

recurso ante el Juez de Vigilancia competente, debiendo esperarse a la firmeza de dicho acuerdo para la elevación al JVP del expediente de libertad condicional.

Se insiste en solicitar las reformas legales pertinentes para que la concesión del tercer grado a los penados precise en todo caso la aprobación de los JVP y asimismo se regule la posibilidad de dejar sin efecto la clasificación en tercer grado cuando circunstancias posteriores así lo aconsejen. (Esta redacción del antiguo acuerdo número 38, hoy 45, ha sido aprobada por unanimidad en la reunión de 2005).

(En la reunión de junio de 2006 se insiste en Instar la reforma legislativa en el sentido de que el tercer grado debe ser aprobado en todo caso por el JVP, acuerdo adoptado por mayoría cualificada).

***MOTIVACIÓN:** Este acuerdo tiene su razón de ser (aparte su coincidencia con el artículo 107 del RP en cuanto a que las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado han de ser notificadas al Ministerio Fiscal) en que, a pesar de lo acordado en 1994, hasta la fecha no se ha propuesto en firme ninguna reforma legal, ni se ha adoptado ninguna medida para que las clasificaciones en tercer grado iniciales y posteriores efectuadas por la Administración penitenciaria se notifiquen y controlen por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Ese control se considera absolutamente necesario puesto que, si la Ley Orgánica General Penitenciaria establece la competencia exclusiva de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria para el control de la ejecución de las penas, no se entiende cómo por vía reglamentaria puede sustraerse al control del Juez de Vigilancia Penitenciaria una materia tan importante como es la clasificación en tercer grado, que administrativamente deja prácticamente sin contenido el fallo condenatorio. Y ello aunque, excepcionalmente, en este caso hablemos de recursos y de control de legalidad de actos que no perjudican a los internos, sino que los benefician. En consecuencia, se insiste en solicitar las reformas legales necesarias para que los Jueces de Vigilancia puedan aprobar o dejar sin efecto, a su criterio, la clasificación en tercer grado.*

El acuerdo, aprobado en reuniones anteriores, ha sido objeto de nueva redacción en la de 2005 (que es la que se transcribe), añadiendo el final del párrafo primero (desde "debiendo esperarse a la firmeza..."), suprimiendo en dicho párrafo las referencias a "para su aprobación" y que el acuerdo de clasificación inicial a los efectos del acuerdo había de ser exclusivamente en tercer grado, suprimiendo asimismo el párrafo segundo y conservando igual el tercer párrafo.

46.- Seguimiento de los internos clasificados en tercer grado.

La Administración penitenciaria debe dotar a los Centros penitenciarios de los medios necesarios para el adecuado control y seguimiento de los internos clasificados en tercer grado de acuerdo con el artículo 86-4º del Reglamento penitenciario. (Aprobado por unanimidad en la reunión de 2005).

C) CLASIFICACION EN TERCER GRADO: PERIODO DE SEGURIDAD.

47.- Aplicación del artículo 36.2 del CP a las penas individualmente consideradas.

El período de seguridad toma como referencia las condenas individualmente consideradas, por lo cual sólo se aplicará en las penas de cuantía superior a 5 años de privación de libertad. Si concurrieren varias penas privativas de libertad, a efectos del cumplimiento del período de seguridad derivado de la pena a la cual es aplicable, se considerará el

principio de unidad de ejecución. (Aprobado por mayoría de 14 a 13 en la reunión de 2005).

Si concurren varias penas privativas de libertad, a efectos del cómputo del período de seguridad, se considerarán incluidas sólo aquéllas superiores a cinco años, con el límite de la mitad del máximo de cumplimiento fijado en virtud del Art. 76 del Código Penal y sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 78 del mismo Código. (Aprobado por mayoría en la reunión de 2008).

***MOTIVACION:** El artículo 36.2 del C.P. utiliza con absoluta claridad el término de “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 acorde 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 artículo 193.2 del R.P. que utiliza el término “condena”.

Debe señalarse que este criterio es el mantenido por la Audiencia provincial de Madrid (Auto 6-05-04) y la de Barcelona (19-05-04). Asimismo, se recoge en la Circular 1/2004 del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Ya en la reunión de 2004 los JVP aprobaron, también por mayoría, que el artículo 36.2 del CP sólo era aplicable individualmente a las penas privativas de libertad de 5 años en adelante y no a las penas que sumadas aritméticamente excedieran de ese límite. La redacción actual del acuerdo es más precisa.

48.- Revocación de la aplicación del régimen general de cumplimiento.

La aplicación del régimen general de cumplimiento está ligada a la evolución tratamental, a la propuesta concreta en orden a la promoción de grado, con lo cual cabe dejar sin efecto lo acordado en caso de involución. (Aprobado por mayoría de 13 a 6 en la reunión de 2004).

49.- Alzamiento del período de seguridad por el Juez de Vigilancia al tiempo que resuelve un recurso.

A efectos de aplicación del Art. 182 R.P., y cuando como consecuencia de la imposición de una pena individual superior a 5 años se aplique el periodo 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 periodo de seguridad a fin de aplicar el contenido de dicho precepto. (Aprobado en la reunión del año 2004).

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

Exigir para la aplicación de este régimen el 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 del Art. 182 del 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 Deshabitación? El pronóstico se podrá realizar una vez concluido el tratamiento, pero no a priori.

Esta posición fue mantenida por el ponente en las Jornadas, si bien el parecer de la mayoría de asistentes 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.

50.- Clasificación de urgencia de internos en tercer grado a los que llega una nueva responsabilidad penada con pena superior a cinco años.

