

## I

### EL PERIODO DE SEGURIDAD.-

#### Previo.-

Con el presente artículo, no pretendo realizar una reflexión doctrinal, sin huir de ella, sino más bien, acercar, a quienes se encuentren con la necesidad de actuar de operador jurídico en un asunto de clasificación penitenciaria en el que el período de seguridad sea determinante o se pretenda, por parte de la Administración Penitenciaria que así lo sea; el trabajo ya realizado y que puede serles de ayuda y utilidad.

En estas líneas, se encuentra condensada y traducida a las argumentaciones jurídicas, mi experiencia personal, en un asunto de clasificación inicial en tercer grado, y como; junto, a otros compañeros abogados (Julián Carlos Ríos Martín y José Luis Segovia Bernabé, que me aportaron su apoyo y sus reflexiones doctrinales), a José Luis de Castro Antonio, que en aquellos momentos era el titular del Juzgado número 3 de Vigilancia Penitenciaria de Madrid y que concretó los primeros pronunciamientos sobre la materia en los autos de 14-1 y 3-2 de 2004, y a los Magistrados de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial que en su Auto de 6-5-04, sentaron algunas de las bases sobre la interpretación del art. 36.2 del C.P.; la labor realizada durante aproximadamente un año, ha permitido una interpretación del art. 36.2 del Código Penal, más cercana a la realidad y situación de las personas que cumplen condena o han de cumplirla, por tener una sentencia firme. Muchas de las opiniones y reflexiones que se realizan en este artículo son de las personas a las que me he referido, y por lo tanto quiero dejar clara su participación, aunque sea de forma indirecta en su confección.

La insensibilidad del legislador y del Consejo General del Poder Judicial, a la vida existente en las prisiones, se ha mostrado con total nitidez, primero, al establecer un período de seguridad para poder ser clasificado en tercer grado, dejando en entredicho el sistema de individualización científica que rige el cumplimiento de las penas privativas de

libertad en España, y después, pretendiendo que dicho período de seguridad se aplique, con carácter retroactivo..

Mayor insensibilidad, en la aplicación práctica del precepto, han demostrado, quienes durante un año y ocho meses han insistido en su aplicación retroactiva, cuando, la Administración Catalana, y, muchas Audiencia Provinciales que resolvieron recursos, permitieron la interpretación más favorable al reo desterrando la posibilidad de aplicación retroactiva del precepto.

Parece que con la promulgación, el pasado 15 de marzo de 2005, por parte de la D.G.I.P. de la Instrucción 2/2005, se normaliza la situación, aceptando, como no podía ser de otra forma, la interpretación más favorable al reo del precepto examinado en este artículo.

#### Introducción.

El Art. 36.2 CP introducido por L.O 7/2003 señala que "Cuando la duración de la pena sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

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 trata 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".

Este precepto, consecuencia de los trabajos de la Comisión de Reforma del Sistema de Penas del CP de 1995, se elaboró con la siguiente justificación: "Se reduce la duración mínima de la pena de prisión de seis a tres meses, como consecuencia de la supresión del arresto fin de semana. La pena de privación de libertad de corta duración puede cumplir una función de prevención general adecuada respecto de las infracciones de escasa importancia, haciendo posible la revisión de ciertos delitos, esencialmente

contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, cuya pena se ha visto notablemente incrementada con respecto al derogado Código de 1973, precisamente por el límite mínimo de seis meses introducido por el Código de 1995. Es de señalar que normalmente, por su extensión, tal pena será objeto de suspensión condicional. Importante es la incorporación de un "período de seguridad", contemplando en el Código Penal francés, para penas de más de cinco años, evitando la tan criticada situación de los condenados a penas graves que, inmediatamente después de ingresar en prisión, son clasificados en tercer grado de tratamiento penitenciario, con el consiguiente, expresaba la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1980, de que el mayor freno de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro mayor unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento, se llega, al menos respecto a las penas graves, sin volver al sistema progresivo clásico, a corregir el sistema de individualización, dejando todavía una posibilidad de reducir este período de seguridad a un año. Conviene aquí destacar que, como reiteradamente ha reconocido el Tribunal Constitucional (AATC. 303 y 780 de 1986 y SSTC. 19 y 23/1998, de 16 y 23-2, entre otras resoluciones) y recuerda la Sala Segunda del Tribunal Supremo (S. 81/1993, de 26-1, y, en igual sentido S. 625/1999, de 21-4), el art. 25.2 de la Constitución "no establece que la reeducación y reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena de privación de libertad". Por ello, dicha pena no puede dejar de contemplar también las necesidades generales de protección de la sociedad.". No ha sufrido variaciones en el desarrollo legislativo el requisito del quantum de pena superior a cinco años, ni el relativo a la mitad de la condena impuesta, sin embargo, si lo ha hecho el pronóstico favorable de reinserción social que permite volver al régimen general de cumplimiento sin límite temporal alguno frente al Anteproyecto del Código Penal que exigía el cumplimiento de la cuarta parte de la condena y los trabajos preparatorios de la reforma que exigían un año de cumplimiento. Resulta dificultoso el encaje de este periodo de seguridad con el

principio de tratamiento individualizado y sin sujeción a tiempo específico que se recoge en la LOGP de 1979; pero se pretendió imponer en nuestro país el sistema francés fijado para casos de acumulación jurídica en delitos de terrorismo. Sin embargo, el legislador generalizo esta propuesta a todos los delitos con pena superior a cinco años.

El presente artículo pretende analizar las innumerables dudas interpretativas de este artículo genera respecto al llamado período de seguridad:

### **Pena Superior a cinco años.**

La primera cuestión a resolver es la relativa a determinar si cuando el artículo 36.2 CP se refiere "a penas superiores a cinco años" incluye la pena determinada individualmente o también los supuestos de penas inferiores a cinco años, pero que sumadas aritméticamente o refundidas superan dicha duración.

Existen varias interpretaciones:

a) La recogida por la D.G.I.P. en la Instrucción 9/2003, de 25 de julio, sobre "Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por L.O 7/2003 de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento integro y efectivo de las penas".

Establece: " 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. Todas las propuestas de clasificación inicial o progresión a tercer grado indicarán expresamente el total de la condena impuesta en la causa o causas penadas que se encuentre cumpliendo, así como la fecha de cumplimiento de la mitad de ellas.

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 2º del Código penal permite que el Juez de Vigilancia lo dispense cuando exista un

previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción".

Posteriormente, con fecha 16 de junio de 2004, la DGIP modifico la I 9/2003, por medio de la 2/2004, y respecto a este asunto específico mantenía, en su totalidad, lo ya referido en la primera Instrucción.

A esta interpretación, también se acogió la Secretaria de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil de la Consejería de Justicia de la Generalitat de Catalunya, comunidad que tiene transferidas las competencias en esta materia, en su Circular 1/2003 sobre las medidas que hacen falta adoptar ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, en la que si bien, de forma expresa no se define sobre la disyuntiva entre pena y condena, cuando en un apartado posterior menciona el supuesto de aparición de nuevas responsabilidades penadas, de un interno clasificado en tercer grado penitenciario, refiere la posibilidad de que no tenga cumplida "la mitad de las condenas impuestas".

Posteriormente, y a consecuencia de varios pronunciamientos judiciales, concretamente de los autos de 6 de Mayo de 2004, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, y de 14 y 19 de mayo de 2004, de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la referida Circular, fue modificada por la Circular 1/2004 en la que resolvía: "El precepto comentado hace referencia a "...la duración de la pena de cárcel impuesta sea superior de cinco años..." y por lo tanto, parte de la pena individual, sin que ningún precepto autorice a considerar que se refiere a la suma de penas impuestas o a su acumulación conforme al art. 76.1 del Código Penal, y sin que pueda hacerse una interpretación extensa en contra del reo que identifique la pena impuesta con el concepto de condena: por tal cosa, y en coherencia con este criterio quedan expresamente revocados todos los aspectos de la circular 1/2003 de esta Secretaria Sectorial que se opongan o sean contradictorios con la interpretación ..."

Por último, con fecha 15 de marzo de 2005, la DGIP parece haber terminado con las discriminación que estaban sufriendo la mayoría de los presos

españoles, al aceptar la interpretación de que el período de seguridad se aplica a internos que, al menos, tengan una pena, individualmente considerada de más de cinco años.

b) Se ha venido considerando por algún sector doctrinal que aunque el art. 36.2 CP se refiere literalmente a pena de prisión impuesta superior a cinco años, para determinar la duración de dicha pena a efectos de aplicación del periodo de seguridad deben computarse la totalidad de las penas impuestas que esta cumpliendo el penado.

Se sostiene esta argumentación en la aplicación analógica del art. 193.2 RP que sienta el principio de unidad de ejecución de penas al señalar: "Cuando el penado sufra dos o mas condenas de privación de libertad la suma de las mismas será considerada como una sola CONDENA a efectos de aplicación de libertad condicional.

Siguiendo esta interpretación y valorando que para obtener la libertad condicional, el computo 2/3 o 3/4 de la condena se obtiene, entre otros elementos, por aplicación del art. 193.2 RP sumando la totalidad de las penas impuestas, el mismo criterio podía aplicarse a la determinación de la pena a tener en cuenta a efectos de computo del periodo de seguridad.

c) Otra interpretación, que entiendo es la más acertada, y la que tras la ya mencionada Instrucción 2/2005 de la DGIP, parece que terminará por ser unánime, considera que el art. 36.2 CP utiliza con absoluta claridad el término "PENA", ya que esta es la consecuencia jurídica del delito y por tanto, la respuesta que el Estado da, de forma individual y proporcional al injusto penal cometido, frente a la expresión "CONDENA" que es el resultado de suma aritmética o refundida de las penas impuestas.

Esta interpretación resulta más acorde con las exigencias del principio de legalidad penal, máxime cuando esta en juego un valor jurídico superior como es la libertad.

Piénsese además que el art. 36.2 CP utiliza la expresión "PENA" frente al art. 193.2 RP que utiliza el término "CONDENA", por lo que incluso no podría aplicarse la anterior interpretación a este supuesto.

Resulta totalmente rechazable que una cuestión de tanta importancia como la que nos ocupa sea desarrollada por una

Instrucción de la D.G.I.P., órgano administrativo que no puede regular limitaciones en materia punitiva.

En definitiva, la cuestión clave es conocer el alcance y sentido del término "pena" al que se refiere el art. 36 CP a fin de distinguirlo del concepto de condena. Esta distinción no es baladí, pues de ello depende que se pueda o no aplicar el período de seguridad a las penas inferiores a cinco años cuya suma sea superior a ese límite temporal.

Para ello debemos acudir a los criterios de interpretación admitidos en el derecho penal y que son garantía de salvaguarda del principio de legalidad. A tales efectos se realizan las siguientes consideraciones:

1) La pena "impuesta" se define como la consecuencia jurídica del delito, impuesta por el titular del poder judicial en una sentencia, a una persona concreta, a través de un proceso penal y de forma individualizada en función de la antijuridicidad y culpabilidad del sujeto.

Por condena se entiende el sumatorio aritmético de las penas concretas e individualizadas después de aplicar, en su caso, las reglas concursales del art. 76 C.P.

Hecha esta distinción en una sentencia condenatoria se incluirían penas principales y accesorias, únicas o varias. Pero la condena impuesta haría exclusivamente referencia al título que se va a ejecutar sobre la persona del reo. Es decir, si una persona ha sido sentenciada a cuatro penas de tres años la condena efectivamente impuesta será de nueva años, por aplicación del art. 76.2 CP, pero las penas serán de tres años cada una.

