

LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA, "En torno a las últimas reformas penitenciarias. Con especial atención al tratamiento de conductas delictivas de terrorismo" en *Derechos, libertades y razón de Estado (1996-2005)*, Lete, Pamplona-Iruña, 2005, pp. 47-87.

**JORNADAS
DERECHOS, LIBERTADES Y RAZON DE
ESTADO (1996-2004)**

***EN TORNO A LAS ULTIMAS
REFORMAS PENITENCIARIAS
Con especial atención al tratamiento de conductas
delictivas de terrorismo¹***

**PONENTE
Prof. Dr. Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA
Profesor Titular de Derecho Penal
Facultad de Derecho (Leioa)
Universidad del País Vasco (UPV-EHU)**

Colegio de Abogados

¹ Este trabajo se adapta a las características y exigencias propias de las Jornadas *supra* mencionadas como texto de referencia para la ponencia relativa a las últimas reformas penitenciarias (sobre todo operadas por LO 7/2003). Se ha optado por un registro de redacción esquemático, más en clave de propuestas y tesis de problemas interpretativos, habiéndose prescindido en su elaboración de incorporar el aparato crítico bibliográfico. Sin embargo, al margen de las obras generales, para las materias referidas al acceso al tercer grado, libertad condicional y cumplimiento efectivo de las penas se han asumido la mayoría de las tesis que proponen GARCIA ALBERO, Ramón/TAMARIT SUMALLA, Josep-María, *La Reforma de la ejecución penal, tirant lo blanch*, Valencia, 2004, cuya lectura es muy recomendable para una profundización más en detalle.

Bilbo-Bilbao, 21 de febrero de 2005

SUMARIO

0. INTRODUCCIÓN	4
0.1. REFORMAS DEL SISTEMA DE PENAS: CONTEXTO GLOBAL.....	5
0.2. REFORMAS EN MATERIA DE TERRORISMO (Y DELINCUENCIA ORGANIZADA): CONTEXTO GLOBAL SECTORIAL	9
1. ACCESO AL TERCER GRADO	13
1.1. PERIODO DE SEGURIDAD	13
1.2. RESPONSABILIDAD CIVIL Y COLABORACIÓN	17
1.3. RETROACTIVIDAD DE LA NUEVA REGULACIÓN	20
2. CUMPLIMIENTO <<EFECTIVO>> DE LAS PENAS.....	22
3. LIBERTAD CONDICIONAL.....	28
REFLEXIONES FINALES	30

0. INTRODUCCIÓN

1. Abordar una valoración algo más que superficial de las modificaciones legislativas que en el ámbito penal (sustantivo y procesal) y penitenciario han tenido lugar desde el año 1996 hasta el 2004 en el ordenamiento jurídico español no es fácil. El trazo grueso de calificación global hace tiempo que se viene dibujando pero lo que aquí procede es intentar una valoración más precisa que aspire a ver reflejadas en las instituciones jurídicas sectoriales (en nuestro caso de índole penitenciario: tercer grado, libertad condicional, cumplimiento efectivo...) las líneas fuerza de calificación político-criminal (en el sentido amplio de las ciencias penales) para argumentar en su caso la crítica negativa en dos niveles: en el del diseño legislativo (labor más característica de la Facultad de Derecho como señala acertadamente el Prof. TORIO) pero, también, en el de su práctica aplicativa concreta.

2. Ello exige, antes de nada, una delimitación del tema que, sin embargo, ofrece de por sí una primera dificultad. Ya que atender a las últimas reformas penitenciarias, tal como reza el título de este trabajo, precisa, a mi juicio, de una puesta en contexto con otras reformas que determinan y condicionan a éstas que, a la postre, no dejan de ser el último eslabón de la cadena del ejercicio del ius puniendi. Antes de abordar los cambios en materia estrictamente penitenciaria procede, por tanto, una mirada al menos al cuadro general de reformas que tienen una incidencia directa en la determinación de la pena.

Con otras palabras: los presupuestos de aplicación, por ejemplo, del régimen abierto o de concesión de la libertad condicional pertenecen en el orden de la teoría de la determinación de la pena a lo que viene a denominarse la “individualización penitenciaria” que opera dando un contenido cualitativo concreto a la pena ya previamente individualizada en sede judicial (“individualización judicial”) dentro de los márgenes discrecionales que el legislador ha fijado en la pena abstracta señalada a los tipos de la Parte Especial en combinación con las reglas generales de determinación de la pena de la Parte General (“individualización legal”).

