a todos los poderes públicos: Al legislador que no puede establecerlas en la ley, y a la Administración y a los jueces que **han de velar porque una pena, aún considerada en nuestra estadio cultural como humana en abstracto, se torna inhumana en su ejecución. Y esto puede ocurrir si al sufrimiento inherente a la privación de libertad se suman otros que pueden llevar al ser humano al límite de su capacidad de resistencia cuando no traspasarlo**. En el presente caso la privación de libertad ha sido lo suficientemente prolongada y la conducta y capacidad de redención lo bastante buenas como para que las tres cuartas partes de la condena se cumplan en pocos días, aparecen presentes varias enfermedades muy graves que hoy por hoy no tienen cura. Se cumplen pues lo requisitos de los artículos 104 y 196 del Reglamento Penitenciario. Ciertamente cabe, como hipótesis, que la salud del enfermo haya mejorado con alguno de los modernos tratamientos, pero el Tribunal ha de atenerse no a un juicio hipotético o de posibilidad, sino a los datos que como ciertos obran en el expediente.

El Código Penal derogado, conforme al cual fue condenado el hoy apelante,

exigía además unas ciertas garantías de que el preso hiciera vida honrada en libertad, requisito que la nueva ley ha endurecido exigiendo un pronóstico individualizado y favorable de hacer vida honrada en libertad, pronóstico del que cabe igualmente pronosticar que su obtención no será fácil si sólo se valoran los riesgos siempre existentes de volver a delinquir , más si persiste y se acentúa la tendencia a desplazar o al menos, a hacer compartir la responsabilidad por hechos de terceros al autor de dicho pronóstico cuya tendencia natural siempre será la de evitar ese juicio de reproche, quizá con la excepción de los supuestos extremos en que pueda afirmarse que la enfermedad ha traído como consecuencia la incapacidad física para delinquir. Pero evidentemente **la ley no busca la libertad de los agonizantes, pues a ellos les está casi vedado por esencia el hacer vida en libertad. Sobrevivir agónicamente no es vivir, no es vivir en convivencia, no permite una suficiente capacidad de autodeterminación en muchos casos como para hablar de libertad.** En el presente caso, si el preso ha de cumplir en pocos días tres cuartas partes de la pena, sus enfermedades son tan graves como requerir un tratamiento severo hasta donde sea tolerable por el penado, éste cuenta con apoyo familiar y tiene más de cuarenta años las posibilidades razonables de que haga vida honrada son elevadas. Debe pues estimarse el recurso y concederse la progresión a tercer grado de tratamiento y la libertad condicional.” AUTO 222/98 26.2.98 JVP N°2 EXP 135/95

- (1) Joaquín Sánchez-Covisa Villa “Problemas de interpretación y aplicación del artículo 60 del Reglamento Penitenciario y artículo 92 del Nuevo Código Penal , a los enfermos del Sida” Segunda Conferencia Nacional Sobre Sida y Drogas, 23 y 24 de noviembre de 1995.
- (2) Karl Larenz “Metodología de la Ciencia del Derecho” Ed. Ariel. Barcelona, 1966
- (3) Heriberto Asencio Cantisán “Criterios y método de aplicación del artículo 60 del Reglamento Penitenciario y la problemática de los enfermos afectados del Sida” Jornadas Sida en las prisiones organizadas por SALHAKETA
- (4) Borja Mapelli Caffarena “Normas penitenciarias en el Anteproyecto de Código Penal de 1992
- (5) José María Tamarit Sumalla “Curso de Derecho Penitenciario” De Cedecs 1996
- (6) Ignacio Sánchez Yllera VI Reunión de Jueves de Vigilancia Penitenciaria 1993.