A mayor abundamiento al referirse el art 36 CP a la "impuesta", se hace referencia a la determinada en un proceso y materializada en una sentencia condenatoria, de manera que no se puede confundir pena con condena.

Como conclusión, de esté argumento, cabe decir que no puede extenderse este mecanismo legal restrictivo del valor superior de la libertad a supuestos no contemplados en la norma penal. Tampoco cabe realizar una interpretación extensiva del término "pena", que acabe por invadir el territorio del título de condena. Si el legislador hubiera pretendido la primera opción lo hubiera expresado textualmente, y como no la hace hay que recordar que en materia penal las

interpretaciones extensivas contra reo están vedadas.

2) La propia redacción del art. 76 deja clara la distinción entre pena y condena, ya que diferencia literalmente, entre condena: "el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable", y pena: "...que no podrá exceder del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas en que haya incurrido". De manera que está limitación del tiempo de cumplir se convierte en lo que se denomina título de condena, compuesta por la suma de varias penas individuales, "declarando extinguidas las penas que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo". De esta manera, queda claro, que el "concepto de pena", es entitativamente distinto de condena.

La aplicación de las reglas del art. 76 del C.P., no determina una pena o condena nueva, dichas reglas tan solo establecen un límite de cumplimiento, un límite a partir del cual una vez que al condenado ha cumplido, se le extinguen el resto de las condenas que tuviera, pero mantiene intactas las mismas hasta ese momento, no desapareciendo para aparecer una nueva.

En este sentido ya se ha pronunciado la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid al establecer: "El límite de cumplimiento al triple de la pena mayor no es una pena nueva. La pérdida de redenciones no afecta al total pendiente de cumplimiento. La cuestión planteada consiste en determinar si la aplicación del art. 70.2 del Código Penal de 1973 (art. 76 del vigente) supone la fijación de una nueva pena, de suerte que todas las afectadas pierden su individualidad, o de un límite máximo de cumplimiento (el triple de la más grave); de suerte que cada una de las afectadas mantiene su individualidad, a excepción de aquella pena durante la cual se alcanza ese tope legal y las siguientes.

Cuestión que debe ser resuelta en el sentido del recurso, pues ni la letra ni el espíritu del artículo mencionado permiten afirmar que se esté ante una nueva pena, distinta, por lo tanto, y no ante un límite máximo de tiempo de privación de libertad. Así, la letra no ofrece dudas, pues tras establecer el método para fijar el máximo de cumplimiento de la condena, el art. 70.2 del Código Penal de 1973 decía: "dejando de extinguir las que procedan desde que las

ya impuestas cubriesen el máximo del tiempo predicho", y el art. 76.2 del Código vigente dice, con expresión más clara: "... declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo. . . ."Se trata, pues, de un cumplimiento sucesivo hasta un límite, llegado el cual las no cumplidas, que son las restantes, quedan extinguidas. Y el espíritu de la norma lleva a igual conclusión, pues siendo una norma en favor del condenado no puede producir efectos en contra de éste." AUTO 147/98 12.2.98

3) La jurisprudencia del Tribunal Supremo avala la distinción entre pena y condena explicitándola incluso con una designación específica: "título de condena", definido por el tiempo material de ejecución concreta sobre el penado después de aplicar las limitaciones derivadas de las normas concursales del art. 76 CP (STS 5.6.02, 24.4.02 ó 17.1.02).

4) Aunque una persona tenga refundidas las penas de prisión a efectos del computo del acceso a la libertad condicional o a los permisos, o bien si las tuviere acumulados por aplicación del art. 76 CP, si bien se integran en el quantum del título de condena, no pierden su autonomía como penas. A esta conclusión se llega a través de la interpretación judicial que en su aplicación práctica en supuestos de quebrantamiento de condena, se individualiza sobre la que se esté cumpliendo en el preciso momento del quebrantamiento a efectos de la "pérdida de redención de penas por el trabajo" para quienes estén cumpliendo las penas por el CP 1973.

5) Desde la filosofía de incrementar el rigor punitivo para los delitos que afectan a determinados bienes jurídicos muy relevantes habría que incidir que la intención del legislador es asociar el período de seguridad a las penas graves, impuestas por delitos graves (castigados con penas superiores a cinco años). Tergiversaría la intención del legislador una consecuencia limitativa de la libertad como el período de seguridad si se aplicase a delitos menos graves castigados con penas inferiores a cinco años –penas menos graves-. De manera que a efectos de aplicación de las penas, la resultante de las suma de las penas menos graves no pueden convertirse en una pena grave autónoma. Dicho de otra forma, el reproche

penal por delitos menos graves, no puede convertirse nunca en un reproche por delitos graves.

6) Para concluir, referirme a las XIII Jornadas de Jueces de Vigilancia Penitenciaria celebradas los días 29 a 31 de marzo de 2004 en Valencia, en las que se trato este tema, y respecto de las que destaco:

A) Los Jueces de Vigilancia, por mayoría, acordaron, como criterio de actuación, que para poder aplicar el período de seguridad a un penado, tiene que tener una pena individual de más de cinco años, de forma que si las impuestas fueran varias que sumaran, conjuntamente, más de dichos años, pero ninguna de ellas fuera superior a los referidos cinco años, no le es de aplicación el art. 36.2 del C.P.

Concretamente en los Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos, en su punto IV. "CLASIFICACIÓN EN TERCER GRADO: PERIODO DE SEGURIDAD", 1. Consideración de la pluralidad de penas a efectos del período de seguridad, se establece:

"Para la aplicación del período de seguridad recogido en el art. 36.2 del C.P. se tendrá en cuenta cada una de las penas impuestas consideradas de manera individual; aun en el caso de que el penado cumpla penas que sumadas aritméticamente o refundidas excedan el límite legal de 5 años (aprobado por mayoría).

MOTIVACIÓN: El art. 36.2 del C.P. utiliza con absoluta claridad el termino pena, ya que ésta es la consecuencia jurídica del delito y, por lo tanto, la respuesta que el Estado da de forma individual y proporcional al injusto penal cometido, frente a la expresión "condena", que es el resultado de la suma aritmética o refundida de las penas impuestas. Esta interpretación resulta más acordes con las exigencias del principio de legalidad penal, máxime cuando está en juego un valor jurídico superior como es la libertad.

Piénsese además que el art. 36.2 del C.P., utiliza la expresión "pena" frente al art. 193.2 del R.P., que utiliza el término "condena".

Debe señalarse que este criterio es el mantenido por la A.P. de Madrid (Auto 06-05-04) y de la A.P. Barcelona (19-05-04). Asimismo se recoge en la Circular 1/2004 del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya."

B) También es partidario de esta interpretación, D. Luis Fernández Arévalo, Fiscal de Sevilla, quien en la Reunión XIII de JVP, intervino como ponente y refirió:

“Así, en primer lugar, la cuestión de si es aplicable exclusivamente respecto de las penas de prisión que excedan de cinco años, o a la suma aritmética de las impuestas se excede de cinco años. A nuestro parecer, la solución debe centrarse necesariamente en las penas de prisión individualmente consideradas que excedan de cinco años, y ello por las siguientes consideraciones: en primer lugar, desde el punto de vista gramatical, se emplea el término pena de prisión en singular – cuando la duración de la pena de prisión sea superior a cinco años-; en segundo lugar, por su ubicación sistemática, el art. 36.2 CP se refiere a la pena de prisión individual en abstracto; en tercer lugar, la exposición de motivos de la LO 7/2003 se refiere al menos en dos ocasiones a que su aplicación se restringe a delitos de cierta gravedad –en primer lugar, se reforma el art. 36 CP para introducir en nuestro ordenamiento el conocido período de seguridad en otros derechos europeos, el cual, en síntesis, significa que en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta”, y más adelante se advierte que “a fin de resolver esta situación, al menos en lo tocante a los delitos de mayor gravedad, se establece en el art. 36 del Código Penal la precisión de 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”. Pues bien, precisamente, el concepto de pena grave se ha modificado por LO 15/2003, que considera como tal la prisión superior a cinco años – art. 33.2 a) CP – que entrará en vigor el 1 de octubre de 2004. Y resulta evidente que tres penas menos graves sumadas aritméticamente, aunque excedan de cinco años, no se convierten en una pena grave. Todavía queda un último argumento, y es de derecho comparado: el Código Penal Francés, de donde parte esta institución, establece en su art. 132-23 que “en caso de condena a una pena privativa de libertad no acompañada de remisión condicional cuya duración legal sea igual o superior a

diez años, impuesta por las infracciones específicamente previstas en la ley, el condenado no podrá durante el período de seguridad beneficiarse de las instituciones relativas a la suspensión, el fraccionamiento de la pena, los permisos de trabajo en el exterior, los permisos de salida, la semilibertad y la libertad condicional. La duración del período de seguridad equivaldrá a la mitad de la pena, o si se trata de una condena o reclusión perpetua, será de dieciocho años. No obstante el juez o tribunal podrá mediante decisión especial, bien aumentar dicha duración hasta los dos tercios de la pena, o hasta veintidós años si es una condena a reclusión perpetua, o reducir la duración de estas duraciones. En los demás casos, cuando impone una pena privativa de libertad de una duración superior a los cinco años, no acompañada de remisión condicional, el Juez o Tribunal podrá fijar un período de seguridad durante el cual el condenado no podrá beneficiarse de ninguna de las modalidades de ejecución de la pena mencionada en el primer párrafo. La duración de este período de seguridad no podrá exceder de los dos tercios de la pena impuesta a veintidós años en caso de condena a reclusión perpetua. Las reducciones de penas concedidas durante el período de seguridad solo serán impuestas a la parte de la pena que exceda de su duración”. Obsérvese como en el derecho francés funciona el período de seguridad efectivamente asignado a penas individualizadas.”

7) Por último y como ya he manifestado, está es la interpretación que ha terminado imponiéndose en las dos administraciones con competencia en la materia:

Circular 1/2004, de 8 de junio de 2004, de la Secretaria de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil de la Consejería de Justicia de la Generalitat de Catalunya: “El precepto comentado hace referencia a “...la duración de la pena de cárcel impuesta sea superior de cinco años...” y por lo tanto, parte de la pena individual, sin que ningún precepto autorice a considerar que se refiere a la suma de penas impuestas o a su acumulación conforme al art. 76.1 del Código Penal, y sin que pueda hacerse una interpretación extensa en contra del reo que identifique la pena impuesta con el concepto de condena: por tal cosa, y en coherencia con este criterio quedan

expresamente revocados todos los aspectos de la circular 1/2003 de esta Secretaría Sectorial que se opongan o sean contradictorios con la interpretación ..."

Instrucción 2/2005, de 15 de marzo de 2005, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: "Para la aplicación del período de seguridad, establecido en el art. 36.2 del CP., se tendrá en cuenta la pena o penas impuestas consideradas de manera individual, es decir, que en los supuestos en los que el penado cumpla varias que sumadas aritméticamente o refundidas excedan de 5 años pero que individualmente consideradas no excedan de este límite, no le será de aplicación el período de seguridad.

### **Supuesto de Aplicación del Art. 76 CP.**

Se ha indicado que pena impuesta es aquella que se señala como consecuencia jurídica del delito, por tanto para la aplicación del art. 36.2 CP se tendrá en cuenta y se valorará que la pena individualizada supere los cinco años. Ahora bien ¿Qué criterios seguir en los supuestos del art. 76 CP?. El propio precepto nos da la respuesta al diferenciar entre "el máximo cumplimiento efectivo de la CONDENA" y "la más grave de las PENAS en que haya incurrido". De esta forma la condena es el resultado del conjunto de penas a las que se aplica el límite del art. 76 CP. Por lo tanto, si un interno tuviera acumuladas las penas por aplicación de dicho precepto, estas constituirían en su totalidad el título de condena, sin embargo el periodo de seguridad no podrá aplicarse sobre la mitad de la suma total, sino que se valorará este requisito sobre cada una de las penas concretas impuestas.