Una contemplación de la individualización penitenciaria –muy afectada por las últimas reformas en la materia: especialmente LO 7/2003-- sin el contexto de las reformas en fases previas de individualización, nos hace perder perspectiva y dificulta una valoración algo más que puramente asertiva del rumbo de las reformas penales en sentido amplio. Reformas que, no por obvio debe dejar de señalarse, tan pronto se integran en el ordenamiento jurídico-penal despliegan sus efectos funcionales, efectivos, de forma acumulada y simultánea con otras reformas como un todo: esto es, al margen, las más de las veces, de las proclamaciones de fines establecidas por cada legislador particular.

3. En esta introducción conviene, por tanto, hacer aflorar el conjunto de reformas parciales en un todo funcional desde el punto de vista de su efecto redefinitorio de la determinación de la pena hacia un sistema punitivo, avancemos ya algunas tesis, que favorece la imposición de más penas, más largas y con un régimen de cumplimiento antes cerrado que en libertad o semi-libertad. Late en las reformas sectoriales una fe

inquebrantable en la prisión en régimen cerrado como respuesta a la delincuencia grave, semi-grave e incluso leve².

De momento, en este alzar la mirada al contexto, todavía no introduzco desde el principio, ni en exclusiva, la perspectiva sectorial del tratamiento del terrorismo. Primero señalaré, por tanto, la línea general de endurecimiento del sistema penal que afecta a todos los ámbitos delictivos y ciñéndome básicamente a las reformas del sistema de penas que se desarrolló a través de las modificaciones operadas en el año 2003 (especialmente LO 15/2003). Ello nos dará un punto de partida de la tendencia político-criminal global que afecta también al tratamiento punitivo de la delincuencia terrorista.

A continuación, sin embargo, me ocuparé también en la introducción de señalar el contexto específico de las reformas atinentes de forma específica al terrorismo (y delincuencia organizada) como uno de los sectores de reforma <<estratégicos>> para el legislador en donde, a las reformas generales, se suman y acumulan reformas específicas ("doble vuelta de tuerca"). Esta segunda perspectiva sectorial de regulación *ad hoc* que se remontará a la primera reforma en la materia realizada por LO 2/1998, cerrará por tanto la introducción y dará paso al estudio de las reformas más trascendentales en materia penitenciaria.

0.1. REFORMAS DEL SISTEMA DE PENAS: CONTEXTO GLOBAL

1. Ni el conjunto de reformas sustantivas más importantes del CP durante el año 2003 (LO 7, 11, 15, 20/2003), ni siquiera la pretendida reforma del sistema de penas (LO 15/2003), parten de forma sistemática --ni coherente-- de ningún modelo de organización de las distintas penas que prevé el ordenamiento punitivo.

En el conjunto de modificaciones dispersas cabe, sin embargo, detectar precisamente en materia de prisión uno de los pocos hilos conductores reconocibles y presentes de una u otra manera en todas las reformas: a saber, la idea del "endurecimiento" de la pena de prisión como equivalente a mayor duración de la pena privativas de libertad y mayores cautelas y dificultades para obtener adelantadamente regímenes atenuados de cumplimiento distintos al ordinario en régimen cerrado.

2. PARTE ESPECIAL. Las modificaciones principales de la Parte Especial (Libros II y III del CP), especialmente por obra de la LO 15/2003, se orientan a un endurecimiento de la prisión tanto en duración (alargamiento) como en intensidad (añadidos de penas acumulativas y cancelación o endurecimiento de penas alternativas) según los siguientes criterios a modo de **reglas generales**³:

² Como demuestra, por ejemplo, la decisión político-criminal de rebajar la pena de prisión y la correlativa sustitución obligatoria --nuevo art. 71.2 CP tras la reforma por LO 15/2003-- del mínimo de 6 meses a 3 meses, cancelando así una de las propuestas político-criminales más características de lo que vino en denominarse el CP "de la democracia".

³ Se pretende dar una visión de las líneas generales de la reforma atendiendo a aquellas modificaciones que están presentes al menos en la mayoría (perspectiva cuantitativa) de los ámbitos delictivos afectados. Se busca caracterizar los criterios "sistemáticos" de actuación del legislador sin perjuicio de la valoración político-criminal que merecería cada reforma en su análisis parcial y concreto (perspectiva cualitativa) en la que aquí no cabe entrar.

