

EL SISTEMA DE EJECUCIÓN DE CONDENAS EN ESPAÑA: EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA

Daniel Fernández Bermejo

Doctor en Derecho

Profesor de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

Resumen: El presente trabajo trata de abordar el análisis normativo y práctico del actual sistema penitenciario español de individualización científica, el cual, en puridad, atiende a la evolución de la personalidad de los condenados a penas privativas de libertad, en armonía con la aplicación del tratamiento penitenciario individualizado. Asimismo, se prestará atención a los límites y carencias que presenta este sistema, y al esperanzador principio de flexibilidad penitenciario, que nutre y fortalece al sistema de individualización científica.

Palabras clave: Individualización científica; individualización penitenciaria; sistema progresivo; período de seguridad; principio de flexibilidad; responsabilidad civil; resocialización.

Abstract: This paper is aimed at addressing the policy and practical analysis of the current Spanish prison system regarding the scientific

Recibido: diciembre 2014. Aceptado: marzo 2015

individualization which, strictly speaking, deals with the evolution of the personality of the inmates in line with the implementation of individualized prison treatment. Special attention will be placed on the limits and weaknesses of this system and the encouraging prison flexibility principle which nourishes and strengthens the scientific identification system.

Keywords: Scientific individualization; prison individualization; progressive system; safety period; flexibility; civil liability; resocialization.

Sumario: 1. El sistema de ejecución de condenas en España: el sistema penitenciario de individualización científica. 2. El generoso y aperturista principio de flexibilidad. La consolidación de la individualización científica. 3. Las debilidades del sistema de individualización científica. 3.1. El declive de la individualización científica: la ley de cumplimiento íntegro de condenas, 7/2003, de 30 de junio. 3.2. El regreso del sistema progresivo: los apartados 5º y 6º del artículo 72 de la Ley General Penitenciaria. 4. El reciente periodo de seguridad. Un mayor carácter individualizador. 5. La actual propuesta de reforma del Código Penal. La indeterminación de la pena de prisión permanente. 5.1. La revisión y periodos de seguridad establecidos por la pena de prisión permanente revisable. 6. Conclusiones.

1. El sistema de ejecución de concenas en España: el sistema penitenciario de individualización científica

La historia carcelaria española hasta el siglo XVIII obedió al fundamento del encierro, esto es, a las clásicas formas de reclusión preventiva para los delincuentes. Sin embargo, sería en los comienzos del s. XX cuando se unificasen la privación de libertad punitiva y la preventiva en los mismos establecimientos, incorporándose la ciencia criminológica al campo prisional, dejando atrás los severos castigos por los delitos cometidos. La corrección enfocada a la resocialización devendrá en el espíritu rector, si bien ligado a las tradicionales ideas de enmienda¹, pro-

1 Vid., al respecto, GARCÍA VALDÉS, C.: La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX. Madrid, 2006, p. 12. El autor

venientes de la tradición católica. Desde entonces, las ciencias de la conducta terminarían por integrar la actividad penitenciaria como instrumento para conseguir el fin perseguido por la norma: la resocialización de los condenados a penas privativas de libertad.

La promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979 (en adelante LOGP), supuso un punto de inflexión en el sistema penitenciario español, pues se trata de la primera norma con rango legal orgánico que regula la ejecución, y prescribe la individualización científica como puente hacia la resocialización, determinando el sistema penitenciario en España. Dicho sistema se vislumbra legislativamente en el artículo 72 de la norma, arrumbando al tradicional sistema progresivo que, durante decenios, imperó en la ejecución de condenas en nuestros establecimientos penitenciarios². En este

hace hincapié en el concepto de la enmienda correccional, destacando a otros protagonistas que se pronunciaron con anterioridad sobre el mismo, Vid., entre ellos, por todos, SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria de España*, I. Madrid, 1918, p. 23; CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias y similares en España*. Madrid, 1922, pp. 164 y ss.; y más recientemente, al respecto, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Madrid, 2003, pp. 45 y ss.; y, en relación a las conexiones con la reclusión provisional o preventiva, el mismo: “Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LVI, 2004, pp. 261 y ss.

- 2 A modo de síntesis diremos que el sistema progresivo se adoptó en España en virtud del Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, para la Colonia penitenciaria de Ceuta, y del Real Decreto de 3 de junio de 1901, para el resto del país. El Código Penal de 1944 trataba el sistema progresivo en su artículo 84, que venía a ser desarrollado por el artículo 48 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, que lo dividía en régimen cerrado, ordinario, abierto y libertad condicional, siendo obligatorio que todos los penados pasaran por cada uno de estos regímenes de clasificación penitenciaria, para poder llegar a la libertad condicional. Ello se flexibilizó a raíz del Decreto 162/1968 de 25 de enero, permitiendo la posibilidad de clasificar a un interno directamente en segundo grado sin la necesidad de pasar forzosamente por el primer grado, o bien directamente en el tercer grado. Se dictó otro Real Decreto 2273/1977, del Ministerio de Justicia, de 29 de julio que venía a ser continuista del anterior, pero siempre bajo la referencia

sentido, ya advertía don Carlos García Valdés, impulsor y artífice de la Ley Penitenciaria, que el sistema tradicional progresivo español, basado en criterios rígidos, que exigían el transcurso obligado de períodos temporales para acceder a las distintas fases o grados, comenzaba a declinar³ a tenor de la reforma que se introdujo en el Reglamento de Servicios de Prisiones, de 1956⁴, por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, y confirmada por el posterior Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio, amén de que aún se hiciera referencia al sistema progresivo en el Código Penal de 1973.

Todo ello acarrió que se flexibilizara la escasa maleabilidad del sistema progresivo, consagrándose un modelo de penitenciarismo más avanzado⁵, si bien es cierto que para algún sector doctrinal, la individualización científica es una fase más del sistema progresivo⁶.

del sistema progresivo que era el que estaba vigente en virtud del Código penal de 1973, el cual en su artículo 84 prescribía que “Las penas de reclusión mayor y menor, presidios y prisiones, se cumplirán según el sistema progresivo.”. Este criterio fue derogado al entrar en vigor finalmente el 24 de mayo de 1996 el actual Código Penal. Es por ello por lo que imperó el sistema progresivo durante el siglo XX, desde 1913 hasta la incorporación del sistema de individualización científica, separado en grados, regulado por la Ley Orgánica General Penitenciaria, 1/1979, de 26 de septiembre.

- 3 Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Introducción a la penología. Madrid, 1981, p. 96.
- 4 Acerca de la transición del sistema, entre otros, Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “El presente de la ejecución penitenciaria: XXV aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, en VV.AA: La reforma penal a debate. Madrid, 2004, pp. 161 y ss.; y recientemente, Vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: El Sistema Penitenciario español ante el siglo XXI. Madrid, 2013, pp. 51 y ss.
- 5 Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Comentarios a la legislación penitenciaria española. Madrid, 1982, p. 225.
- 6 Vid. BUENO ARÚS, F.: “Breve comentario a la Ley Orgánica General Penitenciaria”, en Estudios Jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria, Tomo I, Barcelona, 1983, p. 53. Asimismo, Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho Penal español. Parte general. Madrid, 1985, pp. 964-966; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: La ejecución conforme al sistema de individualización científica, en VV.AA. (Cobo del Rosal, M. Dir./Bajo Fernández, M. Coord.), Comentarios a la Legislación Penal, Re-

Llegamos así al eje cardinal normativo de nuestro modelo o sistema penitenciario. El artículo 72⁷ mencionado, establece que “1. Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal”⁸.

Es en el sistema de individualización científica donde predomina la libre elección de grado en el momento clasificatorio inicial, siendo determinantes, para la progresión o regresión, los criterios que radican en la persona, es decir, los elementos subjetivos.

Sin embargo, lúcidamente apunta Sanz Delgado que “es cierto que el sistema de individualización científica instaurado con la LOGP nunca fue tan puro como probablemente hubiera deseado Salillas”⁹, por cuanto, entre otras circunstancias, el cuarto grado como tal no existe en la LOGP, y se impide el disfrute de la institución de la libertad condicional para aquellos que previamente no procedan del tercer grado de clasificación. Por otro lado, este sistema parte, en palabras del catedrático de Alcalá, “del principio de que no hay diferencia de los métodos de tratamiento según los grados, pues aquéllos no están en

vista de Derecho Público. Tomo VI, Vol. 2º, Madrid, 1986, pp. 1040 y 1041; RODRÍGUEZ ALONSO, A.: Lecciones de derecho penitenciario. Granada, 2001, p. 294.

- 7 Al respecto, Vid. MIR PUIG, C.: Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad. Barcelona, 2011, pp. 24 y 25, 31 y 32. Asimismo, JUANATEY DORADO, C.: Manual de derecho penitenciario. Madrid, 2013, pp. 121-123.
- 8 Precepto que fue modificado en relación al Anteproyecto, así como en el Proyecto de Ley, puesto que originariamente se preveía que la ejecución de las penas privativas de libertad se ejecutarían mediante “el sistema progresivo, que comprenderá cuatro grados, el último de los cuales será el de libertad condicional”. Hay que señalar que cuando se publicó la ley penitenciaria, la norma punitiva era el texto legal refundido de 1973.
- 9 Cfr. SANZ DELGADO, E.: “La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Núm. Extraordinario, II. Madrid, 2004, p. 202.

función de éstos, sino de la personalidad de cada interno”¹⁰. De esta manera, los penados ya no tienen que pasar forzosamente por todos los grados de tratamiento establecidos, si bien con la única excepción de la libertad condicional, que exige encontrarse en el tercero. Es así como se puso definitivamente cerrojo al clásico sistema penitenciario progresivo de ejecución de condenas.

El artículo 72.2, por su parte, preceptúa que “Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, (...)”. Cabe afirmar que el primer grado y su consecuente régimen cerrado permiten individualizar, con el objeto de destinar, según el caso, a los internos a los *modus vivendi* de los departamentos especiales o a los de régimen cerrado común. Y todo ello pese a que en los centros polivalentes actuales tan solo se hable del departamento de “aislamiento” para referirse a tales modalidades restrictivas. El propio Reglamento Penitenciario (en adelante RP), aprobado mediante Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, establece diferencias en los dos tipos de régimen cerrado, y consecuencias regimentales que pueden verse superadas por medio, por ejemplo, del principio de flexibilidad, haciendo uso de instituciones o actividades propias de otro grado. La individualización científica (desde la criminología clínica o desde la visión de las ciencias conductuales) actúa, en tales casos, al abordar y deslindar qué cabe realmente en la extrema peligrosidad o inadaptación a los regímenes comunes, fuera de razonamientos puramente regimentales y de seguridad. Asimismo, el párrafo tercero del precepto, síntoma de la flexibilidad que es inherente a la individualización científica, dispone que “Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá

10 Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: Comentarios a la legislación... op. cit., p. 225. Asimismo, Vid. GARRIDO GUZMÁN, L.: Manual de Ciencia Penitenciaria, Madrid, 1983, p. 290; VEGA ALOCÉN, M.: La libertad condicional en el Derecho Español, Madrid, 2001, pp. 340-341.

ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar directamente por los que le preceden”, lo cual rompe de lleno con la rigidez, como digo, de la más pura tradición española.

Finalmente, el párrafo cuarto del citado artículo puntualiza que “En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”. En este estadio, comparto la línea de pensamiento de Leganés Gómez, por cuanto que “es en la clasificación en tercer grado donde el sistema de individualización científica plantea de una forma más clara el problema del vaciado de la pena. El régimen abierto actual ofrece tal atenuación frente al ordinario, que puede situarse justamente en el punto de equilibrio entre aquél y la libertad condicional, comportando una modificación sustancial sobre lo que es una decisión judicial y firme de privación de libertad”¹¹.

Así pues, lo dispuesto en la LOGP no supone un mero cambio de nomenclatura del sistema penitenciario, sino que fortalece un sistema que mantiene un tronco común: la individualización científica incardinada en el sistema progresivo de ejecución de las penas privativas de libertad, constituyendo aquélla una especie de rama de éste¹².

Por otro lado, y en alusión a la libertad condicional como último grado de clasificación penitenciaria¹³, cabe afirmar que

11 Cfr. LEGANÉS GÓMEZ, S.: “Crónica de una sentencia anunciada: el período de seguridad”, en *La ley penal*, nº 37, 2007, p. 116.

12 Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: La ejecución conforme al sistema de individualización... op. cit., p. 1040.

13 La libertad condicional prácticamente ha permanecido invariable en cuanto a requisitos de acceso se refiere, desde sus orígenes. Sírvase a modo de ejemplo que el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1914, creadora de dicha institución, establecía los requisitos formales y objetivos, estando dirigida para “penados sentenciados a más de un año de privación de libertad, que se encuentren en el cuarto período de condena y que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta, que sean acreedores a dicho beneficio por pruebas evidentes de intachable conducta y ofrezcan garantías de hacer vida honrada

habrán de tenerse en cuenta los resultados globales del tratamiento, así como un pronóstico de comportamiento futuro¹⁴. Ya resaltaba Cuello Calón que simular una conducta no era difícil para los reclusos prisionizados, y sobre todo porque los criminales más peligrosos y autores de delitos más graves, exteriorizan un comportamiento en prisión ejemplar, al encontrarse adaptados a dicho modo de vida¹⁵. Lo realmente trascendente es conseguir descubrir la verdadera esencia o personalidad del delincuente¹⁶ y poder así reenfoclarla y reeducarla, lo que determinará si se ha conseguido obtener respecto de tal individuo el fin primordial de las instituciones penitenciarias.

No podemos obviar que el artículo 72 LOGP refleja el espíritu de flexibilidad que el legislador ha introducido en la norma, por cuanto la regla general es la de ser clasificado directamente en el segundo grado de clasificación, siendo el primero la excepción, frente a lo que ha sido nuestra tradición penitenciaria, para lograr el objetivo final de ser clasificado en el tercer grado, con el fin óptimo de vivir como ciudadano libre en la sociedad. Con este sistema¹⁷ de individualización científica, y con independencia de las variables que se tienen en cuenta

en libertad como ciudadanos pacíficos y obreros laboriosos”. Esta regulación prácticamente puede afirmarse que ha permanecido invariable con el transcurso del tiempo, conservándose la esencia de su espíritu original. En este sentido, y acerca las modificaciones planteadas en los posteriores proyectos de Ley Orgánica de Código Penal en relación con la institución de la libertad condicional, hasta la implantación de la actual norma punitiva, Vid., por todos, RENART GARCÍA, F.: La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico. Madrid, 2003, pp. 50-64.

14 Al respecto, Vid. GARZÓN PÉREZ, A.: “Reincidencia y libertad condicional”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, Universidad de Santiago de Compostela, 1982, pp. 177 y ss.