Este criterio se ve avalado por:

1) La propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS. 17.01.02 / 24.04.02 / 5.06.02) distingue entre pena y condena al referirse a esta última como "título de condena", esto es, modo de ejecución.

2) El art. 36.2 C P esta pensado para delitos cuya pena supera los cinco años de privación de libertad. Iría en contra de la filosofía del legislador incluir por aplicación del art. 76 CP delitos con penas inferiores a cinco años en el período de seguridad.

3) Porque a pesar de la aplicación del art. 76 CP es posible individualizar y determinar la pena concreta que se cumple en concordancia con lo dispuesto en el art. 75 CP: "Cuando todas o algunas de las penas correspondientes no puedan ser cumplidas por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad, para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible".

4) Dicha individualización no es nueva para los aplicadores de las normas penitenciarias. Recordemos que en aplicación del CP de 1973, para los supuestos de quebrantamiento de condena se individualizaba la pena en cumplimiento para determinar la baja en redención que afectaba solo a la pena quebrantada y no a la totalidad de la condena, a pesar de la aplicación del art. 76 CP.

5) La Sección 5ª de la A.P. de Madrid, como ya hemos citado al hablar del supuesto general de distinción entre pena y condena, se pronunció sobre este asunto, pero dado que estamos hablando, específicamente, de la aplicación de las reglas del art. 76 del C.P., reproducimos su pronunciamiento: "El límite de cumplimiento al triple de la pena mayor no es una pena nueva. La pérdida de redenciones no afecta al total pendiente de cumplimiento. La cuestión planteada consiste en determinar si la aplicación del art. 70.2 del Código Penal de 1973 (art. 76 del vigente) supone la fijación de una nueva pena, de suerte que todas las afectadas pierden su individualidad, o de un límite máximo de cumplimiento (el triple de la más grave); de suerte que cada una de las afectadas mantiene su individualidad, a excepción de aquella pena durante la cual se alcanza ese tope legal y las siguientes.

Cuestión que debe ser resuelta en el sentido del recurso, pues ni la letra ni el espíritu del artículo mencionado permiten afirmar que se esté ante una nueva pena, distinta, por lo tanto, y no ante un límite máximo de tiempo de privación de libertad. Así, la letra no ofrece dudas, pues tras establecer el método para fijar el máximo de cumplimiento de la condena, el art. 70.2 del Código Penal de 1973 decía: "dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubriesen el máximo del tiempo predicho", y el art. 76.2 del Código vigente dice, con expresión más clara: "... declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho

máximo. . . "Se trata, pues, de un cumplimiento sucesivo hasta un límite, llegado el cual las no cumplidas, que son las restantes, quedan extinguidas. Y el espíritu de la norma lleva a igual conclusión, pues siendo una norma en favor del condenado no puede producir efectos en contra de éste." AUTO 147/98 12.2.98.

### **Supuestos de Nueva Condena.**

Otra cuestión a valorar, es la relativa al supuesto de un interno clasificado en tercer grado al que le recae una nueva condena cuyo computo pueda superar los cinco años:

1) Siguiendo la Instrucción 9/2003: " Cuando a un interno clasificado en tercer grado le llegue una nueva responsabilidad penada, produciéndose así la situación de que pasa a no tener cumplida la mitad de todas las condenas, la Junta de Tratamiento procederá a revisar su clasificación con el fin de realizar una valoración actualizada de todas las variables del interno. En el caso de que el Juez de Vigilancia no hubiera efectuado con anterioridad pronunciamiento sobre la aplicación al interno del régimen general de cumplimiento, dicha revisión de clasificación se remitirá de forma preceptiva al Centro Directivo, con sus informes complementarios".

A su vez la Circular 1/2003 de la Administración Penitenciaria Catalana determina: "Finalmente, también puede darse el supuesto en que a un penado clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario le llegue una nueva responsabilidad penada, con lo cual el interno pase a la situación de no tener cumplida la mitad de las condenas impuestas; en estos casos el equipo de tratamiento revisará su clasificación con la finalidad de realizar una valoración actualizada de todas las variables del interno; y en caso de que el juez de vigilancia no hubiera hecho con anterioridad un pronunciamiento sobre la aplicación al interno del régimen general de cumplimiento, propondrá la regresión en el segundo grado de tratamiento del interno, y si se dan las circunstancias, en la misma

Junta de Tratamiento, se iniciará el incidente de aplicación del régimen general".

La Instrucción 2/2004 de la D.G.I.P., ha modificado la 9/2003 en este punto, pero la Circular 1/2003, de la Administración Penitenciaria Catalana, que fue modificada por la 1/2004, no fue variada respecto al supuesto que analizamos de aparición de nuevas responsabilidades penadas al interno clasificado en tercer grado. En cualquier caso, estas variaciones y su significación las tratamos en el siguiente punto.

2) Considerando sin embargo, a la "PENAL" en sentido individual y autónomo caben dos posibilidades:

A) Si la nueva pena fuese inferior a los cinco años y aún cuando al sumarse con la que actualmente cumple superase el límite legal deberá mantenerse el tercer grado en tanto que la nueva pena no cumple el requisito de temporalidad exigido por el art. 36.2 CP.

B) Si la nueva pena fuese superior a los cinco años, este motivo por si solo no puede dar lugar a la regresión de grado sino que deberá acudir al pronóstico favorable de reinserción social y si este existe se mantendrá el tercer grado. Para ello sería conveniente que los Centros Penitenciarios utilizasen un procedimiento de urgencia a fin de remitir al Centro Directivo con la mayor celeridad posible propuesta de mantenimiento en tercer grado.

Esta es la recomendación acordada por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en su reunión XIII celebrada en Valencia, en Marzo 2004, en cuyo punto IV.3 establecen: "Procede instar a la D.G.I.P. para que, en los supuestos de internos clasificados en tercer grado a los que llegue una nueva responsabilidad penada superior a 5 años en la que tenga que exigirse el período de seguridad, arbitre un procedimiento clasificatorio de urgencia a fin de que el penado obtenga su clasificación en tercer grado, si se dan los presupuestos legales, en un menor tiempo posible".

El referido criterio habla de urgencia, pero no se pronuncia sobre la posible regresión de grado en tanto no se tramite, con carácter de urgencia, el levantamiento del período de seguridad. La Instrucción 2/2004 de la DGIP, de 16 de junio, sobre este asunto determina que: "Cuando 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 Penitenciaria la aplicación del régimen general de cumplimiento, en caso contrario, propondrá al Centro Directivo, en informe motivado, su regresión al segundo grado". Por su parte y curiosamente, pese a que el tono general de su circular es más posibilista que el de la Instrucción 2/2004, de la D.G.I.P., la Administración Catalana, en este punto es sensiblemente más restrictiva, ya que su Circular 1/2003, que en este punto no está afectada, y por ello modificada, por la 1/2004, establece que en todo caso la Junta de Tratamiento "propondrá la regresión en el segundo grado de tratamiento del interno, y si se dan las circunstancias, en la misma junta de tratamiento, se iniciará el incidente de aplicación del régimen general".

La Instrucción 2/2005, de 15 de marzo, de la DGIP, en este punto básicamente, mantiene lo que estableció la Instrucción 2/2004, pero añade: "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, dejando constancia del acuerdo en el sistema informático.

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 a segundo grado."

Parece que la lógica se va imponiendo y que si se dan las circunstancias para el levantamiento del período de seguridad, no se producirá la regresión provisional, manteniendo al interno en tercer grado que le permita continuar con su trabajo, su régimen de

estudios o de la actividad, en general, que estuviera realizando en tercer grado.

### **Problemática del Art. 182 RP, y de las clasificaciones en tercer grado para conceder la libertad condicional a mayores de 70 años ó enfermos con padecimiento incurables.**

Dados los requisitos que se exigen en las letras a), b) y c) del número 2 del art. 182 del R.P.; para el cumplimiento de una condena en Centro de Deshabitación o Centro Educativo Especial, como la solución más eficaz para la rehabilitación del drogadicto, o de otras problemáticas específicas; tiene difícil encaje la exigencia del periodo de seguridad.

Lo contrario sería quebrar los principios de individualización científica en materia penitenciaria y vulnerar, entre otros, el contenido del art. 67 L.O.G.P.: "..... 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....". Aquí el tratamiento es consustancial a la aplicación del régimen del art. 182 RP y el pronóstico de reinserción será su consecuencia directa; por tanto, al no poder exigirse un pronóstico previo de reinserción tampoco puede exigirse el previo periodo de seguridad.

Respecto a las clasificaciones en tercer grado de mayores de setenta años y enfermos con padecimiento incurables, parece evidente que tampoco es exigible el cumplimiento del período de seguridad, ya que para la libertad condicional en estos casos se exime del cumplimiento del requisito temporal.

Sobre estos supuestos, la Administración Catalana, no se han pronunciado, la DGIP en sus Instrucciones 9/2003 y 2/2004, tampoco lo hizo, aunque en la reciente 2/2005, si lo hace, aunque refiriéndose, únicamente a los supuestos de enfermos muy graves con padecimientos incurables: "Al no haberse visto reformado el art. 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 art. 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."

A su vez en las Jornadas de Jueces de Vigilancia en su reunión XIII de marzo de 2004, celebrada en Valencia, respecto al supuesto del art. 182 R.P., el ponente que realizó su exposición sobre esta materia proponía el siguiente Criterio sobre alzamiento del periodo de seguridad por el Juez de Vigilancia al tiempo que resuelve un recurso: "A efectos del art. 182 R.P., y cuando como consecuencia de la imposición de una pena individual superior a 5 años se aplique el período de seguridad, no existe impedimento legal para que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria vía recurso del penado, pueda, en unidad de Auto y de acto concentradamente al tiempo que resuelve el recurso, alzar el período de seguridad a fin de aplicar el contenido de dicho precepto.

**MOTIVACIÓN:** Para la aplicación de este régimen, cumpliendo en unidades extrapenitenciarias como la solución más eficaz para la rehabilitación del drogadicto, se requieren unos requisitos específicos: Programa de deshabituación aprobado por la Institución de Acogida, consentimiento y compromiso del interno, y Programa de Seguimiento; que tienen difícil encaje con la exigencia de un período de seguridad al tratarse de uno de los supuestos específicos de tratamiento penitenciario.

Exigir para la aplicación de este régimen del periodo de seguridad sería cuanto menos desnaturalizar in extremis el principio de tratamiento individualizado y con fines de reinserción que propugna la L.O.G.P., que no debe olvidarse, cumple a su vez un mandato Constitucional de dirigir la pena a la reinserción y reeducación del penado (art. 25 CE).

Pero, es que objetivamente en el tercer grado art. 182 RP no puede exigirse el periodo de seguridad en tanto que no cabe la posibilidad de acudir al régimen general de cumplimiento: si la pena impuesta supera los cinco años, necesitamos para la clasificación en tercer grado si no se ha cumplido la mitad de la

condena un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. ¿Cómo va a obtenerse este en el supuesto de un interno que pretende un tratamiento a tóxicos en un Centro de Deshabituación?. El pronóstico se podrá realizar una vez concluido el tratamiento, pero no a priori."