- En especial en delitos menos graves los Arrestos de Fin de Semana (AFS) se han transformado, mayoritariamente, en penas de prisión con una duración más allá del cómputo de 36 h. incluso de dos días⁴:
 - a veces dicho endurecimiento se atenúa añadiendo una pena alternativa de multa (cuando no había o si era acumulativa pasa a alternativa, sobre todo, respecto de la multa; en ocasiones si ya había una pena alternativa de multa ésta se atenúa reduciéndose).
 - pero a veces incluso se añaden otras penas no privativas de libertad o se endurece (multa más larga en la mayoría de los casos) o incluso se cancela la alternativa desapareciendo o convirtiéndose en acumulativa.
- Se ha aprovechado el viaje de un pretendido ajuste técnico para que más delitos tengan penas de prisión ex novo: en unos casos fruto de asignar pena de prisión a las nuevas figuras delictivas⁵; en otros casos transformando penas principales alternativas (AFS ó multa) directamente en penas de prisión⁶.
- En ocasiones se aumenta la duración de la pena de prisión ya prevista⁷.
- En ocasiones el endurecimiento viene de suprimir la pena principal alternativa (p.e. multa) a la de prisión quedando ésta como única (aunque por debajo de 2 años queda, como antes, la posibilidad de una sustitución-suspensión –art. 80-89 CP-)⁸.
- También el endurecimiento se detecta por acumulación de otras penas privativas de derechos como pena principal añadida a la de prisión⁹ o el recurso a la previsión expresa de consecuencias accesorias del artículo 129 sin olvidar el mayor alcance que se ha dado al comiso tanto en su regulación general (art. 127-128 CP) como en particular en algunos tipos delictivos.

La idea de mero “ajuste técnico” que en particular la LO 15/2003 quiso trasladar a la opinión pública como quehacer principal de la reforma retrocede, según lo señalado, a una posición más bien secundaria a la sombra de un nuevo programa político-criminal cuyas recetas nos devuelven a tiempos pasados –aunque no tan lejanos—en los que la pena de prisión era el centro real del sistema penal no ya sólo para los delitos más graves, sino para todo tipo de delitos en general.

Junto a esta línea principal de evolución se acumulan también otras modificaciones que reflejan un programa político-criminal en sentido opuesto pero que en una valoración global resultan más la excepción que la regla. **Excepcionalmente**, por tanto, se producen algunas modificaciones atenuatorias, incluso de cierta trascendencia que, en cualquier caso, no deberían desfigurar el conjunto de la orientación indicada. Por señalar las más significativas:

⁴ Así, por ejemplo, artículos 146 (aborto imprudente); 147.2 (lesiones menos graves); 152 (lesiones imprudentes); 184 (acoso sexual); 225, 226, 227 (quebranto de deberes familiares), etc.

⁵ Así, por ejemplo, artículo 189 (pornografía infantil); 369 y siguientes (delitos contra la salud pública: tráfico de drogas); art. 471 bis (delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal internacional), etc.

⁶ Así, por ejemplo, el delito de amenazas del art. 170.2

⁷ Así, por ejemplo, artículo 195.3 (omisión del deber de socorro: aumento de la pena de prisión en su límite máximo)

⁸ Así, por ejemplo, el art. 189.4 (delito de corrupción de menores).

⁹ Así, por ejemplo, art. 301, 302 (delito de blanqueo); art. 369 (delito de tráfico de drogas); art. 557, 558, 570 (desórdenes públicos/depósito-tenencia armas), etc.

- a veces se rebajan límites mínimos de la pena de prisión que ya se imponía (fruto de la modificación a la rebaja del límite mínimo de prisión a 3 meses)¹⁰;
- sólo en un caso realmente significativo se rebaja el límite máximo de prisión en el delito de estafa/apropiación indebida (art. 249/252 CP: de cuatro a tres años)¹¹;
- en delitos –dejando ahora fuera de consideración las faltas-- sólo en dos ocasiones el Trabajo en Beneficio de la Comunidad (TBC) es pena principal alternativa y de ellas sólo en una ocasión como alternativa a la prisión (en concreto en la nueva modalidad de delito de quebrantamiento de la condena respecto de la prohibición de aproximación a la víctima: art. 468 CP¹²;
- respecto de la **faltas** la valoración es también positiva ya que aquí –y a diferencia de los delitos-- como regla general:
 - la pena de AFS se sustituye sistemáticamente por la de Localización Permanente (LP) con cómputos además ajustados de dos días de LP por cada fin de semana;
 - y el TBC se establece como pena principal alternativa a la LP (art. 620 y 626 CP)¹³.