15 Vid. CUELLO CALÓN, E.: La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Barcelona, 1958, pp. 537 y ss.

16 Vid. ANTÓN ONECA, J.: Derecho penal. Tratado II. Madrid, 1949, p. 515.

17 Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: “Presente y futuro del sistema de individualización científica”, en *La Ley Penal*, nº 108, 2014, p. 9.

por los Equipos de tratamiento y las Juntas de tratamiento, a modo de proponer una clasificación inicial, una progresión o una regresión de grado, y su posterior resolución clasificatoria por parte del Centro Directivo o Junta de tratamiento (en función de los casos¹⁸), las necesidades tratamentales de índole personal, útiles y necesarias para el “fin primordial” de la actividad penitenciaria, que es la “la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, (...)”¹⁹, han de satisfacerse por parte de la Administración penitenciaria, sin depender de ningún grado clasificatorio y sin tener que permanecer durante ningún espacio temporal en ninguna jerarquía de grados (salvo el límite del período de seguridad, introducido por la Ley 7/2003 de 30 de junio, que posteriormente señalaré), logrando que el interno se convierta en “una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades”²⁰, procurando que desarrollen “una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general”, definitorio *ex lege* del artículo que introduce la LOGP en su Título III, “Del tratamiento”²¹.

Esta flexibilidad mencionada se refleja igualmente en la presencia de ciertas instituciones mixtas, tales como la modalidad del tercer grado restringido (art. 82 RP), el internamiento en centro de deshabitación o en centro educativo especial (art. 182 RP). Del mismo modo, permite crear programas individualizados que combinen elementos de varios grados penitenciarios (art. 100.2 RP). No se establece un límite temporal para pasar de un grado a otro, simplemente dependerá del estudio individualizado del penado. La excepción se ubica en el art. 104.3 RP, el cual menciona una cuarta parte para ser clasificado

18 Vid., artículo 103.7 RP 1996.

19 Cfr. Artículo 1 de la LOGP, así como en el artículo 2 del Reglamento Penitenciario, que la desarrolla.

20 Cfr. Artículo 59.2 LOGP.

21 El cual engloba los artículos 59-72 de la LOGP.

o progresar a tercer grado, supeditada a la evolución del interno²². Es cierto que al dejar de ser necesario recorrer todos y cada uno de los grados, lo lógico sería situar a cada penado en el grado de clasificación adecuado, más allá de una sobredosis de requisitos objetivos formales, como pudiera ser la duración de la condena impuesta²³, que no se vinculan a la evolución individual del sujeto, y se acentuase la relevancia que deben gozar la personalidad y necesidades tratamentales detectadas para cada condenado a pena privativa de libertad. En otro caso, se perseguiría una más que evidente permanencia física del recluso en el establecimiento penitenciario, provocando que la ejecución de su pena privativa de libertad tuviera efectos desocializadores²⁴, como consecuencia de la apreciable desvinculación de los aspectos asociados con la evolución del recluso, la cual resulta contraria a la idea de resocialización, generando desmotivación al condenado por cuanto a la participación en un programa de tratamiento se refiere.

Ahora bien, si el objetivo de nuestras instituciones penitenciarias es conseguir la resocialización de los reclusos, ¿podría ser regresado un penado al primer grado por motivos de tratamiento manifestados en una evolución desfavorable de su personalidad aunque no concurrieran las circunstancias de inadaptación y peligrosidad extrema? ¿Se alcanzaría en ese caso la resocialización o la no desocialización? En este punto, no cabe duda que existen dificultades para ejecutar programas de tratamiento y modelos individualizados de intervención en el régimen cerrado, derivadas de la estructura de los espacios penitenciarios de régimen cerrado; de la heterogeneidad de las situa-

22 Vid. FUENTES OSORIO, J.L.: “Sistema de clasificación penitenciaria y el período de seguridad del art. 36.2 CP”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, nº. 1, Barcelona, 2011, p. 5. Vid., también, MONTERO HER-
NANZ, T.: “El cumplimiento de la pena de prisión: fechas con relevancia jurídica”, *La Ley penal*, nº. 71, mayo, 2010, pp. 3 y 4.

23 Vid. Artículo 63 LOGP, y 102.2 del RP.

24 Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: La ejecución conforme al sistema de individualización... op. cit., p. 1041.

ciones en que se encuentran los internos alojados en los espacios penitenciarios utilizados para régimen cerrado; y de las normas de funcionamiento interno de tales espacios penitenciarios²⁵. Es por ello que para la elaboración de un programa de tratamiento tendente a la consecución de la referida resocialización en esta clase de internos, se requeriría una previa evaluación penitenciaria, así como una evaluación psicométrica, que permita conocer los efectos que produce el tratamiento en el interno²⁶. Asimismo, debe elaborarse un programa de acompañamiento en aras de lograr la adaptación al régimen ordinario, para el caso en que requiera compartir actividades con individuos que pertenecen a dicho régimen, puesto que de lo contrario, la reclusión más cerrada les desocializaría.

Es cierto que la existencia de regímenes de vida distintos para cada grado, posibilita un tratamiento más idóneo para cada caso concreto, es decir, este aspecto supone una suerte de flexibilidad individualizada plena, sin considerar en ningún caso que los distintos grados puedan ramificarse en sub-grados²⁷, sino, que, permaneciendo el interno en el grado asignado tras su estudio e individualización, pueda ser asignado a un régimen de vida particular, adaptado a su programa específico de tratamiento elaborado por la Junta de tratamiento, teniéndose en cuenta para ello las características personales, su evolución personal y demás variables individuales, que denoten la necesidad de crear un régimen de vida específico, ya que el fin primordial que en todo caso debe ser alcanzado por la Administración penitenciaria es la reeducación y reinserción social del penado, tal y como orienta nuestra Constitución y consolida la Administración penitenciaria como objetivo final de su actividad. En este sentido, con buen tino expone Téllez Aguilera que la individualización

25 Vid. ARRIBAS LÓPEZ, E.: El régimen cerrado en el sistema penitenciario español. Madrid, 2009, pp. 340 y ss.

26 Vid. ARRIBAS LÓPEZ, E.: El régimen cerrado en el sistema penitenciario... op. cit., pp. 361 y 362.

27 Al respecto, Vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: El sistema penitenciario... op. cit., pp. 100.

científica se presenta, “por un lado, como una flexibilización del sistema progresivo que supone que el interno no esté obligado a tener que pasar por todas las fases del sistema para alcanzar la libertad condicional, y, por otro, como una ausencia total de fases que propicia que al interno se le diseñe ad hoc un programa individualizado de tratamiento que contenga los elementos tratamentales a aplicar”²⁸.

De forma sintética diremos que la individualización científica mantiene un lazo muy estrecho con el tratamiento, ya que sin éste, sería aquélla una tarea ardua, y carecería de gran sentido. Con la individualización, se ha tecnificado el sistema progresivo y los criterios de progresión y regresión se deciden por especialistas, superándose el tradicional transcurso del tiempo y cualesquiera arbitrariedades subjetivistas. Sólo con alguna excepción: el criterio objetivo temporal que reina en la libertad condicional²⁹, amén de la reforma introducida por la Ley 7/2003, de 30 de junio, que entre otras otras medidas, vino a introducir límites relativos a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento; disfrute de permisos ordinarios de salida; o acceso a los beneficios penitenciarios, tal y como se desprende del artículo 78.1 del Código Penal³⁰.

28 Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Las nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)*. Madrid, 2006, p. 175.

29 Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*. Navarra, 2005, p. 81.

30 En este sentido, prescribe el precepto: “Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resulta inferior a la mitad de la suma total 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 cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias”. Resulta necesario traer a colación el primer apartado del artículo 76 del texto punitivo, el cual establece que “el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran

Finalmente, cabe afirmar que la relevancia del tratamiento individualizado en el sistema de individualización científica, ha puesto en evidencia que antiguos y clásicos criterios de separación, como el que afecta a los preventivos respecto de los penados; el de autores de delitos dolosos respecto de los imprudentes; o el de primarios respecto de los reincidentes, reconocidos hoy en día todavía en nuestra norma legal y reglamentaria³¹, así como en la normativa internacional, y confirmados en los Congresos penitenciarios internacionales, hayan quedado en la praxis, no obstante, obsoletos. Esto se debe fundamentalmente a que la Administración penitenciaria mantiene cierta facultad para decidir sobre el sentido final de la propia norma penitenciaria, e incluso penal, quedando ésta, por formalista, en un segundo plano de aplicación práctica dentro del campo prisional. Algo históricamente muy penitenciario, pero también muy enfocado a la resocialización. Y es que como tan lúcidamente narró Salillas, “en lo penitenciario nos queda todo por hacer y nada por decir”³².

dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

- a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.
- b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
- c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
- d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años³¹.

31 Vid., artículo 16 LOGP, y su desarrollo reglamentario en el precepto 99.

32 Cfr. SALILLAS, R.: La vida penal en España. Madrid, 1888, p. 41.

2. El generoso y aperturista principio de flexibilidad. La consolidación de la individualización científica

El principio de flexibilidad fue introducido normativamente por el RP, dotando de elasticidad y versatilidad al sistema en su faceta de ejecución de las penas, tal cual idealizaba la LOGP en su Exposición de Motivos. Tal herramienta supone una manifestación del principio de humanidad, y rema en la dirección de impedir la desocialización de los reclusos, permitiendo la conexión de la privación de libertad con los vínculos del mundo extrapenitenciario.

Este principio fluye de la mano del tratamiento penitenciario. De hecho, en armonía con la línea de pensamiento del profesor Sanz Delgado, el principio de flexibilidad rompe con la estabilidad regimental que se contempla en la legislación penitenciaria procedente de años atrás, y es que “no basta con la utilidad del sistema, hace falta también su inteligencia”³³. De esta manera, podemos afirmar que en la praxis nos aproximamos a los sistemas de los países de nuestro entorno, donde no existen grados, sino que “se elaboran planes individuales sin tener en cuenta ningún grado de clasificación”³⁴.

Es el artículo 100.2 RP el que define el principio de flexibilidad, disponiendo que “Con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”.

33 Cfr. SANZ DELGADO, E.: “El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad”, en VVAA.: Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Madrid, Vol. 2, 2008. p. 2418.

34 Cfr. LEGANÉS GÓMEZ, S.: La prisión abierta. Nuevo régimen jurídico. Valencia, 2013, p. 81.

De este precepto³⁵ se observa la pretensión de adaptar en lo posible la ejecución tratamental a las circunstancias personales de cada penado, superándose así la rigidez clásica del sistema progresivo tradicional, y obedeciendo hoy a un modelo progresivo de individualización científica, desglosado aún en grados de clasificación, si bien, permitiendo el acceso a cualquiera de ellos sin necesidad de haber pasado por ningún otro, con la excepción de la libertad condicional. Por tanto, “no se trata de falta de grados, sino de adecuar el sistema a cada penado y éstos a las posibilidades del sistema”³⁶.

Este mecanismo de flexibilidad podría concebirse como el anhelo del sistema de individualización científica, siendo el “precepto matriz, reflejo y síntesis del cardinal artículo 72 LOGP”³⁷, y emerge de las raíces de este, habiéndose convertido, como certero apunta Sanz Delgado, “en una modalidad expansiva de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE”³⁸, esto es, en un instrumento resocializador.

Resulta un tanto extraño, sin embargo, que este principio aparezca configurado exclusivamente para penados, y ello a tenor de que los internos preventivos no tienen programa de tratamiento, sino programa individualizado de intervención³⁹. No obstante, la praxis demuestra que desde 1996 los preventivos tienen capacidad y posibilidad de hacer uso de actividades hasta entonces sólo reservadas a los penados. Tanto es así que el artículo 3.4 RP establece que “En cuanto sea compatible con su situación procesal, los presos preventivos podrán acceder a las

35 Vid., recientemente, RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: El sistema penitenciario... op. cit., pp. 156 y 157. Asimismo, JUANATEY DORADO, C.: Manual de derecho... op. cit., pp. 127-129.

36 Cfr. SANZ DELGADO, E.: El trabajo penitenciario... op. cit., p. 2420.

37 Cfr. SANZ DELGADO, E.: El trabajo penitenciario... op. cit., p. 2419.

38 Cfr. SANZ DELGADO, E.: El trabajo penitenciario... op. cit., p. 2423.

39 Vid. GONZÁLEZ VINUESA, F.: Legislación penitenciaria básica: comentarios y referencias prácticas. Versión 10, B, 2013, en <http://prisionenpositivo.files.wordpress.com/2013/02/reflexiones-documento-nc2ba-2-legislacion-penit-basica-comentada-fgv-versic3b3n-10-d-fgv.pdf>, pp. 155 y 156.

actividades educativas, formativas, deportivas y culturales que se celebren en el centro penitenciario, en las mismas condiciones que los penados”. Es evidente, por tanto, que tal regulación reglamentaria no es acertada, y que debería ser objeto de modificación, o al menos, admitir una interpretación de los destinatarios en sentido amplio, que lejos de no respetar el principio de presunción de inocencia que recae sobre los mismos, y lejos de desnaturalizar el sentido por el que fue creado, potenciara la esencia y el espíritu de la individualización científica. Así, sería un acierto que se posibilitase legalmente que un interno preventivo pudiera ser evaluado por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario en que se encontrare albergado, con el fin de que se elaborase un programa de tratamiento sobre esta clase de internos, y no exclusivamente sobre penados; o incluso que se contemplase la posibilidad de la aplicación del principio de flexibilidad, regulado en el artículo 100. 2 RP, para esta clase de reclusos, siempre que sea compatible con el principio constitucional de presunción de inocencia, suprimiéndose, en todo caso, la dirección única de aplicación a los que ostentan la condición de penados.

Por otra parte, el modo excepcional de su aplicación, extraído de la literalidad del precepto, restringe su aplicación a una necesidad tratamental que de otra forma no pudiera llevarse a cabo. El término “excepcional” no debería figurar en el precepto, ya que entre otras razones, las justificaciones de tratamiento se deben a un estudio previo de especialistas que han tenido en cuenta las vicisitudes de todo tipo del interno, así como todas las variables ponderables existentes, por lo que al tratarse de una planificación individualizada, tiene poco de excepcional, máxime cuando se concibe como la opción más eficaz para conseguir la resocialización. En este sentido, tal y como ha planteado el profesor Sanz Delgado, “¿Cuántos casos caben en la excepcionalidad? ¿Qué número de supuestos es factible para no violentar el contenido del precepto?”⁴⁰.