Sin embargo, el parecer de la mayoría de los jueces asistentes, a dicha reunión, se expresa, en los criterios de los jueces de la siguiente manera: "se pretendía admitir un pronóstico de reinserción condicionado. Difícil encaje tiene esta solución en nuestra legislación, por ello el criterio tal como se ha recogido pretende que en el mismo auto que resuelva el recurso de grado a efectos del art. 182 R.P., se alce por el Juzgador el período de seguridad. Se dará mayor celeridad al obtener una resolución rápida ante la escasez de plazas en el Centro Extrapenitenciario".

Desde mi punto de vista, y al igual que en los casos de los septuagenarios y de los enfermos con padecimiento incurables, debería posibilitarse que la propia administración penitenciaria, como ya lo ha determinado en el caso de los enfermos graves con padecimiento incurables, a través de sus juntas de tratamiento, obviara el período de seguridad, ya que dicho requisito no está previsto y pensado para los tratamientos específicos, pues lo contrario es ir contra el diseño general de cumplimiento de las penas privativas de libertad, y con ello contra el mandato del art. 25.2 C.E.

En cuanto a los ancianos y enfermos incurables, el criterio IV.4, de la XIII reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, si fue unánime: "En los supuestos de tercer grado a efectos de libertad condicional por edad y enfermos muy graves con padecimientos incurables (art. 92 C.P.), al atender la clasificación a razones de humanidad y dignidad personal, no se exigirá el cumplimiento del período de seguridad"

### **Aplicación del régimen general de cumplimiento.**

El art. 36.2. párrafo segundo del C.P. establece: "El juez de vigilancia, previo

pronostico 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."

El precepto, en lo que aquí nos ocupa, nos plantea cuatro cuestiones:

1) ¿El pronostico favorable tendrá que ser dado por la Administración Penitenciaria, ó podrá ser obtenido mediante informes aportados por el propio interno, u obtenidos de oficio por el propio Juzgado?.

Parece claro que la segunda alternativa es la única coherente, ya que en caso contrario, para que servirían los recursos y la actuación del Juez de Vigilancia si este se viera sometido al criterio de la Administración.

En este sentido, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, en su XIII reunión, celebrada en Valencia en Marzo de 2004, en su conclusión III.4 han acordado por unanimidad: "El Juez de Vigilancia tiene plena competencia para valorar y someter a contraste el previo pronóstico de reinserción social elaborado por la Administración penitenciaria a efectos de aplicación del régimen general de cumplimiento."

2) Cuando se dice que se ha de oír a Instituciones Penitenciarias, ¿a quien se refiere?, ¿al Centro Directivo o al Centro Penitenciario?. En la práctica el criterio más extendido es que se trata de una traslado redundante ya que debe ser el Centro Directivo, puesto que el Centro Penitenciario ya se ha pronunciado en su propuesta de clasificación.

Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, en su XIII reunión, al respecto, en su conclusión III.7, han establecido: "La audiencia a Instituciones Penitenciarias prevista en los citados arts. 36.2 y 78.3 del Código Penal debe solicitarse de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias u órgano autónomo equivalente."

3) Que partes deben ser oídas. Dado que en el procedimiento penitenciario

solo son partes el Ministerio Público y el interno, se ha de referir a las que lo fueron en el procedimiento penal que motivo la condena. Ni que decir tiene que se oye a las partes, y no a las víctimas o perjudicados.

Estamos ante una forma oblicua de introducir la intervención de las acusaciones particulares en un procedimiento, en el que nunca habían intervenido, y en el que, entiendo, no es deseable su intervención, dado que su objetivo no es compatible con la finalidad reeducadora y reinsertadota a la que se refieren en el art. 25.2 C.E. y el art. 1 de la L.O.G.P. Esta participación también se ha llevado al contenido de los arts. 78 y 91.1 del C.P., y desgraciadamente, creo que es la antesala para permitir que las acusaciones particulares se personen en los expedientes penitenciarios, tal y como recientemente, y a través de la LO 15/2003, se ha hecho con el procedimiento en los Juzgados de menores.

En cualquier caso y, entiendo que de forma acertada, para no generar dudas de ningún tipo, la conclusión III.6 de la reunión XIII de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, ha determinado: "Las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria sobre la aplicación del régimen general de cumplimiento sólo podrán ser recurridas por el penado y por el Ministerio Fiscal, careciendo de legitimación para impugnarlas las demás partes a que se refieren los arts. 36.2 y 78.3 del Código Penal (Aprobado por unanimidad)."

4) Cual es el alcance de la expresión "o cometidos en el seno de organizaciones criminales". Este punto lo trataremos en un epígrafe específico, junto a las condiciones que se exige a quienes han cometido delitos de terrorismo de los previstos en la Sección Segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal.

No solo se refiere al régimen general de cumplimiento el art. 36.2 párrafo segundo del C.P., también se alude al mismo en el art. 78 del C.P. : "1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del art. 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el computo 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 resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas."

Al igual que en el art. 36.2 párrafo segundo del C.P., el número 3 del art. 78 C.P., permite que el juez de vigilancia, con los mismos criterios de valoración y con el mismo procedimiento, acuerde el "régimen general de cumplimiento".

En el caso de los condenados a delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organización criminal, el retorno al régimen normal de cumplimiento solo podrá acordarse:

Para el tercer grado, a las cuatro quintas partes del límite máximo de cumplimiento.

Para la libertad condicional, a las siete octavas partes del límite máximo de cumplimiento.

Las dos administraciones penitenciarias, existentes en España, en un principio (Instrucción 9/2003 de la D.G.I.P. y Circular 1/2003 de la Administración Catalana), sobre este asunto no preveían nada, por lo que, parecía que la única forma de que se acordase por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la aplicación del régimen general de cumplimiento, era por vía de recurso o, a petición expresa de un interno. Tras las modificaciones en sus respectivas normativas (Instrucción 2/2004, y Circular 1/2004), y en el caso de las propuestas de clasificación en tercer grado que pudiera realizar una Junta de Tratamiento, y respecto a las que al interno solo le faltara por cumplir el requisito del período de seguridad, si se prevé dicha circunstancia.

Así la Instrucción 2/2004 de la D.G.I.P. establece: "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 del Código Penal 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 Juez de Vigilancia Penitenciaria la aplicación del régimen general de cumplimiento. A la propuesta de tercer grado se acompañará copia de la resolución judicial 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 del 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 efectivamente 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 evolución demostrada en ellos.

- Valoración de los anteriores extremos por la Junta de Tratamiento con emisión del pronóstico de reinserción."

La Instrucción 2/2005 ha mantenido idéntica redacción, pero suprimiendo como elemento de consideración la "Valoración de los anteriores extremos por la Junta de Tratamiento con emisión del pronóstico de reinserción.", probablemente al considerarlo redundante.

A su vez la Administración Catalana, en su Circular 1/2003 (las modificaciones introducidas por la Circular 1/2004, no afectaron a la aplicación del régimen general de cumplimiento), establecía: "La redacción del precepto en nada impide que el procedimiento de exclusión del periodo de seguridad se inicie de oficio por el juzgado de vigilancia penitenciaria o a iniciativa del interesado o del resto de partes legitimadas que se mencionan al precepto; lo que no admite ninguna duda es que los equipos de tratamiento son agentes muy calificados en la pronogsi y en el tratamiento reeducador de los internos, y que habrán de extremar su cuidado y diligencia profesional en la aplicación de este nuevo incidente procesal que en todo caso es requisito previo y condición de procedibilidad para la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario antes del cumplimiento de la

mitad de la pena de prisión impuesta, cuando ésta sea superior a los cinco años.

La implantación en nuestro sistema de ejecución penal del llamado periodo de seguridad se ha de cohonestar necesariamente con el principio de individualización científica separado en grados recogido en el artículo 72 de la LOGP, según el cual el interno puede ser situado en el grado superior, excepto el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que lo preceden, siempre que de la observación y de la clasificación correspondientes del interno resulte que tiene las condiciones para que se haga.

La intervención de los equipos de tratamiento en el incidente de aplicación del régimen ordinario de cumplimiento tiene que ser, pues decidida y decisiva, y lo tienen que provocar desde el mismo momento de la entrevista de ingreso en el caso de los penados y desde la recepción del testimonio de la sentencia en el caso de preventivos.

En este sentido, se ha de tener en cuenta que el artículo 103 del RP establece que las propuestas de clasificación inicial, se han de formular en el plazo máximo de dos meses desde la recepción del establecimiento del testimonio de la sentencia; y que el centro directivo tiene un plazo máximo de dos meses desde la recepción de las propuestas para dictar la resolución clasificatoria, ampliable a dos meses más, para observar mejor la conducta y la consolidación de los factores positivos del interno, Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que en los casos en que haya una cuestión prejudicial penal de la cual no se pueda prescindir para la debida decisión o que condicionara directamente el contenido, determinará la suspensión del procedimiento mientras que no se resuelve aquella cuestión por los órganos penales correspondientes [artículo 10.2 de la LOPJ]. Así pues, si durante los 6 meses que como máximo puede durar el procedimiento administrativo de clasificación penitenciaria [durante el cual técnicamente el procedimiento administrativo puede permanecer suspendido si no se perjudica el tratamiento individualizado del penado], el juez de vigilancia penitenciaria no ha acordado la aplicación del régimen general de cumplimiento, el penado o penada a más de cinco años de prisión será

inexorablemente propuesto y clasificado en el segundo grado de tratamiento penitenciario; y todo eso sin perjuicio que una vez que llegue al Centro Penitenciario la resolución del juez de vigilancia penitenciaria de aplicación del régimen general de cumplimiento al penado, se revise inmediatamente aquel grado de tratamiento y se lo progrese, si es el caso, en el tercer grado de tratamiento penitenciario."

Como se puede observar las Juntas de Tratamiento y los Equipos Técnicos de los centro penitenciarios de Cataluña, tendrán una participación más activa, promoviendo el pase al sistema general de cumpliendo, en los casos en que proceda, desde el momento en que, tras la primera entrevista con el interno, se detecte que el Juez de Vigilancia debe alzar el período de seguridad.

Por último, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, en su XIII reunión, celebrada en Valencia en Marzo de 2004, sobre este asunto en su criterio III.- RÉGIMEN GENERAL DE CUMPLIMIENTO han acordado

"1. La aplicación del régimen general de cumplimiento previsto en el artículo 36.2 del Código Penal deberá adoptarse por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en resolución autónoma e independiente, destinada única y exclusivamente a tal fin.

2. Por el contrario, la aplicación del régimen general de cumplimiento previsto en el art. 78 del mismo Código Penal podrá adoptarse por medio de resolución autónoma o incidental dictada en otro expediente (Aprobado por mayoría).

3. Las cuestiones relativas a la aplicación del régimen general de cumplimiento deben considerarse referidas a la ejecución de las penas a efectos de determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver de los recursos de apelación que se puedan interponer contra las correspondientes resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria (Aprobado por unanimidad).

4. El Juez de Vigilancia tiene plena competencia para valorar y someter a contraste el previo pronóstico de reinserción social elaborado por la Administración penitenciaria a efectos de aplicación del régimen general de cumplimiento (Aprobado por unanimidad).

5. El pronóstico favorable de reinserción a efectos de aplicación del

régimen general de cumplimiento, prescindiendo del período de seguridad, no puede ser el propio de la libertad condicional, pese a la identidad de redacción de los arts. 36 y 90 del Código Penal, pues de lo contrario, la exigencia para la posibilidad de progresar a tercer grado sería superior a la exigencia para la propia progresión.

6. Las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria sobre la aplicación del régimen general de cumplimiento sólo podrán ser recurridas por el penado y por el Ministerio Fiscal, careciendo de legitimación para impugnarlas las demás partes a que se refieren los arts. 36.2 y 78.3 del Código Penal (Aprobado por unanimidad).