3. PARTE GENERAL. Desde el punto de vista de las reformas operadas en la Parte General del Código Penal la crítica negativa no es tan evidente como en las de la Parte especial, debiendo distinguirse aspectos positivos o negativos según las instituciones jurídicas afectadas.

En una consideración global probablemente es la LO 7/2003 sobre el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas la que deba recibir una crítica más negativa como luego tendremos ocasión de comprobar en detalle, mientras que las modificaciones de Parte General que entrañan tanto la LO 11/2003 (art. 66) como sobre todo la LO 15/2003 admiten también valoraciones parciales positivas la mayoría de las cuales son más bien de índole técnico¹⁴ antes que reformas de calado.

En cualquier caso las líneas de reforma que apuntan a un endurecimiento en la duración o la intensidad de las penas de prisión son las siguientes:

- INDIVIDUALIZACIÓN LEGAL Y JUDICIAL DE LA PENA

¹⁰ Esta línea de reforma podría valorarse negativamente desde el prisma general de que se introducen penas privativas de libertad inferiores a 6 meses pero, consumada dicha reforma, puede resultar positivo el hecho de que penas de prisión cuyo mínimo era anteriormente de 6 meses ahora se posibilita la imposición de privaciones de libertad de menor duración. Así, por ejemplo, art. 154 (delito de riña); art. 171 (delitos de amenazas); art. 225 (delitos de quebranto de deberes familiares), etc.

¹¹ También en el delito de amenazas no condicionales de un mal que no constituye delito se rebaja la pena de prisión desde el máximo anterior de 2 años a 1 año (art. 171)

¹² El otro supuesto en que el TBC se prevé como alternativa, esta vez a la pena de multa, es el del art. 244 CP --robo y hurto de uso de vehículos de motor--. Además en otro supuesto más el TBC se prevé también como pena principal pero, no ya como alternativa a otra, sino como pena acumulativa de imposición facultativa (“y en su caso”) a la de prisión o multa y privación del derecho a conducir en el delito de conducción bajo los efectos del alcohol, drogas, estupefaciente u otras sustancias psicotrópicas (art. 379 CP).

¹³ El TBC es también alternativa a la Multa (art. 618.2 y 632 CP).

¹⁴ Así, por ejemplo, la elevación del límite para diferenciar la pena grave y menos grave de prisión –art. 33.2 a y 33.3 a (LO 15/2003)—situándose ahora en los cinco años para así hacerla coincidir con las competencias de enjuiciamiento de delitos de los Juzgados penales –hasta 5 años—y de la Audiencia Provincial –delitos con pena grave de prisión: de más de cinco años--).

- Se rebaja la **duración mínima** de la pena de prisión (art. 36.1) y por tanto también se disminuye el juego de la sustitución preceptiva correspondiente (art. 71.2: ahora sólo las inferiores a tres meses)¹⁵;
- se endurecen los **topes máximos absolutos de cumplimiento excepcional** (pues su máxima duración ordinaria sigue establecida en 20 años) por acumulación ex artículo 76 (excepcionalmente se impondrán no ya 25 ó 30 años como tope absoluto excepcional sino incluso 40 años: art. 76) acercándose materialmente a la cadena perpetua si se tiene en cuenta los ajustes para el cumplimiento efectivo respecto de los delitos más graves realizados en el artículo 78;
- caben elevaciones de grado por efecto de la concurrencia numérica de agravantes genéricas (tres o más) o por supuestos de reincidencia cualificada con pluridelincuencia¹⁶ (art. 66)
- se endurece –facultativamente– la pena del delito continuado que podrá llegar hasta la pena superior en grado en su mitad inferior (art. 74.1)
- además se endurece por acumulación la pena de prisión mediante la nueva regulación de las penas accesorias en concreto del artículo 57.
- **INDIVIDUALIZACIÓN PENITENCIARIA DE LA PENA**
 - Para los delitos más graves endurecimiento de los criterios de cómputo para el acceso al tercer grado o a la libertad condicional, así como la obtención de permisos de salida y beneficios penitenciarios que, según los casos, pueden prolongar (facultativamente) o prolongan (preceptivamente) de forma notable el cumplimiento de la pena de prisión en régimen ordinario.
 - Establecimiento a partir de los 5 años de pena de prisión del llamado periodo de seguridad (art. 36.2: ¿sistemáticamente no debería estar –al igual que la regulación de la libertad condicional– en la LOGP y RP?) para el acceso al tercer grado.
 - Nuevos “presupuestos-obstáculo” para poder acceder tanto al tercer grado como a la libertad condicional: haber satisfecho las responsabilidades civiles e incluso, en determinados delitos de terrorismo y de organizaciones criminales, colaboración activa y abandono incluso de fines de la actividad terrorista