40 Cfr. SANZ DELGADO, E.: El trabajo penitenciario... op. cit., p. 1426.

Como inconvenientes, el art. 100.2 RP presenta la arbitrariedad institucional y la desigualdad de trato entre los internos⁴¹. Es evidente que entre el primer grado y el tercero existen múltiples variantes en modalidades de vida que, progresiva o regresivamente, se aproximan al grado superior o inferior, respectivamente, y no necesariamente implican combinar aspectos de distintos grados. Las alternativas a la progresión o clasificación al tercer grado, ante los impedimentos de la norma punitiva, pudieran concretarse en el art. 82, 100.2 y 117 RP, que en cierto modo incluyen formas de enlace con la libertad de forma real y efectiva, sin necesidad de aplicar el principio de flexibilidad, configurado como vía excepcional. El tratamiento requiere consumir tiempo fuera del recinto penitenciario, pero no debe alcanzar en todo caso solamente al tercer grado. ¿Para qué implantar obstáculos si atajamos el camino para la consecución del mandato constitucional y los fines de la actividad penitenciaria? Sin embargo, a la postre, se hallan latentes los principios penales de retribución, intimidación, y prevención general.

Se echan en falta, por ello, una serie de criterios que garanticen su compatibilidad con el principio de seguridad jurídica, así como una delimitación exhaustiva relativa al plazo de revisiones del programa de tratamiento en el que se haya utilizado esta herramienta para evitar en modo alguno la posible discrecionalidad y arbitrariedad ofrecida por la Administración. En este sentido, muy trascendente ha resultado ser, al respecto, la Instrucción 9/2007, de clasificación de penados, la cual sólo admite la flexibilidad positiva⁴² y no la negativa, y ello a tenor del principio que prohíbe “la *analogía in peius o ad malam partem*”⁴³. Así, este mecanismo “permite la aplicación de factores

41 Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: “La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 84, 2005, p. 177.

42 Término acuñado por el profesor de Alcalá de Henares, Vid. SANZ DELGADO, E.: *El trabajo penitenciario...* op. cit., p. 2419.

43 Cfr. ARANDA CARBONEL, M.J.: “Una aproximación práctica a la clasificación penitenciaria”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 252, 2006, p. 41.

propios de un grado superior a los de otro inferior, pero no vice-versa⁴⁴, y ello en base a que la flexible combinación de elementos característicos a distintos grados se concibe como situación transitoria, que a la postre supondrá una progresión de grado si se cumplen los objetivos tratamientos⁴⁵.

El principio de flexibilidad permite que instituciones como los permisos de salida o salidas programadas, con estrictos requisitos objetivos para su concesión, puedan generar situaciones análogas para penados que, sin reunir tales requisitos, y siempre a tenor de lo impulsado por su programa individualizado de tratamiento, puedan salir del establecimiento para determinadas actividades específicas. Lo determinante será siempre el programa tratamental diseñado por la Junta de Tratamiento, y “no el régimen en el que se lleva a cabo o en el que se hace uso de la medida externalizadora”⁴⁶. En cualquier caso, la falta de precisión manifestada en el art. 100.2 RP, permite la simulación de situaciones hipotéticas que en la praxis carecen de sentido y que no radican en el tratamiento y, por tanto, tampoco en la resocialización. Se podría haber limitado la aplicación de una combinación de caracteres de grados contiguos, impidiendo aplicar factores propios de un tercer grado a un primer grado de tratamiento, ya que atenta notoriamente a los principios de seguridad jurídica, prevención general, retribución e intimidación penal. Sería por ello acertado y lógico que se fijara como única opción, y como instrumento flexible, al segundo grado en relación con el primero, así como al tercero en relación con el segundo, y siempre de la forma más benévola para el penado, de forma positiva y no de forma regresiva. Así pues, el principio de flexibilidad

44 Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S.: Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión. Madrid, 2002, p. 30.

45 Vid. GONZÁLEZ CAMPO, E.: “Principio del formularioEl principio de flexibilidad en la ejecución penal”, en *Estudios Jurídicos*, nº 4, 2003, pp. 410 y ss.

46 Cfr. SANZ DELGADO, E.: El trabajo penitenciario... op. cit., p. 2420.

puede aliviar la dureza del régimen cerrado y actúa como “válvula de escape del mismo para paliar sus efectos negativos”⁴⁷.

En síntesis, el principio de flexibilidad es fruto de una idea aperturista y generosa que ha servido para potenciar la individualización científica predicada en el artículo 72 de la Ley, frente a los angostos aspectos regimentales, y sirve hoy como vía de escape ante los vaivenes de los cambios políticos, y a su vez legislativos, permitiendo superar los estrictos límites establecidos por los actuales artículos 36.2 y 78 del Código penal. Asimismo, esta herramienta ha permitido aislar a la norma penal, dejándola en un segundo plano y promulgando la creación de múltiples modalidades de vida, independientemente del grado al que pertenezca el penado. Esta flexibilidad permite que instituciones penitenciarias destinadas para grados concretos puedan ser aprovechadas en función del éxito y de la necesidad del programa individualizado de tratamiento. Así es como se nutre la individualización científica, que como digo, no llega a alcanzar el carácter de absoluta.

Sin embargo, y pese a que existe, a la espera de mejores avatares políticos, un Anteproyecto de Reforma de la Ley Penitenciaria, que durante el año 2005 se gestó⁴⁸ por el otrora

47 Cfr. ARRIBAS LÓPEZ, E.: El régimen cerrado en el sistema penitenciario... op. cit., p. 288.

48 Una Comisión de Expertos, nombrada *ad hoc* y presidida por D. Carlos García Valdés, redactó el Anteproyecto de Ley Orgánica General Penitenciaria, el cual trataba de unificar los criterios legales y reglamentarios, y que aún no ha visto luz, establecía en lo que aquí nos atañe, que “reafirmando la vigencia de sus principios inspiradores, de las finalidades que persigue, de los instrumentos que articula y, en general, de su utilidad para la regulación de la vida penitenciaria española, se ha efectuado un proceso de relectura de esta Ley para incorporar en ella los últimos avances de la Ciencia Penitenciaria, pero también para ratificar la vigencia del principio de legalidad respecto de aquellos ámbitos en los que la práctica penitenciaria, y también el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que aprobó el Reglamento Penitenciario, han ido abriendo, en los últimos tiempos, caminos útiles, pero no imaginados por el Legislador de 1979”. Esta es la esencia de su justificación.

principal inspirador de la misma, y que incorpora⁴⁹ instituciones de relieve como el principio de flexibilidad (que deja de estar sometido al régimen de excepcionalidad), Sería necesaria, a su vez, la introducción de una normativa complementaria que dotara a este principio de cierta seguridad jurídica y lo convirtiera en un “derecho subjetivo creado”⁵⁰. El precepto debería integrarse en la LOGP⁵¹, y el Anteproyecto lo recoge en su artículo 72.5 así: “No obstante, y con la finalidad de hacer el sistema más flexible, con respecto de cada penado, se podrá adoptar un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los grados mencionados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida necesitará ser aprobada por el Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”.

Dichos desiderátums, que compartimos, quedan para un futuro esperanzador, a expensas de los avatares políticos⁵².

3. Las debilidades del sistema de individualización científica

Son, en puridad, dos los factores que limitan el sistema de individualización científica: la personalidad y duración de la

49 La propia Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley dispone que “La Ley Penitenciaria ofreció un planteamiento tan revolucionario como ilusionante; y su defensa de la finalidad resocializadora de la pena, el humanismo de sus previsiones”.

50 Cfr. SANZ DELGADO, E.: El trabajo penitenciario... op. cit., p. 2023.

51 Vid. SANZ DELGADO, E.: El trabajo penitenciario... op. cit., p. 17.

52 Tal cuestión ya fue planteada por MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: “El cumplimiento íntegro de las penas”, en *Actualidad penal*, nº. 1, 2003, p. 214; RENART GARCÍA, F.: “La libertad condicional... op. cit., p. 88; ACALE SÁNCHEZ, M, en FARALDO CABANA/ PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (Coords.): Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización, 2004, p. 359; LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica (REIC)*, nº. 1, 2003, p. 11; RODRÍGUEZ ALONSO, A.: Lecciones de derecho... op. cit., pp. 295-296; LEGANÉS GÓMEZ, S.: “La evolución de los programas de tratamiento

pena⁵³, y es que, es frecuente que penados que ofrezcan la faceta de la personalidad tratamental, según su programa individualizado de tratamiento, estén perfectamente capacitados para permanecer en un régimen de vida característico de un tercer grado, y que por la preponderancia de todas las variables de intervención clasificatoria, y en particular la duración de la pena, impidan que éste pueda gozar de tal grado de clasificación, y deba permanecer en otro inferior al que realmente merece, viéndose así obligados los profesionales de los establecimientos penitenciarios a diseñar una modalidad de vida diferente, acorde con las necesidades realmente detectadas en el interno, habida cuenta que en determinados casos, se mantendrán de forma obligada en un determinado grado de clasificación, como consecuencia de la exigencia de períodos de cumplimiento mínimos para acceder a instituciones como la libertad condicional, o el tercer grado de clasificación⁵⁴, que se miden según la proporción de la pena. Esto puede deberse, en gran medida, a que la cuantía de la pena y la relevancia del hecho delictivo pueden ser utilizados como criterios retributivos e incluso de prevención general, como argumento objetivo para bloquear la progresión gradual, que si bien no son los principios inspiradores de nuestro sistema penitenciario actual, sí marcan el carácter presente del silencioso sistema progresivo, lo que conlleva a debilitar el “sistema puro de individualización científica”⁵⁵, convirtiéndolo en un sistema penitenciario mixto⁵⁶.

en Instituciones Penitenciarias”, en VV.AA.: “25 años de la Ley General Penitenciaria”, 3ª *Jornadas de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias (ATIP)*, 2005, p. 114; el mismo: *Crónica de una sentencia...* op. cit., p. 124; MURILLO RODRÍGUEZ, R.A.: “Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario”, *Las propuestas del “Derecho penitenciario mínimo”, el “Derecho penitenciario del enemigo” y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español*. Madrid, 2009, p. 231; BACH FABREGÓ, R./GIMENO CUBERO, M.A.: “Clases y contenido de penas y ejecución de las penas”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, 2010, p. 85.

53 Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S.: *Clasificación penitenciaria...* op. cit., p. 24.

54 Vid., el apartado correspondiente al período de seguridad de este trabajo.

55 Cfr. LEGANÉS GÓMEZ, S.: *Clasificación penitenciaria...* op.cit., p. 26.

56 Ya en el año 1989, el que fuera Fiscal General del Estado, consideraba que la personalidad del recluso y la duración de la pena son conceptos que

Por otro lado, resulta muy difícil incardinarnos en un sistema de individualización científica pleno, que a su vez contemple las variables personalidad-duración de la pena, propias del artículo 63 LOGP, salvo que el tiempo de condena se considere como un elemento no determinante por sí sólo, y primara en todo caso la personalidad del sujeto, así como la evolución de la misma manifestada en programa individualizado de tratamiento.

Otro límite concurrentemente apreciable serían los principios de intimidación general y especial, y ello porque un condenado a pena larga por la comisión de un delito grave, ateniéndonos al espíritu de tales principios, no debería ser asignado en tercer grado ni a modalidad alguna de vida en régimen abierto, para que su personalidad conciba el efecto intimidatorio que tiene la prisión en su más puro sentido, con independencia de las actividades tratamentales que vayan acorde a su programa individualizado de tratamiento. Sin embargo, ello chocaría de lleno con la consecución de los fines penitenciarios, y obviamente, sería complicado observar una evolución favorable de la personalidad. La prevención general se halla en la duración de la pena y en su cumplimiento. No obstante, lo que se trata de alcanzar es un punto de equilibrio entre criterios objetivos y subjetivos, que tienda a valorar una ponderación de elementos que puedan evolucionar en consonancia con los fines constitucionales de la pena privativa de libertad, y acercar progresivamente al penado al régimen de libertad.

convierten el sistema penitenciario en mixto, en virtud del cual el sistema de individualización científica no rompe íntegramente con el clásico sistema progresivo. Vid. Memoria del Fiscal General del Estado de 1989. Acerca de estos conceptos de personalidad del recluso y gravedad de la condena, Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Comentarios a la legislación... op. cit., p. 201; ALARCÓN BRAVO, J.: "El tratamiento penitenciario en el primer decenio de la LOGP", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra, 1, 1989, p. 23; GARRIDO GUZMÁN, L.: Manual... op. cit., p. 299; MAPELLI CAFFARENA, B.: "Sistema progresivo y tratamiento", en VV.AA., *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Universidad de Alcalá, 1985, pp. 161 y ss.; GONZÁLEZ CANO, I.: *La ejecución de la pena privativa de libertad*. Valencia, 1994, p. 324.

Es por ello que, al margen de la gravedad delictiva, si el perfil tratamental se adecúa a un régimen de vida concreto, debería permitirse el avance progresivo hasta alcanzar el régimen de semilibertad, sin tener que apuntalar o provocar forzosamente el efecto intimidatorio de la pena, ya que, en ocasiones, tal efecto podría ser perjudicial para la propia estimación del sujeto y su personalidad, así como para el estado anímico que presenta. Cuestión distinta sería el efecto intimidatorio que causan las penas sobre la población, lo que se traduce en el principio de prevención general. Debe reclamarse un equilibrio entre tales principios.

3.1. El declive de la individualización científica. La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las condenas 7/2003, de 30 de junio

La publicación de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, ocasionó una ruptura en relación con la tendencia hacia la flexibilidad que se había implantado en el sistema penitenciario español más reciente. Un límite significativo contra todo pronóstico⁵⁷, para la individualización científica consagrada legalmente en el derecho penitenciario español; y ha supuesto, también, la reedición de instrumentos legales y de normativas vigentes dos siglos atrás, hoy superadas, y que aportaron en otras materias los adecuados mimbres para un sistema penitenciario como el actual, pero suponen en estos momentos una retroacción al pasado. Calificada por ello de “regresiva”⁵⁸, tal reforma viene a confirmar, como lo hace Sanz Delgado, que “la primera vinculación de la norma de 2003 con el pasado legislativo surge, así, (...) con los sistemas progresivos, iniciados en el s. XIX y asentados a partir del Real

57 Recomendaciones en sentido opuesto adoptadas por el Comité de Ministros que informan al Consejo de Europa, como la de 30 de septiembre de 1999, remaban en otra dirección.

58 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: Prólogo a Código Penal. 9ª ed. Madrid, 2004, p. 18.

Decreto de 1901”⁵⁹. Volver al sistema de etapas tasadas y tiempos obligados de cumplimiento por donde el penado debe transitar. Especialmente, la introducción de un período de seguridad⁶⁰ exigido por la norma penal, para poder optar al tercer grado, es la principal señal de ese *dejavi*.