7. La audiencia a Instituciones Penitenciarias prevista en los citados arts. 36.2 y 78.3 del Código Penal debe solicitarse de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias u órgano autónomo equivalente (Aprobado por mayoría).

Aunque se podría decir en cualquier momento de la reflexiones que venimos realizando, lo cierto es que con motivo del pase al sistema general de cumplimiento, se hace más patente la irresponsabilidad del legislador, al introducir reformas penales de tal enjundia sin dotar a los jueces de instrumentos adecuados para su aplicación. Esta irresponsabilidad provoca que, las administraciones penitenciarias, y que los jueces de vigilancia penitenciaria, se autorregulen en materias que unas veces rozan y otras entran de lleno en la sustantividad penal.

### **Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.**

Ya hemos visto que el art. 36.2 párrafo segundo, al regular el paso al sistema general de cumplimiento exceptúa los casos "de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V de del título XXII del libro II" del Código Penal, y los "cometidos en el seno de organizaciones criminales".

Respecto a los primeros, delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V de del título XXII del libro II" del Código Penal, no se necesita mayor precisión, ya que la norma es lo suficientemente clara. Sin embargo y respecto de los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, el legislador

no lo ha sido, provocando los correspondientes problemas de interpretación.

La conclusión II.6 de la XIII reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, ha propuesta, del Magistrado Gómez Bermúdez, entonces Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, establece: "A los efectos prevenidos en los arts. 36.2, párrafo segundo; art. 78.3; 90.1 párrafo tercero, y 91.1, todos del Código Penal, y 72 de la L.O.G.P., por organización criminal debe entenderse aquella tipificable como asociación ilícita en cuyo seno se cometa además otro delito.

MOTIVACIÓN: No cabe confundir el concepto de organización criminal con la pluralidad en un delito, incluso precedido de actos conspiratorios luego absorbidos por la ejecución. Son necesarias las notas de jerarquía, permanencia, alta peligrosidad y que la conducta sea tipificable como asociación ilícita, además del otro delito cometido en el seno de la asociación"

En este mismo sentido se ha pronunciado Arturo Beltrán al entender que "No puede equipararse la participación plural en un delito, incluso ejecutando la previamente concebido y decidido en fase conspiratoria, con el delito cometido en el seno de una organización criminal. Si el delito ha de cometerse "en el seno de esta" parece razonable pensar que la organización preexistente, y que ya es criminal antes de la comisión del delito, no que se torna criminal en razón de ella y, en tanto en cuanto, en los delitos más graves (homicidio, lesiones, detenciones ilegales, robo, estafa, extorsión, apropiación indebida, tráfico de drogas, etc -Arts. 141, 151, 168, 269, 373 ... del Código Penal) la conspiración es punible, también la conspiración ha de tener lugar ya en el seno de una organización preexistente. A este argumento interpretativo pueden sumarse otros, como la equiparación en el trato a la delincuencia terrorista, tan infame y terrible, y la necesidad de interpretación restrictiva de las normas desfavorables - "odiosa, restringenda"- que llevarían a igual conclusión de limitar el alcance del concepto "organización criminal". Deben pues poder predicarse de esa organización ciertos caracteres mínimos de estructuración jerárquica, vocación de permanencia y elevada peligrosidad, es decir, los propios del crimen organizado a que se refiere expresamente la exposición

de motivos de la ley, que equipara ese concepto de crimen organizado con el de organizaciones criminales, pues los usa indistintamente (al fin y al cabo "crimen organizado" y "organización criminal" son conceptos que nacen de agragar un adjetivo a un sustantivo cambiando simplemente el papel de cada uno.)"

En estos casos, como ya hemos visto al hablar del pase al sistema general de cumplimiento, el tiempo de cumplimiento para que se pueda clasificar en tercer grado es, conforme se establece en el art. 78 del C.P., es el de 4/5 partes del límite máximo de cumplimiento de la condena.

### **Imposibilidad de aplicación retroactiva del período de seguridad.**

La Disposición transitoria única de la LO 7/2003 determina que "lo establecido, conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la LOGP respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos, o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se está cumpliendo condena."

A su vez el art. 72.5 del C.P., reformado, igualmente, por LO 7/2003, establece que "La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos en el Código Penal ..."

Puesto que la Disposición Transitoria establece de forma expresa el efecto retroactivo al artículo 72.5 de la LOGP, y el artículo 36 del C.P. establece como requisito para acceder al tercer grado el cumplimiento del llamado período de seguridad, hay muchos operadores jurídicos que entienden que el periodo de seguridad debe aplicarse con efectos retroactivos.

Mi postura es absolutamente contraria a dicha aplicación retroactiva, y para ello me baso en los siguientes argumentos:

1) El art. 2.3 establece el principio general de la irretroactividad de las normas jurídicas, pero deja abierta la posibilidad de que la propia ley disponga su eficacia

retroactiva. En este sentido, la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, establece la retroactividad de los arts. 90 y 93.2 CP y 72.5 y 72.6 LOGP.

No obstante, desde el punto de vista político criminal (BUSTOS RAMÍREZ, MUÑOZ CONDE, JESCHECK), como las normas penales contienen reglas de conducta destinadas a regular la convivencia social, y una de sus funciones consistente en regular relaciones y comportamientos de los ciudadanos que tengan lugar en el futuro, el principio general debe ser que la ley penal despliegue sus efectos a partir de su entrada en vigor. Ello unido a la particular sensibilidad del Derecho penal hacia la certeza y seguridad jurídica (art. 9.3 CP) determina que en este ámbito del ordenamiento jurídico el principio de irretroactividad debe regir con especial escrupulosidad. La excepción que deja abierta el Código Civil debe quedar vedada cuando se trate de fundamentar o agravar la responsabilidad penal, bien con delitos o penas nuevas, bien con la creación de situaciones jurídicas que impongan formas de cumplimiento más "penosas" que supongan una restricción de un bien jurídico protegido constitucionalmente como la libertad.

Desde esta perspectiva, el período de seguridad es irretroactivo toda vez que es ineficaz para controlar comportamientos de futuro, en la misión de prevención general negativa del derecho penal, intentando desplegar efectos en las penas de prisión impuestas por hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 7/2003. Por otro lado, la seguridad jurídica en su vertiente del conocimiento de certeza de las situaciones jurídicas y del despliegue de consecuencias punitivas para los ciudadanos, queda descaradamente vulnerado. Los ciudadanos que en la actualidad se encuentren cumpliendo una pena de prisión por una o unas conductas concretas se sometieron, desde su inicio a unas "reglas de juego"; conducta tipificada en el Código Penal, consecuencia jurídica en forma de pena de prisión y a la expectativa de salida en aplicación de un programa de tratamiento individualizado, sin límite temporal alguno para el acceso al régimen de semilibertad. La variación de cualquiera de estas posibilidades atenta directamente a la seguridad jurídica y no

genera ninguna expectativa positiva de mejor regulación de la convivencia social.

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

2) La Disposición Transitoria única establece la retroactividad de los arts. 90 y 93.2 CP para acceder a la libertad condicional y 72.5 y 72.6 respecto de la clasificación o acceso al tercer grado. Esta norma concreta su contenido: expresa esto y nada más; no es posible que los aplicadores de la Ley y los operadores jurídicos que intervienen en la fase de ejecución penal busquen e interpreten donde la ley no dice o donde no quiere decir. La DT única no hace ninguna mención expresa al art. 36.2 que regula el período de seguridad; por ello debe ser excluida la posibilidad de retroactividad.

En esta línea argumental y desde una interpretación sistemática de esta Disposición Transitoria hay que tener en cuenta que tampoco incluye el art. 93.3 CP (pérdida del tiempo pasado en libertad condicional para el caso de quebrantamiento del art. 90.2, precepto éste que si tiene carácter retroactivo según la disposición); y no lo incluye por algo obvio; es absolutamente irretroactiva por el perjuicio que supone para el reo por afección directa del bien jurídico "libertad" (como derecho fundamental el art. 17 CE o como valor superior del ordenamiento jurídico del art. 1 CE), a la seguridad jurídica y al carácter preventivo que se otorga a la norma penal como fundamentos de la irretroactividad. Dicho de otro modo, los ciudadanos tienen que saber ante una determinada conducta, si es delictiva o no, si lo fuere, que consecuencia jurídica conlleva (pena o medida de seguridad), y como se va a ejecutar ésta (garantía de ejecución en el principio de legalidad). Obviamente el ciudadano puede desconocer normas procesales de la regulación ejecutiva de la pena en caso de

que cometa un delito (obviamente quien está cumpliendo tiene que conocerlas: tramitación de las quejas, de los recursos, de las formas de registro en celdas, de las normas de observación, de la fase de período, incluso de las formas de la práctica de de los cacheos etc.), pues estas normas pueden no afectar directamente ni a la libertad, ni a la seguridad jurídica, ni a la futura prevención de delitos y por lo tanto pueden variarse y desplegar efectos retroactivos. Pero es claro que el ciudadano tiene que conocer, en el caso del art. 93.3 CP, que si comete un delito y si es condenado, y se encuentra en fase de libertad condicional, que si la quebranta, se le revoca y además pierde el tiempo de condena cumplida en este régimen. Lo que se traduce en una pérdida de libertad mayor. Y saberlo es importante para la prevención del quebrantamiento de la pena en fase de libertad condicional, y por seguridad jurídica. Por ello, creo que es pacífica la argumentación respecto de la irretroactividad del art. 93.3 CP.

Los mismos argumentos, para fundamentar la irretroactividad, cabría inferir del art. 36.2 CP; primero, porque no viene expresamente establecido en la DT única al igual que ocurre con el art. 93.3 CP; segundo, porque los bienes jurídicos, valores, funciones y derechos que se pueden ver afectados por la retroactividad son exactamente los mismos que los del art. 93.3 CP: la libertad, la función preventiva de la norma y la seguridad jurídica, que exigen que el ciudadano conozca, no solo las conductas consideradas como delictivas, sino también la consecuencia jurídica y su forma de cumplimiento, no en cuanto a las normas procesales sino en cuanto a su contenido sustantivo: la libertad. Con ello hay que afirmar que no es lo mismo que un ciudadano, cuando cometa un delito tenga la certeza de que no va a salir de prisión, hasta que lleve la mitad de la condena cumplida, que lo pueda hacer en cualquier momento; incluso una semana después de ingresar. Imaginemos que la reforma penal hubiera establecido en sus disposiciones que las penas superiores a cinco años se deberían cumplir íntegramente en prisión, sin posibilidad de acceso al régimen abierto y que además el cumplimiento debería hacerse en régimen de aislamiento, ¿no sería considerado abiertamente un fraude de etiquetas si se le otorgase el carácter



retroactivo?, ¿Quién se atrevería a decir que esa norma es retroactiva y a partir de la entrada e vigor todos los que actualmente cumplen penas superiores a cinco años tendrían que ser ingresadas en aislamiento?; creo que nadie. A este respecto, el período de seguridad que introduce la LO 7/2003 y el supuesto inventado que acabamos de inferir, parten de idéntica afección a los mismos bienes jurídicos: la libertad, la seguridad jurídica y el mandato preventivo de la norma penal.