Sin embargo merecen una valoración positiva, las nuevas posibilidades:

- De adelantamiento de la libertad condicional (art. 91.2 CP)
- De suspensión en casos de drogadicción (art. 87 CP)
- De sustitución por TBC (antes AFS o Multa, ahora: Multa o TBC art. 88 CP)

4. El cuadro general que he intentado esbozar justifica la afirmación de que hay una apuesta por la prisión, más larga en abstracto y con un cumplimiento en regímenes más

¹⁵ La LO 11/2003 ya establece algunas penas de prisión por debajo de los 6 meses (art. 147.2 CP), antes de que esté en vigor la rebaja a resultas de la modificación del art. 36.1 CP (1 octubre 2004). Se trata, a mi juicio, de una muestra más de la precipitación del legislador y de su criticable procedimiento para la reforma penal mediante leyes parciales que se van sucediendo en el tiempo. La dificultad técnica y sistemática de preverse una pena inferior al límite mínimo de prisión aún no reformado a la baja pretende convalidarse como excepciones admisibles del art. 36 en la Circular de la FGE 2/2003 sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas.

¹⁶ No se trata propiamente de multirreincidencia, ni multi o pluridelincuencia sino de un híbrido de ambas: reincidencia en sentido técnico con la cualificación de que se haya constatado cierta pluridelincuencia.

restrictivos de la libertad, como línea política-criminal general presente tanto en los cambios de la Parte Especial como General sin perjuicio de que también haya algunas reformas positivas que en conjunto son excepcionales y se concentran básicamente en la Parte General con repercusión práctica en la criminalidad intermedia o leve.

0.2. REFORMAS EN MATERIA DE TERRORISMO (Y DELINCUENCIA ORGANIZADA): CONTEXTO GLOBAL SECTORIAL

1. Además de las reformas generales que también afectan a un endurecimiento de los delitos de terrorismo¹⁷, hay un conjunto notable de modificaciones que inciden específicamente en la delincuencia calificada como terrorista. Comenzaré por las reformas de índole sustantiva.

1.1. Dejando a un lado lo relativo al derecho penal de menores (LO 7/2000; 9/2000 y 15/2003)), la primera reforma que sufrió el llamado Código penal de la democracia tras su entrada en vigor en mayo de 1996 fue mediante **LO 2/1998** con el objetivo confeso de atajar la “violencia callejera”. Afectó principalmente:

- al art. 170 ampliando las denominadas amenazas colectivas e incorporando la incriminación del reclamo público de acciones violentas por parte de bandas armadas (artículo que ha sido además alcanzado por la LO 15/2003 que endurece la pena del 170.2);
- y al art. 514.4 y 5 que pretendía hacer frente a las “contramanifestaciones” (perturbación de manifestaciones-reuniones; convocatoria de manifestación-reunión prohibida). El art. 514.4 por cierto ha sido también afectado por LO 15/2003 endureciendo la pena en la medida en que antes era alternativa de prisión o multa y ahora es única: prisión (siempre para los casos de concurrencia de violencia).

1.2. La segunda reforma que incide en materia terrorista, y la de mayor calado sustantivo, se llevó a cabo mediante la **LO 7/2000** que afectó no sólo al derecho penal juvenil antes de la entrada en vigor de la LO 5/2000, sino también a las definiciones típicas del derecho penal de adultos. De forma necesariamente resumida, las ampliaciones definitivas de los tipos penales de mayor relevancia son, a mi juicio, las siguientes:

- la relativa al art. 577 (“terrorismo urbano” o “individual”) tanto en las finalidades típicas (inclusión ahora también de los fines “amenazantes” a colectivos como medio de alterar la paz pública o subvertir el orden constitucional) como, sobre todo, respecto de las conductas objetivas del tipo:
 - así la ampliación del tipo por remisión a todos los delitos de daños, cualificados o no, (salvo por imprudencia: art. 267) y delitos contra el patrimonio histórico (art. 323) y desórdenes públicos (art. 560);

¹⁷ A veces de forma indirecta (cuando se endurece la pena de delitos ordinarios cuyo marco penal resulta después agravado por efecto de la remisión normativa de los tipos cualificados por terrorismo) a veces directa (por la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena: por ejemplo, nuevas posibilidades de elevación de grado según el juego de agravantes “ordinarias” –art. 66.4 y 5-).