El dilema de decantar la actividad penitenciaria hacia el régimen o al tratamiento ha existido desde finales del XIX y a lo largo de todo el siglo XX, orientándose el s. XXI hacia la prela-

59 Cfr. SANZ DELGADO, E.: La reforma introducida por la regresiva... op. cit., p. 5.

60 Para mayor información acerca de las consecuencias de esta norma, especialmente en relación con el período de seguridad, Vid., entre otros, GONZÁLEZ CAMPO, E.: Principio del formularioEl principio de flexibilidad... op. cit., pp. 403-432; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, *Revista Jurídica galega*, n.º 38, 2003, pp. 13 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: “El cumplimiento íntegro de las penas... op. cit., pp. 195-214; SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo... op. cit., pp. 25 y 286; el mismo: El trabajo penitenciario... op. cit., pp., 2405, 2420 y ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A.: “La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4, 2003, pp. 1641-1651; CERVELLO DONDERIS, C.: “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”, en *La ley penal*, n.º 8, 2004, pp. 13 y ss.; la misma: La clasificación en tercer grado... op. cit. *passim*; JUANATEY DORADO, C.: “La ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”, en *La Ley penal*, n.º 9, 2004, pp. 5-30; RÍOS MARTÍN, J.C.: “Reflexiones sobre la Ley 7/2003: el incremento de la violencia punitiva”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º. Extraordinario, 2, diciembre, 2004, pp. 101-194; LEGANÉS GÓMEZ, S.: Crónica de una sentencia... op. cit., pp. 116-130; el mismo: Clasificación en tercer grado... op. cit., pp. 1 y ss.; el mismo: La prisión abierta... op. cit., pp. 121 y ss.; el mismo: “El periodo de seguridad 10 años después de la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de penas”, en *La Ley Penal*, n.º 104, 2013, pp. 7 y ss.; GUINOT MARTÍNEZ, M.: “Problemas aplicativos del denominado periodo de seguridad”, en *Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea*, noviembre, 2008; pp. 1 y ss.; MOLINA GIMENO, F.J.: “El periodo de seguridad; individualización judicial versus individualización penitenciaria en la ejecución de las penas graves”, *Diario La Ley* 6966, D-184, 2008, pp. 1435 y ss.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: Individualización científica y Tratamiento en prisión. Madrid, 2014, pp. 501 y ss.

ción tratamental. El sistema progresivo clásico llevaba implícito el concepto regimental en su forma menos maleable, y el sistema tratamental (hoy evolucionado en el de individualización científica), se asociaba a la idea de intervención y flexibilidad; la misma tensión se aprecia cuando se vuelve a restringir el sistema y sus posibilidades encaminándolo hacia la *seguridad* del carácter progresivo, lo que traduciéndolo a los perfiles de los más autorizados penitenciaristas de antaño, equivale a revivir la lucha por consolidar un sistema, la pugna de Fernando Cadalso versus Rafael Salillas⁶¹.

El artículo 72 de la LOGP, junto con el 100.2 RP, son, como se ha dicho, la piedra angular, la verdadera esencia, el elemento troncal normativo de nuestro sistema de individualización penitenciaria. La prescripción de que “las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional”, es un reconocimiento de lealtad del entonces legislador hacia Montesinos y Cadalso⁶², defensores del sistema progresivo, homenajear así el más fértil pasado, si bien compatibilizándolo con el sistema que quería implantar y asegurar, con visión de futuro, el denominado de *individualización*

61 Acerca de ambas personalidades, de su rivalidad, así como del protagonismo en sus quehaceres penitenciarios y repercusión venidera para el derecho penitenciario, Vid. ROLDÁN BARBERO, H.: Historia de la prisión en España. Barcelona, 1988, pp. 117 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C.: Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX). Madrid, 1991, pp. 110 y ss.; 133 y 134; el mismo: Del presidio a la prisión modular. Madrid, 2008, pp. 28 y ss.; FIGUEROA NAVARRO, M.C.: Los orígenes del Penitenciarismo Español. Madrid, 2000, pp. 24 y 25, 81 y 82; SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo... op. cit., pp. 281 y ss.; el mismo: “Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*. Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús. Extra 2006, *passim*; el mismo: “Rafael Salillas y Panzano penitenciarista”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LXV, Enero 2013, pp. 155-177; y recientemente, NÚÑEZ, J.A.: “Fernando Cadalso y Manzano. Medio siglo de Reforma penitenciaria en España (1859-1939)”. Valladolid, 2013, pp. 6 y 99.

62 Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Del presidio... op. cit., p. 44.

científica, haciéndose así eco del renovador y flexible pensamiento de Rafael Salillas.

La llegada de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, vendría a fortalecer la forma *negativa* de la doctrina preventiva, en sus modalidades general y especial, y a asegurar determinado carácter retributivo en la sanción penal; y, con ello, a sacudir los cimientos de una práctica penitenciaria durante decenios. Tal cuerpo normativo afecta así, y modifica, lo referente a la duración de las penas, clasificación inicial, progresión al tercer grado, beneficios penitenciarios y a la libertad condicional. Supone, en puridad, un verdadero ataque a los principios que informaron la LOGP 1/1979, de 26 de septiembre y el RD 190/1996, de 9 de febrero, un ataque en toda regla al sistema de individualización científica.

El período de seguridad se contempla como el tiempo obligatorio de cumplimiento de la pena de privativa de libertad en régimen ordinario, para poder acceder a régimen abierto⁶³. Esta medida restrictiva se plasmó en 2003 en el artículo 36.3 del Código Penal, el cual establecía que “cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta”.

Esta limitación al proceso clasificador de grados, se impuso para adecuar las penas a los fines de prevención general y especial. No obstante, considero, al respecto, que esta Ley Orgánica, con el rango normativo que abarca, desnaturaliza a la individualización científica, puesto que pone limitaciones a la clasificación y progresión de grados. Si bien, como vía de escape, el precepto reduccionista que incorporaba el período de seguridad, añadía una cláusula liberatoria, y continuaba indicando que “el

63 Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S.: La evolución de la clasificación penitenciaria. Madrid, 2005, p. 110.

juez de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

La propia Exposición de Motivos de esta Ley 7/2003, de 30 de junio, vino a establecer que es necesaria la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento penal, el cual sirve de enlace entre este ordenamiento y el penitenciario, “ya que el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de libertad condicional puede hacer que la pena prevista por el Código Penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida”. Lo expuesto manifestaba, en todo caso, la desconfianza existente del legislador penal respecto de la actividad de la Administración Penitenciaria y de los Jueces de Vigilancia, por considerar que actúan de forma arbitraria y discrecional, e introduce limitaciones relativas al acceso al tercer grado de clasificación, sin tener en cuenta de que pueda tratarse de penados que sean merecedores del mismo. Lo importante, hasta el 2003, era mantener la seguridad jurídica entre los internos, pero a tenor de dicha reforma, es de suponer que prevalece el interés de que los ciudadanos sepan que se cumplirán las penas privativas de libertad en su integridad. Por tal motivo, más allá de la denominación de período de seguridad que recibe el precepto de la norma punitiva, pudiera más bien tratarse de un período de *inseguridad* jurídica, habida cuenta de que cambios legislativos como este, arrumban la noción de la seguridad jurídica por cuanto que tienden a aumentar el carácter preventivo-general de las penas privativas de libertad, a modo de limitación temporal para acceder al tercer grado de clasificación en determinados casos; y configura una suerte de discrecionalidad judicial, por cuanto que el Juez de Vigilancia

Penitenciaria podía aplicar el régimen general de cumplimiento, atendiendo al pronóstico de reinserción social del recluso.

En puridad, la reforma del 2003 no viene a introducir el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, el cual se aplicaba correctamente, sino que más bien viene a endurecer el acceso a un derecho fundamental constitucional, al que debiera tender la actividad penitenciaria, esto es, la resocialización de los condenados a pena privativa de libertad. La clasificación en grados y la progresión o regresión del mismo, no implica una modificación de la pena impuesta, sino una modalidad diferente de cumplimiento, siendo la misma pena en su extensión que la impuesta por la norma originaria⁶⁴. No puede confundirse el cumplimiento íntegro con el cumplimiento efectivo⁶⁵ de condenas⁶⁶.

64 Vid. RODRÍGUEZ ALONSO, A.: Lecciones de Derecho... op. cit., p. XXX-I.

65 Vid., la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de octubre de 2013, relativa a la etarra Inés del Río, arrumbándose la *doctrina Parot*, por considerarse que se vulnera lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y concretamente el artículo 5, que recoge los principios de libertad e igualdad; y el artículo 7 (no hay castigo sin ley). Esta sentencia marcaba un punto de inflexión. La *doctrina Parot* consiste en aplicar los beneficios penitenciarios sobre cada una de las penas impuestas al recluso y no sobre el máximo legal permitido que, en el caso de Inés Del Río era de 30 años de cárcel. Se implantó dicha doctrina por el Tribunal Supremo en 2006, para evitar la excarcelación del considerado el terrorista de ETA más sanguinario, Henri Parot, que había conseguido reducir su pena de 30 a 20 años de cárcel, pese a estar condenado a 4.700 años por 33 asesinatos cometidos entre 1978 y 1990. Inés del Río, condenada a más de 3.000 años, fue la primera etarra que recurrió la *doctrina Parot* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se resolvió que España debía poner en libertad a Del Río en el plazo más breve posible porque había violado los artículos de la Convención mencionados.

En este sentido, un inédito bosquejo bibliográfico para proceder a un análisis en profundidad de lo que supuso la doctrina Parot en España, puede encontrarse en CUERDA RIEZU, A.: “El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica-penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, N° VII, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 217-295. Asimismo, MAGRO SERVET, V.: “Interpretación del Tribunal

En este sentido, cabe afirmar que el período de seguridad altera la finalidad preventivo-especial positiva de la pena⁶⁷, orientando las penas hacia fines como la inocuización, que

Supremo sobre el cómputo de la redención de penas por el trabajo en caso de condenas múltiples. Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006 “Caso Henri Parot”, en *La Ley Penal*, nº 31, 2006, pp. 137-143; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: “Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot”, en *La ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y doctrina*, nº 2, 2006, pp. 1325-1327; el mismo: “Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al “Caso Parot””, en *La Ley Penal*, nº. 29, 2006, pp. 857-882; el mismo: “Los beneficios penitenciarios de los terroristas”, en *Diario La Ley*, nº. 8235, de 23 de enero de 2014; REDONDO HERMIDA, A.: “El cambio jurisprudencial en materia de redención de penas. Comentario a la STS de 28 de febrero de 2006 (Caso Parot)”, en *La Ley penal*, nº 27 2006, pp. 121-126; SANZ DELGADO, E.: Regresar antes. Los beneficios penitenciarios. Madrid, 2007, pp. 165 y ss.; CERESO MIR, J.: “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, en *Revista Penal*, Vol. 22, 2008, pp. 20-21; NISTAL BURÓN, J.: “La doctrina Parot. Un mecanismo necesario para corregir el desajuste entre pena impuesta y pena cumplida (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo que aplica la llamada “doctrina Parot” al interno conocido como el violador del Vall d Hebrón)”, en *Diario La Ley*, nº. 7071, de 05 de diciembre de 2008; el mismo: “La “doctrina Parot” bajo el prisma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El alcance del principio de irretroactividad en la ejecución penal”, en *Revista Aranzadi*, nº. 8, 2013, pp. 1 y ss.; SANJUÁN GARCÍA, P.: “La redención de penas en la acumulación de condenas: la Doctrina Parot”, en *Lex Nova. La Revista*, nº. 54, octubre-diciembre, 2008, pp. 27-28; MONTERO HERNANZ, T.: “Otros efectos de la “doctrina Parot””, en *Diario La Ley*, nº. 7176, de 18 de mayo de 2009; el mismo: “La “Doctrina Parot”: de su nacimiento a su ocaso”, en *Revista Aranzadi*, nº. 9/2014, pp. 1 y ss.; MURILLO RODRÍGUEZ, R.A.: Modernas tendencias... op. cit., pp. 226 y ss.; ORTS BERENGUER, E.: “Comentarios a la Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (Caso Parot)”, en *ReCrim*, 2009, pp. 27-43; QUERALT, J.: “Terrorismo y castigo penal. Cumplimiento íntegro de las penas y doctrina Parot”, en *Intersecciones*, nº.1, 2010, pp. 115-135; LANDA GOROSTIZA, J.: “Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, nº. 4, octubre, 2012, pp. 1-25; GARCÍA VALDÉS, C.: “Estrasburgo y la doctrina Parot: otra interpretación”, en *Cuarto Poder*, de 14 de julio de 2012;

tiende a la desocialización de los reclusos⁶⁸. Sin embargo, el legislador entendió que optar y permanecer en tercer grado de tratamiento, como consecuencia de la adaptación del programa individualizado de tratamiento respecto de un penado, cuando no tiene cumplida la mitad de la condena en caso de ser superior ésta a cinco años de prisión, no supone cumplir la pena de forma efectiva, y que el efecto intimidatorio de los principios de las penas, así como el preventivo especial y retributivo, no se estaban llevando a cabo, como consecuencia de la distancia encontrada entre las penas que se tipificaban en el Código Penal, y las que efectivamente se cumplían. El legislador, en el fondo, no creía en la individualización penitenciaria, no creía en la individualización científica.

La intención de limitar la mencionada discrecionalidad a la Administración Penitenciaria y a los Jueces de Vigilancia, se apreciaba debilitada en el párrafo segundo, o cláusula de cierre, propia del artículo 36.2 del Código Penal, por cuanto determinaba, como se ha indicado, que “El juez de vigilancia (...) podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones

MARTIN PALLÍN, J.A.: “La Doctrina Parot severamente rechazada”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º. 848/2012, *passim*; el mismo: “Análisis de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º. 873, 2013, *passim*; RODRÍGUEZ YAGUË, C.: El Sistema Penitenciario... op. cit., pp. 126 y ss.; FERRER GUTIÉRREZ, A.: Guía sobre diligencias básicas en materia penitenciaria. Valencia, 2013, pp. 68 y ss.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: Individualización científica... op. cit., pp. 530-534. Asimismo, criticando la doctrina y estimando que la misma “no es una interpretación posible de la ley”, Cfr. VIVES ANTÓN, T.S./CUERDA ARNAU, M.L.: “La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: el caso Parot como paradigma”, en VV.AA. (FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. Dir./GONZÁLEZ TASCÓN, M.M./VILLA SIEIRO, V. Coords.): Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ed. Constitutio Criminalis Carolina, Meres-Siero, 2013, p. 766.

66 Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: La clasificación en tercer grado... op. cit., p. 171.