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

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

El CGPJ al realizar su informe sobre la LO 7/2003, acepta la constitucionalidad de la retroactividad del precepto, al entender que se trata de una irretroactividad impropia, porque despliega efectos hacía futuro respecto de situaciones jurídicas aún no consolidadas. A este respecto cabe argumentar que sin duda despliega efectos hacía futuro pues las personas están cumpliendo condena, pero la imposibilidad de acceder al régimen abierto en un tiempo delimitado que al comenzar el cumplimiento y el tratamiento individualizado no existía, supone un claro y grave perjuicio, en cuya base está el valor superior de la libertad. La presencia de la

protección constitucional de este valor o derecho hace su aplicación irretroactiva. Por otra parte, con el respeto obvio que merece cualquier interpretación constitucional, introducir una clase nueva de irretroactividad, más allá de la auténtica, supone la creación de un nuevo genero de irretroactividad, de dudosa justificación, si lo que está en juego es la libertad y su perjuicio, derechos y valores protegidos constitucionalmente. De idéntica forma y para hacer una interpretación global del ordenamiento penal, el Tribunal Constitucional establece que no existen situaciones intermedias entre la detención y la libertad, anulando cualquier efecto a una tercera figura creada por la policía; "retención judicial"; o se está detenido y por lo tanto se aplican todos los derechos del art. 520 LECr., o se está libre. Similar argumentación cabría señalar para el tema que nos ocupa: si está en juego la libertad, la seguridad jurídica y la función preventiva del derecho penal, una norma o es retroactiva o no lo es en función del perjuicio que causa al reo; de ninguna manera se pueden crear nuevas figuras para justificar lo injustificable desde el punto de vista constitucional.

4) En una interpretación gramatical de la DT Única no se puede inferir la aplicación retroactiva del período de seguridad. La única duda es si se puede aducir la retroactividad partiendo del art. 75.2 LOGP cuando establece: "La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento, requerirá, además de los requisitos previstos en el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito." ¿puede suponer esta referencia a "requisitos previstos en el Código Penal" la introducción del art. 36.2 en la DT única. En mi opinión, de ninguna manera. La retroactividad de las normas que restringen derechos tiene rango constitucional (art. 9.3 y 25 CE), afecta a valores superiores del ordenamiento jurídico: la libertad, la seguridad jurídica y hasta la función preventiva de la norma penal. Estos valores afectados gozan de tanta importancia/prevención en el ordenamiento jurídico que no pueden ser hurtados ni por un legislador que por dudosas cuestiones de política criminal intenta crear confusión jurídica, ni por una norma de referencia o remisión a un artículo del Código Penal. Con base a una interpretación unitaria del

ordenamiento jurídico en el que estén afectados la libertad y la seguridad jurídica hemos de hacer referencia explícita a la importancia y garantía que se despliega en la protección de esos valores por las resoluciones del Tribunal Constitucional en otros ámbitos penales: la motivación de las resoluciones y la prisión preventiva:

Existen supuestos en los que se exige un específico y reforzado deber de motivación de las resoluciones judiciales, entre las que cabe citar aquellos en que se ven afectados otros derechos fundamentales o libertades públicas o en que se incide de alguna manera sobre la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (STC 116/1998, 2.6 FJ 4).

En cuanto a la excepcionalidad de la prisión preventiva: "por ello la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional "deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen. Por ello, en caso de duda, hay que optar por la Ley más favorable o sea, la menos restrictiva (STC 88/1998, de 9 de mayo). Y las resoluciones deben venir apoyadas en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentados de la decisión, cual ha sido su ratio decidiendo (STC 214/200 FJ 4).

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

Contrariamente a lo que decimos en el párrafo anterior la exposición de motivos en su pòrtico, número I párrafos segundo y tercero. deja claro que cuando se comete un hecho tipificado como delito en el Código Penal, que puede ser susceptible de ser sentenciado con ingreso

en prisión, el ciudadano debe conocer no solo la pena sino la forma en que la misma se ha de cumplir : "De acuerdo con ellos, el ciudadano tiene derecho a saber con certeza jurídica que es delito o falta y que no lo es. El mismo derecho tiene a saber cual es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta.

Consecuencia lógica de estos derechos y exigencia necesaria del principio de seguridad jurídica que rige nuestro ordenamiento, es el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta"

La aplicación retroactiva ha producido paradojas que resultan inaceptables como es el caso de que, con anterioridad al 2 de julio de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley 7/2003, se llevan a la Junta de Tratamiento de un centro penitenciario, para valorar su clasificación, la situación de varios internos, y la misma es valorada conforme a una determinada legislación; a unos se les propone, conforme a dicha legislación, para tercer grado y se les termina por clasificar en dicho grado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y a otros se les deniega y recurren ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que, por fecha, debe resolver con posterioridad al 2 de julio de 2003. Así las cosas, si el interno que recurre demuestra que la Junta se equivocó en su valoración, y se aplica retroactivamente el período de seguridad, se le generaría una flagrante discriminación. A mayor abundamiento, no parece lógico, que si el recurso formulado, que lo fue antes de la entrada en vigor de la LO 7/2003, se hubiera resuelto antes del día 2 de julio de 2003, tendría un tratamiento diferente que si se resuelve con posterioridad a dicha fecha.

5) En otro orden de argumentos, la expresión "además de los requisitos previstos en el Código Penal", es más una aclaración necesaria de la propia redacción del art. 72.5 LOGP. Si se omite las expresiones objeto del debate, la redacción quedaría: "la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, ....., que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito". Si se suprime la expresión objeto del análisis, los requisitos, la formulación legal es

errónea, porque la clasificación en tercer grado requiere el pago de la responsabilidad civil, pero no solo; y por ello para completar la definición legal tiene que introducir algo tan obvio como necesario: "además de los requisitos exigidos por el Código Penal". Por ello cabe concluir, que dicha expresión no pretende introducir el efecto retroactivo al período de seguridad, siendo el pago de la responsabilidad civil el único elemento que se introduce por medio del art. 75.2 LOGP.

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

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

delito, pero no por que exista una auténtica fase de ejecución penal, distinta a las fases de instrucción y enjuiciamiento, en la que la retroactividad es posible.

A este respecto, la doctrina discute si la regla "tempus regit actum" tiene que regir con carácter absoluto para todas las leyes procesales; su aplicación no ofrece dudas con relación a las leyes procesales propiamente dichas, es decir, aquellas que se refieren al mero desarrollo formal del proceso y competencia de los tribunales; pero existen otras leyes procesales que, al exigir determinados presupuestos para la persecución y castigo de los hechos, determinan también efectos materiales decisivos, por los que cabe plantear la cuestión de si a las mismas les será aplicable la prohibición de retroactividad con referencia a la regla "tempus delicti commissi" (tiempo de comisión del delito) y no la la regla "tempus regit actum". Entre estas leyes procesales penales se incluyen por la doctrina las relativas al indulto, a la querrela o denuncia, la prescripción; y no cabe duda que se puede incorporar a este elenco las leyes de ejecución que tienen que ver con la imposición de límites temporales que afectan a la libertad, tal y como establece el período de seguridad del art. 36.2 CP.

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

8) Aunque en parte ya han quedado reflejados en nuestros argumentos, transcribimos las propuestas realizadas por D. Arturo Beltrán Núñez, Magistrado de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en las XIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, en

relación a la irretroactividad del período de seguridad:

1ª no puede negarse tajantemente que las normas que regulan la "vida" de la pena, no tengan naturaleza penal:

Pese a incluirse en el Código Penal (al menos en parte).

Pese a regularse por Ley Orgánica.

Pese a que la aflicción de la pena se produce precisamente en su cumplimiento y no en enunciado.

Pese a que los fines de la pena (salvo quizá la prevención general negativa) se verifican en el cumplimiento y no en su enunciación.

2ª. El fundamento de la retroactividad de las normas penales, no está en la tutela de las expectativas, sino en la seguridad jurídica.

3ª. El conocimiento apriorístico de la dimensión cuantitativa y cualitativa de la pena es exigible desde cualquier criterio razonable de seguridad jurídica y hasta de prevención general.

4ª. Aun cuando la forma futura de cumplimiento sea una mera posibilidad o expectativa, la consagración por norma de las expectativas más dolorosas, equivale desde el sentir común a un empeoramiento, esto es a algo desfavorable.

5ª Si una norma tiene elementos propios de naturaleza penal y es desfavorable no cabe que sea retroactiva ni puede salvarse su aplicación hacia atrás apelando a conceptos como retroactividad mínima o retracción.

6ª. Es discutible que la sola mención en el artículo 72.5 de la L.O.G.P. de los requisitos contenidos en el Código Penal, sin mención del art. 36 de esta ley, cuando se citan otros, suponga que la eventual retracción del art. 72.5, conlleve obligadamente no solo la de contenido material sino también de un contenido oculto y por remisión al citado art. 36.

Esta propuestas fueron recogidas, en las conclusiones II.1 II.2, II.4 y II.5, de dicha reunión de jueces.

En este mismo sentido, favorable a la irretroactividad del período de seguridad se ha definido la Circular 1/2004 del departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya:

"PRIMERO: El período de seguridad al cual hace referencia el art. 36.2 del C. Penal reformado, no se puede aplicar sino a hechos delictivos que se produzcan posteriormente a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2003, es decir, a partir del 2 de julio de 2003."

También favorables de la irretroactividad se han manifestado la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid (Auto de 6/504), y la 9ª de Barcelona (Autos 14 y 19/5/04), así como el Magistrado Juez D. José Luis Castro Antonio, cuando era titular del JVP nº 3 de Madrid (Autos de 14/1/04 y 3/2/04).

El contenido del auto de 14 de enero de 2004, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, esta recogido, prácticamente, en su totalidad en las reflexiones anteriores, y respecto al auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de mayo de 2004, deseo destacar los siguientes argumentos:

"Sobre la naturaleza penal de las normas del artículo 36 pueden darse los siguientes argumentos:

1) Formalmente, el periodo de seguridad está incluido en el artículo 36 del Código Penal. La propia exposición de motivos de la ley establece que la razón para ello es que "se considera necesaria la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento Penal".

2) Todas las leyes penitenciarias han tenido carácter de Ley Orgánica (tanto la L.O. 1/1979 de 26 de Abril, Genera Penitenciaria, como las sucesivas normas que la han modificado (incluida la L.O. 7/2003), y ello es así porque afectan al derecho fundamental de la libertad (inciso inicial del art, 81,1 de la Constitución), pues su carácter orgánico no viene exigido por los demás incisos de ese párrafo del artículo 81 ni por el artículo 25 de la Constitución que se refiere, sin especificar, a "la ley penitenciaria".

3) Materialmente, la pena en el Código Penal sólo es amenaza penal. La pena se califica como castigo centenares de veces en el Código Penal y su carga aflictiva sólo llega cuando se cumple. Lo que para la Jurisdicción es ejecución para el penado es cumplimiento. Y sólo por el cumplimiento se alcanzan las finalidades de la pena, no sólo la retributiva o la de prevención especial, sino incluso la de prevención general en sus vertientes positiva y negativa, pues si las penas no se

cumplieran nunca, no existiría capacidad disuasoria en la conminación penal, ni capacidad de inspirar respecto a la norma y evitar, mediante la confianza en la ley, el recurso a la violencia privada y a la represalia. Por ello, distinguir entre la pena, por un lado, y la vida de la pena, por otro, como si la pena existiera materialmente al margen de su cumplimiento, es contrario a toda experiencia y a la razón vital.

4) Es evidente que el contenido aflictivo de la pena no puede medirse solo por el quantum de su duración, sino también por el quantum de su intensidad. Cualquier medida del tiempo que prescindiera de la intensidad del sufrimiento es, en términos humanos, inexacta e inválida.