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 periodo 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 el menor tiempo posible.

***MOTIVACION:** Se pretende con lo expuesto que quien ya está clasificado en 3º grado con una evolución positiva, no se vea perjudicado al llegarle una nueva causa con pena superior a 5 años, anterior en el tiempo a la clasificación, por la tramitación del procedimiento para aplicación del régimen general de cumplimiento. Este debe obtenerse de la forma más rápida posible y conjuntamente con la clasificación en 3º grado, siempre que se diesen los requisitos legales para ello.*

51.- Período de seguridad de ancianos y enfermos incurables.

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 periodo de seguridad. (Aprobado en la reunión del año 2004).

52.- Vigencia temporal del período de seguridad.

a) El llamado período de seguridad es exigible en todos aquellos casos previstos en la norma con independencia de la fecha de la comisión de los hechos motivadores de la condena, salvo situaciones consolidadas.

b) El llamado período de seguridad es exigible en todos aquellos casos previstos en la norma, pero sólo respecto de hechos motivadores de la condena cuya fecha de comisión sea posterior a la entrada en vigor de la L.O. 7/2003. (La votación alcanzó el resultado de 11 votos a favor y 11 en contra, por lo que el acuerdo no fue aprobado en la reunión de 2005 y ha quedado, por lo tanto, como simple propuesta).

53.- Período de seguridad y retroactividad.

1. La aplicación del denominado "período de seguridad" a una pena de prisión en cumplimiento al tiempo de la entrada en vigor de la L.O. 7/2003, salvo que suponga la pérdida de un tercer grado que se estuviera disfrutando por el penado, no entraña retroactividad propiamente dicha, sino

que constituye una manifestación de la llamada retroactividad impropia, o de grado mínimo o medio, constitucionalmente admitida.

***MOTIVACION:** 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 por sentencia.*

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, pues nunca antes ha existido en el Código penal norma alguna relativa a la clasificación penitenciaria, por lo que la referencia a los demás requisitos exigidos por el Código penal necesariamente se ha de referir al artículo 36.2.

***MOTIVACION:** 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 L.O. 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.*

Voto particular que formula Don José Luis Castro Antonio, JVP nº 3 de Madrid, a los criterios anteriores: 2

Frente a la opinión mayoritaria expreso mi parecer contrario a considerar que la aplicación del período de seguridad a las penas que estuvieren cumpliéndose en el momento de la entrada en vigor de la L.O. 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.

2 Los argumentos que vienen a continuación fueron formulados por el Magistrado D. José Luis Castro Antonio, JVP número 3 de Madrid, en apoyo de su tesis de que la aplicación inmediata de las normas relativas al “período de seguridad” a penas que estuvieran en trámite de cumplimiento no supone en realidad aplicación retroactiva de una norma penal más desfavorable. Sometido el tema a conocimiento de todos los asistentes a la XIII Reunión, Valencia, marzo 2004, únicamente los Magistrados Don Javier Gómez Bermúdez, titular del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, y Don Juan Pablo González del Pozo, JVP número 2 de Castilla-La Mancha, Ocaña, se pronunciaron sobre la cuestión, oponiéndose a que los mencionados argumentos pudieran figurar en esta recopilación de Criterios como acuerdo de la Reunión, puesto que no habían sido discutidos ni votados y son simples opiniones que se oponen a otros acuerdos de la asamblea y que pueden inducir a confusión sobre la interpretación de las cuestiones debatidas. Por ello, dado en todo caso su evidente interés doctrinal, se insertan como voto particular del ponente que los redactó.

a) Naturaleza de las normas que regulan las penas

No puede negarse tajantemente que las normas que regulan la “vida” de la pena no tengan naturaleza penal: a) pese a incluirse en el Código penal (al menos, en parte); pese a regularse por Ley Orgánica; c) pese a que la aflicción de

la pena se produce precisamente en su cumplimiento y no en su enunciado, y d) pese a que los fines de la pena (salvo quizá la prevención general negativa) se verifican en el cumplimiento y no en su enunciación.

b) Retroactividad de las normas penales y seguridad jurídica

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

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

Es discutible que la sola mención en el artículo 72.5 de la LOGP de los requisitos contenidos en el Código penal, sin mención del artículo 36 de esta Ley cuando se citan otros, suponga que la eventual retroacción del artículo 72.5 conlleve obligadamente, no sólo la de su contenido material, sino también de un contenido oculto y por remisión al citado artículo 36.

c) Fundamento del conocimiento previo de la pena

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.

d) Expectativa de penas más dolorosas

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.

D) CLASIFICACION EN TERCER GRADO: PAGO DE RESPONSABILIDADES CIVILES (ART. 72.5 LOGP).

54.- Interpretación del artículo 72.5 y 72.6 de la LOGP.

1. El requisito del pago de la responsabilidad civil a que se refiere el artículo 72, apartados 5 y 6, de la LOGP constituye una variable a ponderar, junto con el resto de variables clasificatorias, exclusivamente en los supuestos de clasificación o progresión al tercer grado. Tal variable hace referencia al aspecto de la personalidad del acusado relativo a su actitud o posición ante el delito, y comporta la plena asunción de la responsabilidad delictiva y una inequívoca voluntad de reparación del daño causado por el delito, materializada en el esfuerzo dirigido a esa reparación. En tal sentido, la valoración positiva de esta variable reviste una importancia fundamental para la clasificación o progresión a tercer grado de los penados condenados por la comisión de delitos cuyo móvil único o principal haya sido el ánimo de lucro. (Aprobado por mayoría de 15 a 2 en la reunión de 2005).