67 Vid. BUENO ARÚS, F.: “Prólogo” al libro de RENART GARCÍA, F.: La libertad condicional... op. cit., p. 21.

68 Vid. SANZ DELGADO, E.: La reforma introducida por la regresiva... op. cit., p. 208.

Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”, lo que ocasiona que consideremos que tal discrecionalidad continuará, si bien a modo de excepción, para los Jueces de Vigilancia y la Administración Penitenciaria, aunque ofreciendo una mayor rigidez para el caso de los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Muy relevante ha resultado ser también lo dispuesto en el punto 47 de los Criterios de actuación de los JVP, acuerdos y reuniones, celebradas entre 1981 y 2008, recogidas en texto refundido de 2009, determinando que “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 derivada de la pena a la cual le es aplicable, se considerará el principio de unidad de ejecución”. Por tanto, si la pena de prisión no superaba los cinco años de forma individualizada, o en caso de superarla, el Juez de Vigilancia acordaba el régimen general de cumplimiento a modo de excepción, todavía entraría en escena en el proceso clasificatorio lo que dispone el artículo 72.4 LOGP: “En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”. Y, para complementarlo, el artículo 72.3 LOGP dispone que “siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte en condiciones para ello, podrá ser clasificado inicialmente el grado superior, salvo el de libertad condicional, sin pasar necesariamente por los anteriores”. En caso contrario, se desvirtuaría su finalidad y objeto, dejando de ser aplicable parcialmente y restringiéndose ampliamente su campo de actuación.

No menos trascendente resulta el artículo 78 CP, el cual fue modificado con respecto a su redacción original, por la Ley 7/2003, de 30 de junio, en cuya Exposición de Motivos se prescribía que “la ley reforma el artículo 78 del Código Penal para

que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

Se trata de activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves, que además han cometido una pluralidad de delitos, es decir, frente a aquellos que se encuentren en los límites máximos señalados por el artículo 76 del Código Penal⁶⁹ (25, 30 ó 40 años de cumplimiento efectivo de condena a pena de prisión) y siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Cuando no lleguen a entrar en juego estos límites máximos, debe mantenerse plenamente la facultad decisoria del juez o tribunal ya señalada al principio.

Con esta regla y frente a supuestos de condenas a 100, 200 ó 300 años, el delincuente cumplirá en la práctica de forma íntegra y efectiva el límite máximo de condena.

Además, se incorporan igualmente los períodos mínimos de cumplimiento efectivo de las condenas que permitirían acceder a los beneficios penitenciarios, siempre que concurren las condiciones que con carácter general se precisan en la ley. En los casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar la concesión de un tercer grado cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena impuesta, y podrá acordar la concesión de la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del mencionado límite”.

69 En relación a este precepto normativo, Vid., entre otros, los análisis efectuados por ESPINA RAMOS, J.A.: “ La acumulación jurídica de penas: algunas notas prácticas”, en *Revista de derecho y proceso penal*, nº 12, 2004, pp. 13-28; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Acumulación de penas, individualización científica...* op. cit., pp. 857-882; LÓPEZ CERRADA, V.M.: “Acumulación jurídica y fines de las penas”. Tesis doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2008; LÓPEZ LÓPEZ, A.M.: “El

La Fiscalía General del Estado se pronunció sobre esta propuesta legal, señalando que el nuevo tope de la pena es “claramente compatible con que la forma de cumplimiento siga una orientación encaminada a la rehabilitación y a la reinserción social”, de lo que se trata es de establecer un límite “que evite que en casos de acumulación de condenadas la pena final se multiplique llegando a cifras de cumplimiento inadmisibles en atención a los principios de resocialización y reeducación”⁷⁰, lo cual choca de lleno con los fines constitucionales penitenciarios, ya que con independencia del límite máximo de cumplimiento fijado por la ley, lo que no es tolerable es impedir la práctica de las herramientas penitenciarias para obtener la reeducación y reinserción social. No existe la posibilidad cierta de una libertad

cumplimiento sucesivo de las penas: acumulación y refundición”, en *Diario La Ley*, nº 8007, 2013, *passim*; NISTAL BURÓN, J.: “El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la “acumulación jurídica” (1): a propósito del Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2.ª de 28 junio de 2012”, en *Diario La Ley*, nº 8025, 2013, *passim*; SÁEZ MALCEÑIDO, E.: “La acumulación de penas: epítome legal, doctrinal y jurisprudencial”, en *Diario La Ley*, nº 8425, 2014, *passim*.

- 70 Cfr. Informe de la Fiscalía General del Estado al anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, páginas 223 y 224. Además, se amplió el campo de actuación a los permisos penitenciarios y clasificación en tercer grado, pudiendo el JVP aplicar en determinados casos el régimen general de cumplimiento (exclusivamente para los casos de clasificación en tercer grado y libertad condicional, tal y como prescribe el precepto), salvo para los supuestos de terrorismo y organizaciones y bandas criminales, en cuyos casos se fijan los límites mínimos de cumplimiento de 4/5 y 7/8 de la condena/s para ser clasificados en tercer grado y disfrutar de la libertad condicional, respectivamente. En este sentido, podría darse el caso de que los condenados lo sean a más de 160 años de prisión, no puedan salir de permiso nunca, ni disfrutar del beneficio de la libertad condicional adelantada, ya que no se contempla como posible la aplicación del régimen general de cumplimiento en tales supuestos, y se extinguiría la condena antes de cumplir 1/4, 2/3 o 1/2 de condena. Vid., también, TÉLLEZ AGUILERA, A.: La ley de cumplimiento íntegro... op. cit., p. 1466, hecho que el autor lo asemeja a una cadena perpetua encubierta. Vid. Últ. op. cit., pp. 1468 y 1469. Asimismo, Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, J.: Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español, 2001, pp. 84-85; MURILLO RODRÍGUEZ, R.A.: Modernas tendencias... op. cit., pp. 224 y 225.

anticipada real. Una vez más, esta ley muestra su carácter de prevención general y retribución frente a la retribución especial.

El precepto legal vino a exponer en su párrafo primero, que “Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias”. Conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del precepto, se establece que “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 (*casos en que la pena a cumplir resulta de 25, 30, o 40 años*)⁷¹), siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas”.

No obstante, se contempla la posibilidad de la aplicación del régimen general de cumplimiento para los casos referidos de los apartados (a, b, c, d) del artículo 76.1 CP, al exponerse en el artículo 78.3 CP que “en estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”, si bien, tratándose terroristas o delincuencia organizada, la excepción sólo procederá cuando reste por cumplir una quinta parte del máximo legal de la condena —tratándose del beneficio del tercer grado penitenciario— o una octava parte del máximo legal —cuando se trate de libertad condicional, lo que puede equivaler a 32 o 35 años cumplidos de condena, respectivamente. Es una suerte de cadena perpetua⁷². Exigir a los

71 La cursiva es nuestra.

72 En este sentido, Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: La ley de cumplimiento íntegro... op. cit., pp. 1468 y 1469; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: “Exaspera-

terroristas y organizaciones, delatarse para poder acceder al tercer grado, es una contemplación contraria a los principios científicos del tratamiento individualizado, puesto que ya el art. 102.5 RP exigía un abandono a la banda u organización para dejar de ser considerados como peligrosos extremos y ser clasificados en primer grado. Por tanto, la exigencia es superflua⁷³. En cualquier caso, estamos de acuerdo con Cervelló Donderis en que apartar a los autores en bloque de una serie de delitos atenta drásticamente con el mandato constitucional al legislador, y los fines de la normativa penitenciaria española⁷⁴.

Pareciera, por tanto, que el legislador penal, por cumplimiento efectivo de la pena entiende únicamente la de “cumplimiento en régimen ordinario”, o lo que es lo mismo, que los programas individualizados de tratamiento hayan de quedar limitados y no puedan plantear tan siquiera el posible régimen abierto como modo eficaz de reeducación y reinserción, en cualquiera de sus modalidades. Con esta medida, lo que se persigue es que la pena se cumpla, pero que se cumpla en prisión⁷⁵, creándose

ción penal y límites constitucionales a la duración de las penas privativas de libertad”, en TOLEDO Y UBIETO, E/GUARDIEL SIERRA, M./CORTÉS BECHIARELLI, E.: Estudios penales en homenaje del profesor Ruiz Antón. Valencia, 2004, p. 93. Asimismo, SANZ DELGADO, E.: La reforma introducida por la regresiva... op. cit. p. 201; CORCOY BIDASOLO, M.: “Sistema de penas y líneas político-criminales de las últimas reformas del Código Penal ¿Tiende el Derecho penal hacia un “Derecho penal de dos velocidades”?”, en VV.AA.: Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, 2006, pp. 384-388. Por otro lado, afirma López Peregrín que “sin mencionar el término ‘cadena perpetua’, se ha introducido la posibilidad de cumplir penas en condiciones más gravosas (...) que en aquellos países de nuestro entorno en que se admite (...) la pena de cadena perpetua”. Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, M.C.: ¿Lucha contra la criminalidad... op. cit., p. 16.

73 Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: La ley de cumplimiento íntegro... op. cit., p. 1473.

74 Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: La clasificación en tercer grado... op. cit., p. 175.

75 Vid. FUENTES OSORIO, J.L.: Sistema de clasificación penitenciaria... op. cit., pp. 8 y 9. Asimismo, MURILLO RODRÍGUEZ, R.A.: Modernas tendencias... op. cit., p. 231.

un modelo en el que el tiempo de pena cumplido se convierta en el criterio fundamental, y la evolución del interno se traslade a un plano secundario. Sin embargo, la individualización científica nunca ha perseguido ese fin⁷⁶.

Elementos normativos contrarios a lo dispuesto en estos límites propios de esta norma regresiva, se hallan en diversidad de preceptos. A modo de ejemplo, el artículo 65.4 LOGP dispone que “cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interesado”, y ello porque el período de seguridad deja sin sentido que la Junta de Tratamiento proceda a revisar el grado de tratamiento en el que se encuentra un penado, ya que se restringe tal decisión exclusivamente para el primero y segundo grado de tratamiento, sin poderle ser de aplicación para el tercero, salvo para los casos excepcionales, de régimen general de cumplimiento. De igual modo, choca con preceptos reglamentarios como los arts. 102.4: “La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad”; 104.3 RP: “Para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado”; así como con las variables de clasificación del art. 63 LOGP: “Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que

76 Vid. Informe al Anteproyecto de LO 7/2003. Madrid. 2003, p. 73; LEGANÉS GÓMEZ, S.: La evolución... op. cit., p. 112; MOLINA GIMENO, F.J.: El periodo de seguridad... op. cit., pp. 1435 y ss.

se le haya señalado (...)", que se desarrolla en la misma línea en el art. 102.2 RP, variables que quedan restringidas con el período de seguridad, al tipo delictivo y la duración de la pena⁷⁷. Cabe decir que la proporcionalidad de las penas ya se ha tenido en cuenta de antemano por los jueces conforme a la individualización judicial, y traspasar tal criterio a la ejecución penitenciaria no tiene sentido en un sistema de individualización científica, sobre todo porque atenta a la individualización penitenciaria, elemento inspirador de todo un sistema. Para mayor precisión, el art. 72.3 dispone que "siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte en condiciones para ello, podrá ser clasificado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional". Asimismo, el párrafo cuarto del precepto establece que: "En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión".

Queda patente, por tanto, que este principio penal atiende preferentemente a criterios objetivos como la duración de la pena, en detrimento del estudio de la evolución del penado en su tratamiento penitenciario, esencia y núcleo del sistema de la individualización científica penitenciaria.

3.2. El regreso del sistema progresivo: los apartados 5º y 6º del artículo 72 de la Ley General Penitenciaria

Otra de las novedades de la Ley 7/2003, de 30 de junio, fue la introducción del párrafo quinto⁷⁸ en el artículo 72⁷⁹ de la

77 Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: La clasificación en tercer grado... op. cit., pp. 170 y 171.

78 En relación a este párrafo de la LOGP, Vid. ampliamente, entre otros, CERVELLÓ DONDERIS, V.: Los nuevos criterios de clasificación... op. cit., pp. 13 y ss.; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "La satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito como requisito para acceder al tercer grado y obtener la libertad condicional", en XIII Reunión de Jueces de Vigilancia. Valencia. 2004; LEGANÉS GÓMEZ, S.: La evolución... op. cit. pp. 128 y ss.; RÍOS MARTÍN, J.C.: "Reflexiones sobre la Ley 7/2003... op. cit., pp. 101-194; BUENO ARÚS, F.: "Influencia de las Reformas Legislativas

LOGP, recordando una vez más al rígido sistema de etapas tasadas de cumplimiento de la condena de antaño, hasta alcanzar la libertad del penado, cuyo tránsito por cada etapa resultaba forzoso, se hace eco en esta ley por cuanto que introduce serias limitaciones relativas al acceso de determinadas instituciones penitenciarias. El referido precepto introducido, esta vez con ausencia de satisfacción de la responsabilidad civil impuesta judicialmente, a modo de indemnización de los daños ocasionados;

en la Intervención Penitenciaria”, en VV.AA.: “25 años de la Ley General Penitenciaria”, 3ª *Jornadas de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias (ATIP)*, 2005, pp. 55-72; LÓPEZ CERRADA, V.M.: “La responsabilidad civil en la L.O. 7/2003 y su incidencia en el tratamiento penitenciario”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 252, 2006, pp. 77-116; ARRIBAS LÓPEZ, E.: “Aproximación a un derecho penitenciario del enemigo”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 253, 2007, pp. 49 y ss.; ZARAGOZA HUERTA, J.: Derecho penitenciario español. México DF, 2007, pp. 170 y 171; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: “La responsabilidad civil derivada de delito y tratamiento penitenciario: la progresión a tercer grado. Especial referencia a la delincuencia económica”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 97, 2009, pp. 157-182; LEGANÉS GÓMEZ, S.: Clasificación en tercer grado... op. cit., pp. 1 y ss.

- 79 Al respecto, el CGPJ, en su informe al Anteproyecto de la LO 7/2003 indicó que “La exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado. La reparación del daño es signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado. Por ello, esta exigencia debe establecerse en forma análoga a la establecida en el vigente artículo 81 y 88 del Código penal, que no requieren para la suspensión o la sustitución de la pena de prisión, respectivamente, la efectiva reparación del daño, sino el esfuerzo serio dirigido a esa reparación, por lo que no debe ser obstáculo para la suspensión de la ejecución el estado de insolvencia del penado”. Empero, la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003 establecía que “la comunidad no comprendería liberar al penado de su pena y no atender al mismo tiempo los derechos de la víctima, pues ello sería considerado por la población como una injustificada indulgencia que conlleva a una desconfianza hacia la eficacia del derecho. Por el contrario, el acceso a la libertad condicional en casos de insolvencia no hace que se resienta el sentimiento de vigencia de la norma”. Finalmente, el legislador no atendió la sugerencia del CGPJ respecto de la analogía con la suspensión y sustitución y hubo de ser la administración penitenciaria la que *solventara* esa exigencia, con la aceptación de un compromiso de pago futuro por parte del interno.

restitución o reparación del daño causado, se mantiene vigente respecto a su redacción original, disponiendo que “La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición. Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos: A) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas. B) Delitos contra los derechos de los trabajadores. C) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. D) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos VII al IX del título XIX del libro II del Código Penal”.