CUARTO.- Este razonamiento enlaza dos ideas. La primera, que no puede afirmarse que lo que afecta a las penas y dentro de ellas, a esa zona esencial que es su cumplimiento, no forma parte del contenido esencial del Derecho Penal; la segunda es que la forma de cumplimiento puede contener una mayor o menor carga aflictiva y según ella resultar la misma más o menos desfavorable.

Pues bien, que nos encontramos ante una norma desfavorable resulta en parte de lo ya expuesto, y también:

A) De la clara voluntad del Legislador de sustituir un estado de cosas que, según él, "puede hacer que la pena prevista en el Código Penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida" (Exposición de motivos) por "el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas". (Denominación de la ley).

B) De que, aún aceptando que la forma de cumplimiento de la pena sea, en cada momento y de cara al futuro, una mera expectativa, si las peores expectativas se convierten en regla, siquiera en una fase de la condena, no puede afirmarse que ello no tiene relevancia en cuanto al juicio como favorable o desfavorable de la norma.

C) Porque la norma es desfavorable con independencia de que hipotéticamente no lo sea en un caso concreto. Dificultar con carácter general la progresión de grado es imposible que no tenga antes o después su reflejo en una pluralidad de casos particulares, de casos en los que, cumplidos todos los requisitos que "antes" se exigían, no se cumpla alguno de los introducidos más tarde por una ley que en todos esos casos va a

resultar desfavorable. Si una ley perjudica muchas veces y no favorece nunca ¿puede decirse que no es desfavorable?.

Vemos pues que puede apuntarse que estemos ante una norma penal desfavorable. Es el momento de volver a estudiar su carácter retroactivo por el que antes se pasó de puntillas, afirmando que podía afirmarse que estábamos en un caso de retroactividad impropia en cuanto que la norma no afecta a resoluciones anteriores a su entrada en vigor sino a las posteriores a la misma, aunque éstas enlacen con hechos anteriores a dicha entrada en vigor.

Ahora bien, retroactividad impropia no significa retroactividad inocua, pues es claro el carácter desfavorable de la norma, es más, es claro que se buscaba endurecer el cumplimiento de las penas, y es claro que como toda retroactividad contiene un elemento sorpresivo (de sorpresa desagradable en este caso), ajeno a cualquier función didáctica de la norma penal y a los principios de seguridad jurídica. A aquella, porque en nada sirve un mensaje de endurecimiento después del delito (o sirve sólo para generar desconfianza en la norma), y a éstos, porque no las expectativas de Derecho (tan discutibles) sino las exigencias de la seguridad jurídica fundamentan la irretroactividad de la ley penal. De esas exigencias de seguridad nace, como dice la exposición de motivos de la Ley, el derecho del ciudadano "a saber cuál es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta". el derecho del ciudadano "a conocer con certeza cuál es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta". Parece difícil estar en desacuerdo con ello, pero con tal de que se entienda que ese derecho no es esencialmente el derecho de cada ciudadano a saber qué le va a pasar a otro sí delinque, sino de todos y cada uno de los ciudadanos a saber qué le va a pasar a cada uno de ellos si delinque, Y si eso es lo que se busca, de poco sirve saberlo antes de delinquir, si, después del delito, puede cambiarse "la forma en que se va a aplicar la pena" o puede cambiarse aquello en lo que "en definitiva, se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta".

En definitiva, hay razones poderosas para sostener que estaríamos ante normas de naturaleza penal,

desfavorables si se comparan con las anteriormente vigentes y a las que se dotaría de una retroactividad tal vez impropia pero nada inocua, Es éste un caso en el que no cabe decir que estamos en el filo de lo permitido por la Constitución. La irretroactividad de las normas penales no nace con la Constitución, ni con Feuerbach, ni con Beccaria y el pensamiento ilustrado, Con todas sus quiebras, viene de muy antiguo, casi de los albores de la civilización. Una democracia avanzada no puede en este punto permitirse el lujo de normas bajo sospecha, no ya de ser inconstitucionales, sino de ser incivilizadas.

QUINTO.- La disposición adicional de la 1.0. 7/2003 establece que "lo dispuesto conforme a esta ley en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal y en el artículo 72.5 y 6 de la L.O. General Penitenciaria respecto de la clasificación o progresión a tercer grado de tratamiento penitenciario será aplicable a las decisiones que se adoptan sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la condena.

Como es evidente, la disposición transitoria no incluye las disposiciones del artículo 36 del Código Penal. Sin embargo, en este punto cabe interpretar lo siguiente: entre las exigencias del artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria para acudir al tercer grado aparece ahora la de cumplir "los requisitos previstos por el Código Penal"; como quiera que jamás hasta ahora contempló el Código Penal requisito alguno para acceder al tercer grado, se hace evidente que, quizá por una vía indirecta, se está exigiendo el cumplimiento del periodo de seguridad, previsto en el art. 36 (salvo que se haya acordado la aplicación del régimen general), en cualquier resolución posterior a 1 de Julio de 2003 que pretenda acordar la progresión a tercer grado.

Ahora bien, esta interpretación supone, de un lado, imputar al legislador el uso de vías oblicuas en materia como el derecho sancionador que se rige por el principio de "lex certa", y de otro, concluir que esa vía oblicua es la forma de disimulo de lo que, como se ha dicho, supondría una retroactividad nada inocua de una norma desfavorable y de contenido material genuinamente penal.

Frente a esta interpretación cabe la contraria: el legislador es consciente en frases que se toman de la Exposición de Motivos, de que ha incorporado la figura del periodo de seguridad a "nuestro ordenamiento penal"; es consciente que la forma de cumplimiento "puede hacer que la pena prevista en el Código Penal y la fijada en sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida" y reconoce el derecho de los ciudadanos a "conocer con certeza cuál es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta" certeza que es incompatible si la ejecución, en la práctica, puede cambiarse sobre la marcha; y, siendo consciente de todo ello, no menciona, con toda intención, el artículo 36 en la disposición transitoria del Código Penal. Claro que ello derivaría de nuevo a cuál es el significado de la frase del artículo 72.5 de la L.O.G.P. en su nueva redacción cuando se refiere a la necesidad de cumplir "los requisitos previstos por el Código Penal". Pero si se parte de la base de que el legislador no busca introducir una retroactividad desfavorable en forma disimulada, es claro que cabe una interpretación cual es que la disposición transitoria está pensada precisamente para este periodo de transición, y se dirige por ello al artículo 72.5 de la L.O.G.P. (y a otras normas) pero el artículo 72.5 no está pensado para este periodo de transición, es decir, no es a su vez una norma transitoria, sino una norma con vocación de permanencia que pretende regular para siempre y hasta su derogación los requisitos para acceder al tercer grado. Es decir, era necesario incluir esa referencia al Código Penal si se pretendía que esos requisitos contenidos en el Código Penal pudieran exigirse alguna vez, pero eso no significa mudar le naturaleza del artículo 72.5 y convertirlo en Disposición Transitoria de segundo grado. Cuando, en su momento, la disposición transitoria de la ley 7/03 carezca de sentido por no existir ya las situaciones reales a que se refiere, el artículo 72.5 de la L.O.G.P. mantendrá su vigencia, precisamente porque no se trata de una norma retroactiva complementaria. Con ello el contenido directo y propio del artículo 72.5 se aplicaría conforme al mandato de la disposición transitoria y el contenido por remisión a otras normas como podría ser el artículo 36 o el 78 del

Código Penal sólo se aplicaría por hechos cometidos desde el 2 de Julio de 2003. Y a propósito de la mención del artículo 78 del Código Penal, nadie duda de la imposible retroactividad del artículo 76 del Código Penal ni de la no menos imposible del 78, sin sentido en su redacción actual al margen del 76, y, en razón de la naturaleza claramente penal de esas normas es imposible pensar que quepa su aplicación retroactiva amparada en la frase "además de los requisitos previstos en el Código Penal" contenida en el artículo 72.5 de la L.O.G.P., y sin embargo, es evidente, por un lado, que el artículo 72.5 tiene que contener esa frase para dar carácter sistemático a nuestras leyes también en relación con el artículo 78 del Código Penal y, por otro, que si de ninguna manera eso afecta a la retroactividad del art. 78 porque su contenido es, en sí y por referencia al 76, claramente penal, tampoco tiene por qué afectar al artículo 36, si se considera ésta una norma cae contenido penal. Por tanto, si caben razonablemente dos interpretaciones de la ley, y de las dos, una es mucho más acorde que la otra con principios inviolables no ya de la Constitución sino de nuestro entero sistema cultural y de nuestra civilización, es perfectamente razonable entender que el contenido de la disposición de la LO. 7/03 no se extiende al artículo 36 del Código Penal."

Por el contrario, y a favor de la retroactividad, en la XIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, expuso sus reflexiones, D. Luis Fernández Arévalo, quien entre sus principales argumentos, a favor de dicha retroactividad ofrecía los siguientes:

"De esta manera, se establece una cláusula de lo que podemos denominar efectos inmediatos, -o retroactividad impropia, o retroactividad de intensidad mínima-, limitada a las decisiones que de futuro se adopten tras la entrada en vigor de la ley en relación con: a) los requisitos de concesión de la libertad condicional común -art. 90 CP-, b) las condiciones y consecuencias de la revocación de la libertad condicional -art. 93.2 CP-, y c), las condiciones para el acceso al tercer grado - arts. 72.5 y 6 LOGP-. Y ello, de aplicación inmediata, abstracción hecha de la fecha de comisión del hecho delictivo o de la fecha de la sentencia.

La constitucionalidad de esta cláusula, a la vista de la doctrina constitucional sentada en las sentencias dictadas hasta la fecha, anteriormente examinadas, es así irreprochable, pues no asistimos a supuestos de retroactividad propia, de primer grado o máxima intensidad, sino a un supuesto de retroactividad impropia, de tercer grado o mínima intensidad, y como ya hemos visto desde la STC 42/1986 (fundamento jurídico 3.º) lo que prohíbe el art. 9.3 CE 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 a su proyección hacia el futuro."

La Dirección General de Instituciones Penitenciaria, en un principio también se mostró favorable a la retroactividad, y tanto en su Instrucción 9/2003, como en la 2/2004, así lo reflejaba, pero la Instrucción 2/2005, de 15 de marzo, que expresamente deroga la 2/2004, cambia de criterio estableciendo: "Conforme al criterio establecido por la Audiencia Provincial de Madrid -auto de 6.5 04, entre otros, Audiencia Provincial de Barcelona -autos de 14.5 y 19.5.2004 y Audiencia Provincial de Zaragoza- autos de 11.6.04 y 4.11.04- el periodo de seguridad no será aplicado retroactivamente a todos aquellos casos en los que la fecha de la sentencia por la que cumple condena sea anterior al día 2 de julio de 2003, momento de entrada en vigor de la Ley 7/03, de 30 de junio."

La redacción dada por la Instrucción 2/2005, introduce otro debate ya que expresa "que no será aplicado retroactivamente a todos aquellos casos en los que la fecha de la sentencia por la que cumple condena sea anterior al día 2 de julio de 2003", cuando entiendo, que debía decir que no es aplicación a los hechos delictivos cometidos con anterioridad al 2 de julio de 2003.

Por último, la conclusión II.3 de la XIII Reunión de jueces sobre la retroactividad, respecto de la que se muestra favorable, establece:

"3. Período de seguridad.

3.1. La aplicación del denominado "período de seguridad" a una pena de prisión en cumplimiento al tiempo de la entrada en vigor de la LO. 7/2003, salvo que suponga la pérdida de un tercer grado

que se estuviera disfrutando por el penado, no entrada retroactividad propiamente dicha, sino que constituye una manifestación de la llamada retroactividad impropia, o de grado mínimo u medio, constitucionalmente admitida.

MOTIVACIÓN: Esta aplicación del llamado período de seguridad no entraña retroactividad propiamente dicha, lo que resultaría vedado por el artículo 9.3 de la Constitución española (que la limita a la retroactividad propiamente dicha o de grado máximo), sino que constituye, como dice el acuerdo, una manifestación de la llamada retroactividad impropia o de grado mínimo o medio constitucionalmente admitida; tampoco conculca el artículo 25.1 de la CE, porque ni supone predeterminación normativa posterior de conductas infractoras, ni tampoco entraña la imposición de una nueva pena, ni finalmente tampoco en modo alguno modifica el quantum de la pena de prisión prevista por la ley e impuesta en su caso par sentencia.

3.2. Esa aplicación del principio de seguridad a cualquier pena de prisión cuya duración exceda de cinco años se ampara en lo establecido en la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 7/2003, al deber entenderse que la expresa referencia de ésta al artículo 72, 5 y 6 de la LOGP y la exigencia por este precepto de los demás requisitos exigidos por el Código penal para la clasificación o progresión al tercer grado, incluye la observancia de lo dispuesto en el artículo 36.2 del mismo.

MOTIVACIÓN: La aplicación con efectos inmediatos del período de seguridad a cualquier pena de prisión cuya duración exceda de cinco años viene justificada por la formulación de tal previsión por parte de la disposición transitoria única de la LO. 7/2003, norma que exige para acceder al tercer grado la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, cumplir los requisitos previstos al efecto por el Código penal, y, en segundo lugar, la satisfacción de las responsabilidades civiles en los términos regulados en ese mismo precepto legal; debiendo entenderse que la exigencia de los requisitos del Código penal incluye la observancia de lo dispuesto en el artículo 36.2 del Código, sin perjuicio de las facultades del Juez de Vigilancia Penitenciaria para acordar el régimen

general de cumplimiento en los términos previstos en esa propia norma.”

Sobre dicha conclusión, y en consonancia con sus pronunciamientos, ya referidos, autos de 14 de enero y de 3 de febrero de 2004, D. José Luis Castro Antonio, emitió un voto particular:

“VOTO PARTICULAR que formula Don José Luis Castro Antonio. JVP nº 3 de Madrid a los criterios anteriores:

Frente a la opinión mayoritaria expreso mi parecer contrario a considerar que la aplicación del periodo de seguridad a las penas que estuvieren cumpliéndose en el momento de la entrada en vigor de la LO. 7/2003 no suponga una aplicación retroactiva de una norma penal, e igualmente que tal aplicación resulte de la sola mención que en el artículo 72.5 de la LOGP se hace de los demás requisitos exigidos en el CP para acceder al tercer grado.”.

#### **Régimen de recursos de las resoluciones que afecten al principio de seguridad.**

Ya hemos puesto de manifiesto la referencia que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, realizaron en la conclusión III.3, de su XIII Reunión, de Marzo de 2004, a que las cuestiones relativas a la aplicación del régimen general de cumplimiento, son de ejecución de penas, y por lo tanto, los recursos de apelación contra las resolución que al respecto dicten sus juzgados, serán resueltos por los juzgados o tribunales sentenciadores, pudiendo, en realidad, decir que todo lo que tiene que ver con el período de seguridad es materia de cumplimiento, y por lo tanto el régimen de recursos será:

1) Impugnación ante el Centro Directivo, de la resolución de la Junta de Tratamiento por la que, en los casos de revisión de clasificación, se mantiene el grado (Art. 105.2 RP). En el plazo de 1 mes.

2) Contra la resolución de clasificación inicial, acordada por el Centro Directivo (Art. 103.5 RP), contra la resolución unánime de la Junta de Tratamiento en el caso de clasificación en segundo o tercer grado en condenas de hasta un año (Art. 103.7 RP), o contra la resolución de la impugnación referida en el punto anterior: Recurso ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. La Ley no



determina plazo concreto, y se discute la naturaleza de la resolución que se recurre. En cualquier caso, la XII reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, celebrada en enero de 2003, en su conclusión 92, por mayoría, acordó que el plazo fuera de un mes

3) Contra el auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria que resuelve el Recurso anterior: Recurso potestativo de Reforma (Disposición Adicional 5ª.1 LOPJ), en el plazo de tres días.

4) Contra el auto que resuelve el recurso de reforma, o directamente, contra el auto que resuelve el recurso inicial ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria –ya hemos dicho que el recurso de reforma es potestativo-, recurso de apelación (Disposición Adicional 5ª.2 LOPJ), en el plazo de cinco días, por las reglas del procedimiento abreviado de conformidad con el criterio 97 de la XII reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, celebrada en enero de 2003., aprobado por mayoría, que se formalizará ante el propio Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y se resolverá por el juzgado o tribunal sentenciador.

5) Contra el auto que resuelve el recurso de apelación, si el órgano que lo resuelve es una Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional, cabría, teóricamente recurso de casación para la unificación de doctrina. Decimos, teóricamente, ya que el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 27-6-04, sobre este recurso, introducido por la LO 5/2003, al modificar la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ, establece la imposibilidad de interponerse cuando la decisión a recurrir tenga por fundamento informes individualizados. Parece que en materia de clasificación, este recurso solo podría interponerse en cuestiones como la retroactividad o la aplicación del período de seguridad sobre penas individuales mayores o menores de cinco años, pero nunca en relación al contenido final de la propia clasificación que se realiza a un interno.

6) Si de lo que se trata es de aplicar el régimen general de cumplimiento, en resolución autónoma, ajena a cualquier incidente concreto de clasificación, la Administración penitenciaria, podría participar realizando una propuesta concreta al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, por lo que el sistema de

recursos se iniciaría, directamente con el potestativo de reforma.

### **Ejecutividad de las resoluciones dictadas por el Jueces de Vigilancia Penitenciaria en esta materia.**

La Disposición Adicional 5ª de la LOPJ, modificada en su integridad por la LO 5/2003, se volvió a modificar parcialmente, en la LO 7/2003 que introdujo un nuevo apartado que determina que “Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.

Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.”

El legislador reincide en cuanto a la deficiente redacción, y sistemática jurídica, generado, por tanto varios problemas de interpretación:

- 1) La clasificación en tercer grado o la concesión de la libertad condicional, no supone la excarcelación definitiva del interno, al menos si entendemos el término desde el punto de vista estrictamente jurídico, ya que continua bajo la dependencia de la Administración Penitenciaria.
- 2) Si interpretamos el término excarcelación, desde el punto de vista gramatical, la expresión también resulta problemática, ya que no existe ninguna forma de libertad condicional que no suponga excarcelación, por lo que la alusión “y pueda dar lugar a la excarcelación del interno”, se ha de referir a la “materia de clasificación de penados”. Ello llevaría a pensar en el tercer grado y en sus diversas formas y a preguntarse a cual de ellas afecta el efecto suspensivo del recurso de interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Desde mi punto de vista, dicho efecto suspensivo, solo debe afectar a los terceros grados de unidades dependientes, excepción realizada del art. 182 RP por los motivos ya expuestos en su momento, y a los controles telemáticos, puesto que el resto de los terceros grados tienen un régimen que les puede obligar a pernoctar en el Centro Penitenciario, ya sea un Centro de Inserción Social o Sección Abierta.

- 3) La referencia a que el penado lo sea por delitos graves (Arts. 13.1 y 33.2), tras la entrada en vigor de la LO 15/2003, nos sitúa en penas de prisión de más de cinco años.
- 4) La posibilidad de un incidente que resuelva sobre el efecto suspensivo antes de resolver el recurso, tal y como se ha redactado el precepto genera un grave problema. Cuando el órgano judicial sentenciador sea una Audiencia, será el mismo Tribunal el encargado de resolver el recurso y el incidente sobre el efecto suspensivo, y teniendo en cuenta que el recurso se tramitará "con carácter preferente y sumario", parece claro que el incidente se podrá evitar resolviendo de inmediato el recurso.

Sin embargo, cuando el sentenciador, sea un juzgado de lo penal, el incidente sobre el efecto suspensivo, dada la redacción del precepto: "hasta que la Audiencia Provincial o Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión", lo resolverá una Audiencia y por lo tanto se producirá una disociación del expediente que, entiendo, no será nada deseable. y probablemente generará disfunciones.

Sobre la ejecutoriedad de estas resoluciones se ha pronunciado el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Madrid, de fecha 3 de febrero de 2004, estableciendo:

"La redacción de este precepto es enormemente confusa, pues se hace referencia a clasificación de penados o concesión de Libertad Condicional y pueda dar a excarcelación:

- a) Desconoce el Juez la existencia de libertades condicionales que no supongan la excarcelación, por tanto sobra la conjunción copulativa y.
- b) Si dicha conjunción copulativa se refiere a la clasificación en grado no supone una excarcelación, simplemente un régimen de vida más favorable al penado que el propio 2º grado. Pero es más, existe una clara contradicción, ya que idéntico resultado al pretendido con el régimen del Art. 82 RP, se produce en el 2º grado con la aplicación del Art. 100.2 del RP (sistema de flexibilización de grados de tratamiento) que supone combinar parte del régimen de 2º grado y las salidas fines de semana propias del régimen abierto, y sin embargo en este caso no se discute si se duda sobre la ejecutoriedad de la resolución que acuerda tal aplicación del Art. 100.2 RP.

Para concluir considerando que el régimen del Art. 82 RP, que es el aquí nos ocupa, no supone una excarcelación del interno el Auto concediendo el grado debe tener carácter ejecutivo con independencia del resultado de la apelación que puede variar o no la clasificación acordada, máxime cuando en el presente caso cada una de las penas impuestas es inferior a 3 años, por lo que no se cumple el requisito de la D.A. 5ª en relación al 13.1 y 33.,2 CP para la suspensión de la resolución y que, en todo caso, nunca sería aplicable en el supuesto que nos ocupa al no ser el régimen del Art. 82 RP, objeto de excarcelación" ( la referencia a "penas impuestas es inferior a 3 años", a partir del 1 de octubre de 2004, en que entró en vigor la LO 15/2003, se ha de sustituir por 5 años).

### **Conclusión.**

Parece clara la ausencia de claridad y rigor normativo del art. 36.2 del CP, dadas las infinitas implicaciones interpretativas que ofrece.

En cualquier caso, entiendo que cuando una norma permite varias interpretaciones, se ha de estar a la que

favorezca al reo, y en este caso, al mandato constitucional de reinserción y reeducación.

No parecía tolerable que en un Estado de Derecho, a los internos de unos centros penitenciarios se les ejecute sus penas privativas de libertad de una forma, y a los de otros centros de otra (sobre todo en lo relativo a la aplicación retroactiva de la norma y a la aplicación sobre penas individualmente consideradas o sobre condenas), como ha ocurrido en España entre el 8 de junio de 2004, fecha de promulgación de la Circular 1/2004 de la Administración Penitenciaria Catalana, y el 15 de marzo de 2005, en que la DGIP ha dictado la Instrucción 2/2005.

Todavía sigue existiendo una pequeña disfunción, en la medida que la norma catalana determina la aplicación del período de seguridad a los hechos ocurridos con posterioridad al 2 de julio de 2003, fecha de entrada en vigor de la LO 7/2003, y la DGIP, establece el criterio en las sentencias dictadas a partir de esa misma fecha, lo que hace que inevitablemente afecte a hechos anteriores al 2 de julio de 2003. Este aspecto aunque reducido, entiendo, que debería ser igualmente corregido, pues no es sostenible que a presos de las cárceles de un mismo Estado, en la ejecución de sus condenas, se les apliquen criterios diferentes.