Sin embargo, en una línea opuesta a lo publicado definitivamente, el CGPJ, en su informe al Anteproyecto de la LO 7/2003, indicó que la exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado, y que la efectiva reparación del daño, no requiere sino el esfuerzo serio dirigido a esa reparación, por lo que no debe ser obstáculo para que se lleve a cabo dicha clasificación o progresión. Finalmente, sería la administración penitenciaria la que

solventara esa exigencia, con la aceptación de un compromiso de pago futuro por parte del interno.

Conviene destacar el espíritu legal que el término “singular” tiene, el cual hace referencia a una consideración de satisfacción de responsabilidad civil algo más particular para los delitos señalados, por cuanto a las propuestas de grado se refiere, así como también, la voluntariedad y la conducta de llevarlo a cabo. Por ello, habrá que atender a un llamamiento especial a la satisfacción real de la responsabilidad civil (artículos 109-113 CP), o al menos la acreditación de aval suficiente para poder hacerlo, si bien, sin un requisito añadido respecto del resto de delitos. Establece así la citada Instrucción 2/2005, que se valorará tanto el pago efectivo como la voluntad de hacerlo⁸⁰, criterio

80 En este sentido, Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez entienden que el hecho de satisfacer la responsabilidad civil implica una capacidad de pago más que la actitud del interno con respecto a la víctima. Vid. ARMENTA GONZÁLEZ PALENZUELA, F.J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: Reglamento penitenciario comentado. Análisis sistemático y recopilación de información. Sevilla, 2008, p. 238. En esta línea generosa de abogar por la valoración del esfuerzo realizado por satisfacer la responsabilidad civil, se han pronunciado también, LEGANÉS GÓMEZ, S.: La evolución... op. cit., p. 132; o Cervelló Donderis, quien afirma que hoy en día, lo que se valora es “un elemento indicativo de reinserción social”. Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V.: La clasificación en tercer grado... op. cit., p. 173. Por su parte, de modo más aperturista, Ríos Martín considera que habría de ser suficiente la declaración de insolvencia, como en la suspensión de condena. Vid. RÍOS MARTÍN, J.C.: Manual de ejecución penitenciaria... op. cit., p. 100. Así, tal y como señala Llobet Angli, un sujeto puede estar resocializado y no desear colaborar, por diversas razones, con la justicia, lo que no implica querer cometer nuevos delitos de terrorismo. Vid. LLOBET ANGLÍ, M.: “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias”, en *InDret* nº 1, 2007, p. 16. En el mismo sentido, Vid. FUENTES OSORIO, J.L.: Sistema de clasificación penitenciaria... op. cit., p. 6. Podría valorarse positivamente la actitud de colaborar pero no reconocerla como un requisito *sine qua non*. Los Jueces de Vigilancia, en sus criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados entre 1981 y 2008, recogidos en texto refundido y depurado a 1 de enero de 2009, en su punto 57 establecen que “el JVP, al ponderar si concurre en el penado el requisito exigido por el apartado 5 del artículo 72 de la LOGP, en su redacción vigente, debe valorar, dentro del comportamiento

que también sigue una línea jurisprudencial respecto a la suspensión de la condena, ya que ello es un elemento indicativo de reinserción social⁸¹. Este criterio ha sido mantenido por la más reciente Instrucción 7/2010, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias⁸².

Sin embargo, trasladar la carga del cobro de la responsabilidad civil sobre la Administración Penitenciaria resulta un tanto complejo, por cuanto la Junta de Tratamiento difícilmente podrá valorar con todas las garantías el esfuerzo del penado. Por ello, Leganés Gómez plantea el interrogante de “¿cómo puede hacerlo la Junta de Tratamiento si no puede acudir a solicitar datos fiscales?”⁸³. El órgano competente sería el Juez o Tribunal

postdelictual efectivamente observado por el penado, aquellos hechos o circunstancias del mismo que pongan de manifiesto una inequívoca voluntad de reparación del daño causado a la víctima, voluntad concretada en hechos objetivos que evidencien un esfuerzo del penado por satisfacer, dentro de sus posibilidades, la responsabilidad civil fijada en la sentencia. 2. Si el Juzgado o Tribunal sentenciador hubiere autorizado o aprobado, conforme al artículo 125 del Código penal, un plan de pago fraccionado de la responsabilidad civil, señalando el período el importe de los plazos a satisfacer, o hubiere considerado suficientes las garantías ofrecidas por el penado para asegurar el pago de las cantidades aplazadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 136.2.1º de dicho Código, el JVP, previa comprobación de que el interno viene cumpliendo el plan de pago aplazado judicialmente aprobado, considerará que concurre en el penado el requisito del apartado 5 del artículo 72 LOGP, estimando suficiente el esfuerzo desplegado por el mismo, según su capacidad, para el pago de la responsabilidad civil pendiente y bastante la garantía para asegurar el pago de las cantidades aplazadas”.

- 81 Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: La clasificación en tercer grado... op. cit., p. 173.
- 82 Con anterioridad, en virtud de la Instrucción 9/2003 se exigía exclusivamente el pago efectivo, sin valorar el esfuerzo por satisfacerlo, sin atender a las circunstancias personales del autor, ni las dificultades para satisfacer dicha responsabilidad.
- 83 Cfr. LEGANÉS GÓMEZ, S.: La evolución... op. cit., p. 136. El autor ve innecesaria su regulación cuando el art. 63 LOGP ya lo subsumía en el historial delictivo, donde se valora expresamente tal circunstancia. Vid. Últ. op. cit., p. 135. A favor de la medida, sin embargo, se han manifestado Tamarit Sumalla. Vid. GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA.: La reforma de la ejecución penal. Valencia, 2004, p. 114; o el mismo Bueno Arús, Vid. *Revista Asociación Técnicos II.PP.*, n.º 1, 2004, pp. 5 y 6.

sentenciador. En cualquier caso, la imposibilidad del pago futuro supondría un agravio comparativo, porque sólo personas con determinada capacidad económica podrían disfrutar de ciertos beneficios penitenciarios.

Lo expuesto denota dejar desfasado el objetivo de la reinserción social de los individuos, para tener muy en cuenta el hecho delictivo cometido⁸⁴, alejándose de aquella sabia premisa impulsada por el Coronel Montesinos de que en la cárcel entra el hombre, y el delito se había de quedar en la puerta⁸⁵. Su incorporación en el ámbito penitenciario, podría considerarse pertinente tratándose de condenatorias por delitos de los llamados “de cuello blanco”⁸⁶.

Conforme a lo regulado en la Instrucción 2/2005, se requiere para clasificar o progresar a tercer grado de tratamiento “el pago efectivo de esta responsabilidad; la voluntad y capacidad de pago manifestada de alguna de las siguientes formas: 1) La conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales. 2) Las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera. 3) Las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura. 4) La estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición”. Esto se desprende como consecuencia de la reparación de los daños y perjuicios causados, a tenor de

84 Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario”, en CASTRO ANTONIO, J.L.: “Derecho penitenciario: incidencias de las nuevas modificaciones”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 97-101.

85 Vid. BOIX, V.: *Sistema penitenciario del Presidio Correccional de Valencia*. Valencia, 1850, p. 93.

86 Vid. LLOBET ANGLÍ, M.: *La ficticia realidad...* op. cit., p. 12; MURILLO RODRÍGUEZ, R.A.: *Modernas tendencias...* op. cit., p. 236.

los artículos 109 al 113 del Código Penal. Desde un punto de vista práctico-penitenciario, tales regulaciones implican que el interno no pueda ser clasificado directamente en tercer grado si no satisface o manifiesta conducta formal de querer satisfacer la responsabilidad civil derivada de delito o de falta, así como la idéntica circunstancia que en caso de estar clasificado en un grado inferior, pueda ser progresado al tercer grado de tratamiento. Solamente el pago de la responsabilidad civil pudiera resultar objetivamente imposible, y por tanto, susceptible de exención temporal para el obligado a satisfacerla, siendo insolvente o careciendo de recursos para realizarla, apreciándose “necesario confirmar ante el Tribunal sentenciador tal cumplimiento o la declaración de insolvencia del penado en la sentencia condenatoria, para lo que se solicitará del Tribunal sentenciador el informe correspondiente o una copia de la pieza de responsabilidad civil”, tal y como se desprende de la citada instrucción. Para el resto de casos, “la voluntad y capacidad de pago será valorada ponderadamente por la Junta de Tratamiento a la hora de realizar las propuestas de tercer grado (...)”⁸⁷.

Finalmente, el apartado sexto del artículo 72 de la LOGP, fue también introducido por la Ley 7/2003 de 30 de junio, disponiendo que “La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo VII del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de

87 Cfr. 12/2005.

responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”⁸⁸. Resulta trascendental en este punto, que por virtud de la Instrucción 2/2005, para las propuestas de clasificación al tercer grado de tratamiento, las Juntas de Tratamiento deban de tener en cuenta la existencia de otras responsabilidades penales en curso, que aún no estén en testimonio de sentencia como penadas.

En relación a la exigencia para los condenados por delitos de terrorismo, de existencia de signos inequívocos de abandono de la actividad terrorista, en opinión de Renart García, “deja la puerta abierta a que los signos puedan ser acreditados mediante mecanismos distintos de los enunciados por el legislador”⁸⁹. Como medios de prueba de dicha desvinculación, podríamos considerar el seguimiento de los asistentes sociales en los permisos de salidas o cualquier situación que conecte al penado con el mundo libre y se demuestre que existe ningún tipo de vinculación con su anterior actividad delictiva.

88 La Exposición de Motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio, establecía en este sentido que a estos terroristas se les debe exigir, además de los requisitos del apartado quinto del artículo 72 LOGP, “que hayan abandonado la actividad terrorista y hayan colaborado activamente con las autoridades para la obtención de pruebas o la identificación de otros terroristas, en los términos previstos en la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo”. Esta Decisión marco a la que hacía referencia el preámbulo de la norma, fue a su vez modificado por la Decisión marco 2008/919/JAI. Fueron los atentados terroristas de septiembre de 2001 los que llevaron a la Unión Europea a reforzar su acción en este ámbito. La decisión marco tuvo por objetivo hacer más eficaz la lucha contra el terrorismo en toda la UE.

89 Cfr. RENART GARCÍA, F.: La libertad condicional... op. cit., p. 166.

Finalmente, es destacable y digno de atender que, además de la satisfacción de la responsabilidad civil, se agrega en determinados delitos la carga de sufrir el penado de la seguridad. Exactamente y con mayor agravio sucede con la libertad condicional, que asimismo requiere el cumplimiento de la responsabilidad civil⁹⁰, más el posible cumplimiento del período de seguridad, junto con el posible límite de cumplimiento del artículo 78 CP (si las $\frac{3}{4}$ partes del cumplimiento efectivo resulta ser inferior a la mitad de la suma de las penas impuestas). Se trata, por ello, de una triple carga. Tanto es así que el tercer requisito para disfrutar de la institución de la libertad condicional (junto con hallarse clasificado en tercer grado de tratamiento y haber extinguido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena/s impuesta/s) consiste en “Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6⁹¹ de la Ley Orgánica General Penitenciaria”⁹².

90 En este sentido, Vid. CÓRDOBA RODA, J.: “El pago de la responsabilidad civil como requisito para la libertad condicional y para el tercer grado de tratamiento penitenciario, según la Ley orgánica 7/2003”, en *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 104, nº 1, 2005, pp. 41-52.

91 Los Jueces de Vigilancia, en su Texto refundido y depurado en 2009, adoptaron asimismo en el punto 54 que “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. A efectos de valorar el cumplimiento del requisito exigido por el párrafo primero del apartado 5 del artículo 72 de la

4. El reciente período de seguridad. Un mayor carácter individualizador

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, reformó⁹³ profundamente lo dispuesto en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, entrando en vigor el 23 de diciembre de 2010.

El preámbulo de la Ley 5/2010, en relación con el período de seguridad, vino a establecer que “(...) se elimina el automatismo hasta ahora vigente, introduciendo un mecanismo más flexible que permita a los jueces y tribunales adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente”. Continúa posteriormente: “Así, la remodelación del llamado «período de seguridad» garantiza la primordial finalidad constitucional de la pena, la resocialización, sin que por otra parte ello comporte detrimento alguno en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma”. Se pretende, de este modo, ejercitar un mayor control sobre la Administración Penitenciaria, a la que se quiere someter, en sus decisiones, a un control jurisdiccional, apreciándose, de nuevo, cierta desconfianza o precaución en relación con las posibles arbitrariedades y discrecionalidad de la Administración penitenciaria.

En cualquier caso, el nuevo artículo 36.2 CP prescribe que “cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma, en los siguientes supuestos:

LOGP, se entenderá que el término “Singularmente”, incluido en el párrafo segundo de dicho precepto, no introduce un diferente tratamiento jurídico penitenciario para los penados según que el delito cometido sea uno de los enumerados en el mismo o en cualquier otro”.

92 Cfr. Artículo 90.1.c CP.

93 Acerca de esta reforma, Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S.: La prisión abierta... op. cit., pp. 147 y ss.; RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: El Sistema Penitenciario... op. cit., pp. 103-109.

- a. Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.
- b. Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.
- c. Delitos del artículo 183.
- d. Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.

El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior”.

Como principal consecuencia de tal modificación normativa, el período de seguridad deja de ser una figura jurídica de obligado cumplimiento, pasando a ser aplicable cuando así lo determine el testimonio de la sentencia, o bien, estemos en presencia de alguno de los delitos específicamente enumerados en los apartados a), b), c) y d) del actual artículo 36.2 CP. Posiblemente es así como debiera haberse redactado en 2003, para evitar los perjuicios ocasionados y el golpe que supuso para el principio de la seguridad jurídica.

La Instrucción 7/2010, vendría así a actualizar el sistema y a modificar al período de seguridad, haciendo asimismo alusión a que en el caso de sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo art. 36.2 del CP, teniendo en cuenta el principio penal más favorable y que “conforme a la Disposición Transitoria primera del mismo Texto legal, se estará a la nueva redacción y por tanto, no haber cumplido la mitad de la condena no podrá ser obstáculo para la clasificación en tercer grado” de los internos que ostenten penas superiores a cinco años de prisión, excepto los apartados a), b), c) y d) del art. 36.2, que, de

forma imperativa, permanecen sometidos al amparo del período de seguridad. En esta ocasión no se reproduce el defecto del que adoleció la Ley 7/2003, referente a la retroactividad.

Novedoso resulta que la prescripción de que cuando una Junta de Tratamiento compruebe que a un penado le es aplicable el período de seguridad, por no haber cumplido aún la mitad de la pena, y además, esté expresamente impuesto en la misma sentencia judicial, pero, al mismo tiempo se halle en condiciones de acceso al tercer grado de tratamiento, solicitará al Juez de Vigilancia la aplicación del régimen general de cumplimiento, con la excepción de los apartados a), b), c) y d) del artículo 36.2 CP.

Por cuanto a las nuevas condenas se refiere, se viene a considerar que para el caso de que un interno se encuentre “clasificado en tercer grado y le llegue una nueva responsabilidad penada, en la que sea de aplicación el período de seguridad, la Junta de Tratamiento procederá a revisar su clasificación con el fin de realizar una valoración actualizada de todas las variables del interno”⁹⁴. Para mayor precisión, si se comprueba que el interno no ha cumplido el período de seguridad, pueden tener lugar los siguientes supuestos, a tenor de lo dispuesto en la Instrucción de 7/2010 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

1. Que el interno esté clasificado en el tercer grado de tratamiento y la nueva condena no proceda de la comisión de un delito de los apartados a), b), c) y d) del art. 36.2, y que, tal y como ocurría antes de la reforma de 2010, si la pena privativa de libertad es superior a cinco años, y el sujeto estuviera clasificado en tercer grado, la Junta de Tratamiento considere que el interno debería de permanecer en dicho grado tratamental, Entonces solicitará el citado órgano colegiado al Juez de Vigilancia, el régimen general de cumplimiento (a la vista del pronóstico favorable de reinserción

94 Cfr. I 7/2010.

social y la evolución del tratamiento), indicando que el penado continuará en el tercer grado en tanto en cuanto no se produzca nueva resolución. Siendo la resolución del Juez de Vigilancia favorable, la Junta formalizará el acuerdo de continuidad en tercer grado sin que resulte necesario remitir documento alguno al Centro Directivo, en tanto en cuanto la adopción se haya llevado a cabo por unanimidad. Si el Juez de Vigilancia no levanta el período de seguridad, la Junta de Tratamiento solicitaría en informe motivado, al Centro Directivo, una regresión de grado.

Son factores aquí a tener en cuenta, para la determinación del levantamiento del período de seguridad, y por tanto poder ser de aplicación el régimen general de cumplimiento, el arrepentimiento del penado, así como el respeto del mismo hacia las víctimas. Por otra parte, si el interno es insolvente, se acreditará en un informe por la Junta de Tratamiento acerca de si está en condiciones de satisfacer la responsabilidad civil o si acepta que se lleve a cabo en el futuro dicha satisfacción de responsabilidad civil, así como su conducta. También es destacable que las propuestas de clasificación de las Juntas de Tratamiento, conforme al artículo 103.7 RP, que equivalgan a resolución, no podrán llevarse a efecto por éste órgano si quedaran pendientes responsabilidades civiles por satisfacer, siendo competente para resolver, lógicamente, en este caso, el Centro Directivo.

2. Que el interno esté clasificado en tercer grado de tratamiento y la nueva condena sea por la comisión de uno de los delitos tipificados en los apartados a), b), c) y d) del art. 36.2, en cuyo caso, se formularía propuesta de regresión de grado por parte de la Junta de Tratamiento hacia el Centro Directivo.

Por tanto, diremos que, tras la reforma de 2010, en los delitos en que se impide aplicar el régimen general de cumplimiento, se consagra el sistema progresivo de cumplimiento (prevención general e inocuización). Para el resto de casos, queda

levantado el automatismo del período de seguridad instaurado en 2003, a modo de individualización judicial, al ser el Tribunal sentenciador el competente para decidir su imposición.

En síntesis, la práctica penitenciaria, en ocasiones tiende a que en los casos en los que opera el periodo de seguridad, se prefiera recurrir a la figura del art. 100.2 RP, en lugar de su levantamiento, siendo ésta una solución intermedia y eficaz, frente a las potenciales críticas de la opinión pública, permitiendo esgrimir que, en realidad, no se ha concedido el tercer grado, al pesar sobre la persona del condenado el periodo de seguridad⁹⁵.

5. La actual propuesta de reforma del Código penal. La indeterminación de la pena de prisión permanente

La propuesta de reforma del Código Penal actual, y concretamente, la iniciativa de incorporar en su texto la nueva pena de la prisión permanente revisable, fue una herramienta que anunciaba el Gobierno actual en su campaña electoral de 2010, y previamente había sido objeto de interés para presentarla como una pena grave en el texto punitivo⁹⁶, al Proyecto de reforma del Código Penal de 2010⁹⁷.

En julio de 2012 se publicó el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en virtud del cual se contempla

95 Vid. SOLAR CALVO, M.P.: “Consecuencias de la Ley Orgánica 7/2003 en el ámbito penitenciario”, *Diario La Ley* 7238, 2009, p. 1663. Asimismo, GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/ TAMARIT SUMALLA.: La reforma de la ejecución... op. cit., p. 40; FUENTES OSORIO, J.L.: Sistema de clasificación penitenciaria... op. cit., p. 16.

96 Mediante la presentación de enmiendas del Partido Popular, las cuales no prosperaron (enmienda nº. 384). En este sentido, en 2010 el Partido Popular instaba la introducción en la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, de la prisión perpetua. Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 18 de marzo de 2010, pp. 173 y ss.

97 Vid. DEL CARPIO DELGADO, J.: “La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº 8004, Sección Doctrina, 18 enero, 2013.

la pena de prisión permanente revisable, esto es, una suerte de sentencia indeterminada absoluta y, en la misma línea oportunista, con mayor solidez pero con los mismos argumentos y fines perseguibles, en octubre de 2012 se presenta otro Anteproyecto de reforma⁹⁸ del Código Penal, si bien esta vez con un elenco tasado de delitos considerablemente más amplio que el anterior anteproyecto, sin justificación técnica ni jurídica alguna, aunque manifestado “de forma demagógica y populista”⁹⁹. Concretamente, se prevé la pena de prisión permanente para delitos de extrema gravedad (y este criterio se mantiene en el Proyecto de Ley), incluyendo en dicha esfera los asesinatos cualificados (art. 140 ACP); la muerte del Rey o del Príncipe heredero (art. 485. ACP); la muerte constitutiva de delito de terrorismo (art. 572.2.a ACP); la muerte del Jefe de un Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado que España haya ratificado (art. 605 ACP); delitos de genocidio (art. 607 ACP); y delitos de lesa humanidad (Art. 607 bis ACP).

La reforma —según dispone la exposición motivadora—, “justifica una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena (35 años de prisión), acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, la confirmación del abandono de su relación con el grupo u organización a que pertenecía; y la adhesión al cumplimiento de su compromiso de reparación (moral y material) a favor de las víctimas de sus delitos”.

Este esfuerzo por impulsar la nueva pena ha mutado en exceso respecto del primer Anteproyecto al segundo, pudiendo

98 Comentario crítico a este Anteproyecto de ley ha sido llevado a cabo por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./DOPICO GÓMEZ-ALLER.: Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Valencia, 2013, *passim*.

99 Cfr. GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D.: “Contra la crisis, más cárcel”, en *Diario El País*, 17 de octubre de 2012.

bien calificarse la reforma, en palabras de Cancio Meliá, de “político-criminalmente ilegítima”¹⁰⁰. La abultada variación entre lo contemplado en un primer Anteproyecto y el segundo, manifiesta una clara ausencia de claridad en el criterio y rumbo por parte del legislador; y más aún, el aumento de supuestos susceptibles de ser castigados con la prisión permanente, en tan sólo unos meses, evidencia que algunas infracciones punibles no fueron consideradas como de excesiva gravedad en un primer momento, y difícilmente pueda justificarse la novedosa tipificación de nuevas infracciones penales en su contenido, sin causar la máxima alarma a gran parte de la doctrina científica.

En las últimas décadas, los países de nuestro entorno no han introducido, ni reintroducido, la pena de prisión perpetua¹⁰¹, lo que evidentemente refleja que se trata más de una medida ineficaz y más propia de cuerpos penales del siglo XIX que de una medida de avance del siglo XXI. De hecho, como bien apunta Juanatey Dorado¹⁰², no se alcanza a comprender la justificación de esta nueva pena cuando realmente entre 1989 y 2008 la evolución de la delincuencia en España evidencia una tasa de criminalidad descendiente. Sin embargo, pareciera que se está utilizando el Derecho penal más bien con “fines electorales, partidistas o simplemente lucrativos”¹⁰³.

En cualquier caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos esta modalidad de pena de prisión permanente con el componente revisable, ya que si realmente existe la posibilidad de revisar una condena de duración indeterminada, bien para su conmutación, remisión, terminación o libertad condicio-

100 Cfr. CANCIO MELIÁ, M.: “La pena de cadena perpetua (“prisión permanente revisable”) en el Proyecto de reforma de Código Penal”, en *Diario La Ley*, n.º. 8175, Sección Tribuna, 22 Oct. 2013, Año XXXIV, Ref. D-359.

101 Vid. CANCIO MELIÁ, M.: La pena de cadena perpetua... op. cit.

102 Vid. JUANATEY DORADO, C.: “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXV, Madrid, 2013, pp. 127 y ss.

103 Cfr. JUANATEY DORADO, C.: Política criminal... op. cit., p. 152.

nal, será suficiente para no infringir lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio¹⁰⁴.

El resultado final no ha sido otro que el del Proyecto de Ley Orgánica, en virtud del cual se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el cual fue presentado el 24 de septiembre de 2013, y calificado el 1 de octubre del mismo año. Con el Proyecto mencionado, se efectúa una profunda revisión de las consecuencias penales a raíz de tres instituciones novedosas, a saber: la introducción de la prisión permanente revisable; la ampliación del sistema de medidas de seguridad, potenciándose la libertad vigilada; y una reestructuración de la regulación relativa al delito continuado. Así, se establece en la Exposición de Motivos del texto citado que “La necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia hace necesario poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”.

Por su parte, el órgano supremo consultivo del gobierno, el Consejo de Estado, se ha pronunciado acerca de la posible inconstitucionalidad de la novedosa pena de la prisión permanente revisable, en relación a la ratificación por parte de España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, apuntando que esta nueva pena para el ordenamiento jurídico español, no resulta contraria a lo dispuesto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni del Tribunal Constitucional, por cuanto no supone un trato degradante para los reclusos, ni impide su reinserción social, recordando que esta pena ya existe y se impone en países de nuestro entorno europeo. También resalta el órgano que el calificativo de “revisable” lo hace compatible con la Constitución y el Tratado de Roma¹⁰⁵. Sin embargo, la Sentencia del TC n.º. 181/2004, de 2 de noviembre, en su fundamento

104 Cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania.

105 Vid., al respecto, <http://www.eldiario.es/política> (Consejo-constitucional-prision-permanente revisable_0_171483216.html)

jurídico 16, expone que “la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del artículo 15 CE”. Es por ello por lo que el legislador, en aras de evitar dicho límite infranqueable, no ha tenido otra opción que la de camuflarla bajo el carácter de “revisable”.

La mera justificación, relativa a que la nueva pena se encuentra presente en muchos países de nuestro entorno vecino no puede resultar válida, puesto que es efectivamente en Suecia, Finlandia, Alemania, Holanda o Austria, donde el límite máximo de revisión de la prisión permanente se contempla en un intervalo de entre los 10 y 15 años de cumplimiento. En Portugal son 25, y en Noruega, 21 años, siendo en el caso más agravado, en Reino Unido, donde se configura la revisión en los 30 años.

Relevante resulta también que en España el límite máximo de cumplimiento (artículo 76 Código Penal), viene tipificado en 40 años de cumplimiento efectivo, por lo que resulta evidente que pasaremos a disponer de uno de los textos punitivos más severos de la Europa occidental¹⁰⁶.

El principal impulsor de la Ley General Penitenciaria de 1979, D. Carlos García Valdés, ha denominado a la nueva pena como “cadena perpetua revisable”, la cual “endurece nuestra norma punitiva y responde a una concreta política criminal presente, no formando parte ni figurando en la tradición española”¹⁰⁷, manifestando asimismo el autor que “unas veces la normativa crea la senda adecuada para el desarrollo de la comuni-

106 Vid. CANCIO MELIÁ, M.: La pena de cadena perpetua... Últ. op. y loc. cit. Asimismo, resaltando la gran dureza del máximo cumplimiento de las penas en el actual Código Penal, y de la cadena perpetua revisable, superando notablemente incluso al régimen franquista, Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: “La cadena perpetua revisable”, en <http://www.anuario-jolyandalucia.com/article/justiciaysucesos/1241398/la-cadena/perpetua/revisable.html#.UvGJBqOoEho.twitter>

107 Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: “El doble flujo de la legislación penal y sus límites: la cadena perpetua”, reproducido en <http://www.cuartopoder.es/soldeinvierno/el-doble-flujo-de-la-legislacion-penal-y-sus-limites-la-cadena-perpetua/2597>

dad, haciéndola comprender lo necesario del precepto o de su transformación; en otras de las ocasiones, es la sociedad la que anima el cambio legislativo”. Si bien, García Valdés plantea que si prácticamente no se ha utilizado este instrumento en la época punitiva más dura, ¿por qué ha de introducirse ahora?¹⁰⁸

En este sentido, y en línea con el pensamiento de Cuerda Riezu, ofrecemos el siguiente planteamiento: ¿No es perpetua una pena de 40 años impuesta a un individuo de 60 años de edad? ¿o es que en tales casos de delincuentes de determinada edad entenderemos que se han reformado antes que los jóvenes en términos temporales absolutos? ¿Acaso llegarán con vida la mayoría de los condenados? ¿A mayor duración de las penas mayor eficacia de las mismas? La respuesta debe de ser negativa, puesto que no existe horizonte alguno de alcanzar la libertad. Es por ello por lo que el catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos, califica a la prisión permanente revisable como una “orgía de privación de libertad”¹⁰⁹, que convierte a las penas asociadas a los delitos cometidos en ineficaces, y conllevan a un elevado coste para las arcas públicas. Incluso, podría concebirse como una suerte de muerte civil¹¹⁰ de los condenados a dicha pena.

Del mismo modo, y en relación al tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad, el TC, en virtud de STC nº. 129/2006, de 24 de abril, se ha pronunciado en el sentido de que se vulnera el principio de la certeza cuando el *quantum maximum* de la sanción queda absolutamente indeterminada en el tiempo.

108 En este sentido, acerca de las razones de política criminal de la cadena perpetua, Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: “La cadena perpetua”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, abril, 2010, pp. 28-31.

109 Cfr. CUERDA RIEZU, A.: *Cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Barcelona, 2011, p. 33.

110 Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: *La cadena perpetua revisable...* Últ. op. y loc. cit. En este sentido, afirma Mapelli que los “delincuentes con graves anomalías de personalidad, delincuentes por convicción o delincuentes impulsivos son los grupos a los que menos le preocupa la gravedad de las penas”.

Por otro lado, tachándola de incompatible con la reinserción social, y por tanto, de medida impulsiva de reforma penal de carácter inconstitucional, se han pronunciado múltiples autores¹¹¹. En este sentido se ha manifestado asimismo el Informe del CGPJ al considerar que “resulta cuando menos dudoso que una privación de libertad potencialmente perpetua sea conciliable, en un ámbito estrictamente interno”¹¹² con el fin primordial consagrado en el artículo 25.2 de la Constitución Española: la resocialización de los condenados a penas privativas de libertad y medidas de seguridad, corriéndose el riesgo del fracaso del tratamiento penitenciario en general. Resulta también relevante la STC nº. 112/1996, de 24 de junio¹¹³, en virtud de la cual se estableció que “(...) el artículo 25.2 CE no contiene un derecho fundamental sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; (...), sin que sea su única finalidad”¹¹⁴.

Sin embargo, en una senda contraria, que ve con buenos ojos la implementación de la nueva pena, y considerando que respeta lo dispuesto por la Constitución Española¹¹⁵, se mani-

111 Vid., entre otros, LASCURAÍN, J.A.: “Los males de la cadena perpetua revisable”, en *Diario El Mundo*, de 10 de junio de 2010; CUERDA RIEZU, A.: “Cadena perpetua y las penas... op. cit., pp. 40, 41 y 59-81. Asimismo, JUANATEY DORADO, C.: Política criminal... op. cit., pp. 127-153; CANCIO MELIÁ, M.: La pena de cadena perpetua... op. cit.; VIVES AN-TÓN, T.: “¿Estado de derecho a la carta?”, en <http://www.almendron.com/tribuna/estado-de-derecho-a-la-carta/> (26 oct. 2013).

112 Cfr. en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Canal_Judicial/CGPJ/El_CGPJ_emite_su_informe_sobre_la_reforma_del_Codigo_Penal

113 Asimismo, la finalidad perseguida por el artículo 25.2 CE, ha sido señalada como una orientación constitucional para el legislador penal y penitenciario, y no como fin último y primordial. Véanse las SSTC 2/1987; 19/1988; 28/1988; 150/1991; 209/1993; 72/1994; 2/1997; 81/1997; AATC 15/1984; 486/1985; 303/1986; 780/1986.

114 Al respecto. Vid. AATC 15/1984; 486/1985; 303/1986; 780/1986; y SSTC 2/1987 y 28/1988.

115 El alto tribunal en materia constitucional se ha pronunciado en el sentido de que las penas de larga duración no irrumpen la orientación de la reeducación y reinserción social. Hallamos pues, la SSTC 2/1987 de 21 de enero; 28/1988 de 23 de febrero; 55/1996 de 28 de marzo; 112/1996 de 24 de junio; 75/1998 de 31 de marzo; y 91/2000 de 30 de marzo.

fiestan algunas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, de 7 de julio de 1989; 16 de noviembre de 1999; 11 de abril de 2006; 12 de febrero de 2008; 3 de noviembre de 2009), las cuales compatibilizan la prisión permanente con la Convención Europea de Derechos Humanos, siendo este el criterio que sigue el poder legislativo a la hora de interpretar la constitucionalidad de dicha pena.

En definitiva, desde una visión más realista, consideramos que no es posible defender la prisión permanente revisable y la resocialización efectiva de los condenados simultáneamente¹¹⁶, al margen de que la práctica demuestre si efectivamente se puede o no aplicar tal prisión permanente revisable¹¹⁷, ya que desde que llegue a introducirse en el texto penal, pasarán veinticinco años hasta que se produzca la primera revisión de la condena. Para entonces, quizá otro cambio legislativo más eficaz y práctico la suprima¹¹⁸, o al menos reduzca los férreos plazos de revisión y acceso a determinadas instituciones penitenciarias.

5.1. La revisión y períodos de seguridad establecidos por la pena de prisión permanente revisable

Esta reforma que parece inminente, produce y debe producir temor a la sociedad en general y a la mayor parte de la doctrina científica, habida cuenta de que la duración indeterminada, y la arbitrariedad que se circunscribe en su configuración, atenta plenamente al principio legal de seguridad jurídica¹¹⁹.

116 Vid. JUANATEY DORADO, C.: Política criminal... op. cit., p. 132.

117 De imposibilidad material para su puesta en práctica, se han pronunciado Díez Ripollés, J.L./Sáez Valcárcel, R.: “La reforma penal y el sueño de la razón”, en http://elpais.com/elpais/2013/04/10/opinion/1365599490_607254.html

118 Vid. Sáez Malceñido, E.: “Sobre la prisión permanente”, en *Diario La Ley*, n.º 8082, Sección Tribuna, 14 May. 2013, La Ley 2233/2013.

119 Vid. Mestre Delgado, E.: “La senda de las sentencias indeterminadas”, en *La Ley Penal*, n.º 96-97, Septiembre- Octubre 2012, *passim*.

Hay que destacar lo que establece la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley: “La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena (que en el Derecho comparado se fija habitualmente entre 15 y 25 años), un Tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. Una revisión judicial periódica de la situación personal del penado no existe en la actualidad ni para las penas máximas de veinticinco, treinta o cuarenta años de prisión, ni para las acumulaciones de condena que pueden llegar a fijar límites incluso superiores”.

Es preciso señalar, sintéticamente, que la revisión de dicha pena podrá efectuarse mediante dos vías diferentes. En primer lugar, cuando se haya cumplido una parte determinada de la condena, comprendida entre los 25 y 35 años, en función del delito cometido. Transcurrido dicho plazo, la revisión procederá de oficio y, a partir de entonces, se llevará a cabo un plan de revisión cada dos años. En segundo lugar, cuando el penado lo solicite, una vez cumplido el período comprendido entre los 25 y 35 años, sin perjuicio de que tras la desestimación de dicha petición se pueda establecer un plazo máximo de un año, en virtud del cual no se podrán plantear más solicitudes de revisión.

Como limitaciones adicionales que van asociadas a la prisión permanente, se nos presentan distintas esferas, que responden más bien al principio de prevención general negativa que al principio penal de prevención especial positiva. Se trata de una suerte de períodos de seguridad que se introducen de cara al disfrute de determinados institutos que hasta el momento se consideraban derechos de los reclusos¹²⁰.

120 El CGPJ, en su informe, manifiesta que la prisión permanente revisable consiste en una pena con unas condiciones muy duras a la hora de acceder a la suspensión de la condena, a la libertad condicional, al tercer grado y a los permisos de salida, implicando una auténtica prisión perpetua, inadmisibles en la legislación penal, y que atenta al principio penal de la seguridad

Así, en materia de permisos ordinarios de salida, cuando exista una única condena por cualquier delito cometido, salvo por terrorismo, se permitirá el acceso al disfrute de permisos ordinarios de salida tras ocho años de cumplimiento de la misma; así como el acceso al tercer grado a partir de los 15 años; y a la libertad condicional, cuando se hubieren cumplido veinticinco años de condena. Sin embargo, en el caso de condenas por delitos de terrorismo, si sólo estamos en presencia de un delito, se podrán disfrutar los permisos ordinarios de salida a partir de los 12 años de cumplimiento (8 años para el resto de delitos); el tercer grado a partir de 20 años cumplidos; y la libertad condicional a partir de los 25. No obstante, si los delitos cometidos de terrorismo han sido dos o más, se cumplirá un mínimo efectivo de entre 28 y 35 años, y el período de seguridad establecido para el acceso al tercer grado se cifra entre los 24 y 32 años.

No se alcanza a comprender la inexistencia de argumentación y de justificación por parte del legislador, cuando convierte la cuarta parte de cumplimiento de una condena determinada en materia de permisos ordinarios de salida (artículo 154 RP), en un plazo que oscila de entre ocho a doce años, en función de los casos, como lo es con la prisión permanente.

Por otro lado, y respecto del acceso directo o progresión al tercer grado de clasificación penitenciaria, se introduce el nuevo artículo 78 bis del CP, según el cual, “cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable”, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento de un mínimo de dieciocho años, veinte años, o veintidós años de prisión, en función de que el penado haya sido condenado por varios delitos, de los cuales uno de ellos esté castigado con pena

jurídica, sugiriendo con ello que se adapte la iniciativa reformadora a lo estipulado en el art. 25.1 de la CE, en garantía de la previsibilidad de las sanciones. Vid. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, de octubre de 2012, p. 40.

de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años, quince, o veinticinco años, respectivamente.

Lo mismo sucede con la institución de la libertad condicional, en cuyo artículo 90 vigente del Código Penal, recoge como requisito objetivo de cumplimiento el de haber cumplido las tres cuartas partes de la condena o condenas establecidas. Con esta reforma, la libertad condicional se contempla como una suspensión de la ejecución de la pena. En virtud de ello, se modifica el artículo 92, facultando al Tribunal competente para conceder dicha libertad, la fijación de un plazo (el cual puede variar de entre veinticinco años, treinta, veintiocho o treinta y cinco años) en el que el penado debe someterse a determinadas condiciones, cuyo incumplimiento, así como la reiteración delictiva, determinará la revocación de la misma y su reingreso en prisión.

Como sistema de revisión de la condena, una vez se haya extinguido la parte necesaria para proceder a la revisión, el Tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional, resolviendo también las peticiones de los condenados sobre la concesión de la libertad condicional, contemplando la fijación de un plazo de hasta un año, en virtud del cual, tras haber sido rechazada una petición, no dará curso a nuevas peticiones.

Finalmente, se fija un plazo de suspensión de la ejecución de la condena que oscilará de entre cinco a diez años.

6. Conclusiones

La historia carcelaria española, como se ha señalado, hasta el siglo XVIII obedecía al fundamento del encierro, esto es, a las clásicas formas de reclusión preventiva para los delincuentes. A partir de entonces, tras numerosas reformas normativas que durante el XIX organizan la privación de libertad procesal, será en los comienzos del s. XX cuando se unifican la privación de

libertad punitiva y la preventiva en los mismos establecimientos, y en el específico ámbito penitenciario se plantea el estudio científico individualizado, incorporándose la ciencia criminológica al campo prisional, valorando aspectos subjetivos en los criterios de distribución, teniéndolos en cuenta al fin, en la manera de proceder de la separación penitenciaria, y dejando atrás los severos castigos físicos y corporales por los delitos cometidos. La corrección enfocada a la resocialización devendrá en el espíritu rector, y desde entonces, las ciencias de la conducta terminarán por integrar la actividad penitenciaria como instrumentos para conseguir el fin perseguido por la norma.

La promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria en 1979 supuso un punto de inflexión en el sistema penitenciario español, pues se trata de la primera norma con rango legal orgánico que regula la ejecución, y prescribe la individualización científica como puente hacia la resocialización, determinando el sistema penitenciario en España. En su virtud, no existe diferencia en los métodos de tratamiento según los grados, pues aquéllos no están en función de estos, sino de la personalidad del penado. De esta manera, los condenados ya no tienen que pasar forzosamente por todos los grados de tratamiento establecidos, si bien con la única excepción de la libertad condicional, que exige encontrarse en el tercero. Es así como se puso definitivamente cerrojo al clásico sistema penitenciario progresivo de ejecución de condenas.

Las normativas penal y penitenciaria, a raíz de las reformas introducidas en el último decenio, han incorporado en sus articulados elementos discordantes con respecto a una evolución preventivo-especial positiva, plasmada en el paradigma del artículo 25.2 CE. Se restringían así los fundamentos que predicaban la individualización científica y una flexibilidad beneficiosa para el interno que recogía asimismo el nuclear artículo 72 LOGP.

Esta fractura tuvo su máxima expresión con la promulgación de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de Junio, que vino a mostrar una suerte de crisis de confianza del legislador político en

el funcionamiento del sistema penitenciario español, rompiendo con la progresión científica alcanzada hasta entonces, dando un cambio de rumbo hacia el clásico sistema progresivo de períodos de cumplimiento forzados, arrumbando así los principios inspiradores de la Ley Penitenciaria, al impedir, como regla general, la posible clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento para penas que superen los cinco años de privación de libertad, recordando tal periodo de seguridad a los forzosos transcurros temporales en períodos de los inicios del siglo pasado. No obstante, tras la reforma del Código Penal de 2010, se ha suavizado la línea de tal período de seguridad, para atisbar algunas sendas individualizadoras con mejor cobertura legal. Se ha recuperado en cierta medida la aplicación de la individualización científica de 1979. Sin embargo, es lamentable que las Instituciones penitenciarias sufran los cambios y las derivaciones políticas reinantes en cada momento, sin analizar las posibles vulneraciones que atañen a los derechos de los penados.

Empero, tal y como ha demostrado la práctica histórica penitenciaria, se ha podido superar la rigidez que en todo momento incorporaba la normativa legal y punitiva. Así, la regulación penitenciaria localista, pero sobre todo la práctica generalizada, ha sido más humana y flexible que la normativa penal, que ha destacado por ser inflexible, e incluso a remolque respecto de los modelos de los países de nuestro entorno. La práctica penitenciaria ha actuado al margen de los impedimentos del derecho positivo penal e incluso penitenciario.

Es en este sentido donde el principio de flexibilidad, implantado por el Reglamento penitenciario en su artículo 100.2, pareciera justificar esa especial dinámica intramuros. Tal idea aperturista y generosa ha servido para potenciar la individualización científica predicada en el artículo 72 de la Ley, frente a los angostos aspectos regimentales, y sirve hoy como vía de escape ante los vaivenes de los cambios políticos, y a su vez legislativos.

Es cierto que el reciente artículo 36.2 CP ha imposibilitado la clasificación o progresión al tercer grado penitenciario en determinados casos, pero no es menos cierto que el principio de flexibilidad, regulado en una norma de rango reglamentario, de nivel inferior, ha permitido aislar a la norma penal, dejándola en un segundo plano y promulgando la creación de múltiples modalidades de vida, independientemente del grado al que pertenezca el penado. El traslado de tal principio de flexibilidad a la norma orgánica se antoja necesario, para que acompañe a su precepto matriz, el artículo 72 LOGP, en aras de garantizar la consecución de los fines que persigue la norma constitucional.

Actualmente, como durante siglos en realidad, las normativas penal y la penitenciaria continúan descoordinadas entre sí. Habida cuenta de que el tratamiento penitenciario precisa de un estudio individualizado previo y de unos métodos científicos apropiados, un Juez o Tribunal sentenciador no puede conocer de antemano el tiempo exacto necesario para que un individuo pueda estar reinsertado en la sociedad, y menos aún sin haber adoptado informes o estudios psicológicos, sociales y criminológicos. Mientras no exista una regulación normativa en una misma dirección, que efectivamente logre un equilibrio entre los distintos principios que se conjugan, no podremos gozar de una efectividad plena del tratamiento penitenciario dentro del sistema de individualización científica de ejecución de condenas, y la prisión permanente es un impedimento notorio para ello.

Es por todo ello por lo que en lugar de recurrirse al endurecimiento del Código penal, deberían centrarse los esfuerzos en realizar una política criminal seria y eficaz.