- modificaciones en los delitos de incendio y estragos (art. 346; 351) para posibilitar que en conductas sin riesgo para las personas puedan reconducirse a delito de terrorismo por daños;
- se añade como conductas típicas a la de tenencia, depósito o tráfico de armas o municiones, las siguientes:
 - fabricación, **transporte** o suministro de sustancias o aparatos explosivos, inflamantes, incendiarios, asfixiantes o sus **componentes**
- incorporación de un delito de perturbación de plenos que a su vez volvió a ser objeto de reformulación por LO 1/2003 (art. 505);
- modificación del delito de atentado (art. 551.2) incluyendo en su ámbito subjetivo de protección a los miembros de las Corporaciones Locales en la modalidad más cualificada;
- la relativa a la inclusión de la figura apologética del art. 578 (enaltecimiento del terrorismo; vejación de la víctimas):
 - enaltecer o justificar delitos (también daños del art. 577) o personas
 - actos de descrédito, menosprecio o humillación de víctimas o familiares de delitos terroristas
 - pena de prisión y posibilidad de aplicación del art. 57 (alejamiento...) y aplicación preceptiva de inhabilitación absoluta con una duración entre 6 y 20 años superior a la privación de libertad impuesta por el delito
- la cláusula general de pena acumulativa de inhabilitación absoluta (art. 579.2) para cualquier delito de terrorismo (incluido el art. 578) de entre 6 y 20 años superior a la pena privativa de libertad impuesta en sentencia (con modificación del art. 40: definición general de la inhabilitación absoluta).

1.3. Ya he aludido también a la modificación por **LO 1/2003** del art. 505 (perturbación de plenos) que ahora incluye también como conducta típica el impedir acceder a los plenos e incorpora como tipo cualificado calumnias, injurias, coacciones o amenazas a los miembros de las corporaciones locales proferidas amparándose en las existencias de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

1.4. La última reforma sustantiva es la operada por **LO 20/2004** que, como es de sobra conocido, incorpora el denominado delito de convocatoria (o autorización) de “referéndum” (art. 506 bis) y conductas de colaboración en su desarrollo (art. 506 bis.2, art. 521 bis). Aunque también modifica, por ampliación, el delito de colaboración con banda armada por incorporación entre los delitos de terrorismo (art. 576 bis) de las conductas de allegar ayudas públicas a “asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos (...) así como a los partidos políticos, personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica y, en particular, grupos parlamentarios o agrupaciones de electores que, de hecho, continúen o sucedan la actividad de estos partidos políticos disueltos o suspendidos”.

4. Este panorama de reformas en materia sustantiva se complementa con tres bloques de modificaciones paralelas y funcionales en el ámbito del derecho penal de menores, penitenciario y a través de la ley de partidos.

4.1. Dejando a un lado el derecho penal de menores, objeto de la anterior ponencia, las reformas en **materia penitenciaria** no se limitan a las contenidas en la LO 7/2003.

4.1.1. La **LO 6/2003** modificó la LOGP (art. 56) respecto del derecho de educación de las personas internas mediante el establecimiento de un sistema de convenios para la obtención de titulaciones universitarias entre las Administración Penitenciaria y las Universidades públicas con carácter preferente –pero no exclusivo- de la UNED.

4.1.1. De mayor calado fue la reforma por **LO 5/2003** que modificó no sólo la LOGP, sino, también y al mismo tiempo, la LOPJ y la Ley 38/1988 de demarcación y planta judicial. A efectos de este trabajo la modificación fundamental es la instauración de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria con el fin de conseguir una unificación de criterios en el marco de control de las penas en el ámbito de los delitos instruidos y enjuiciados por la Audiencia Nacional.

El diseño de una competencia central “normalizada” en la Audiencia Nacional se consolida y amplía desde la instrucción y el fallo a la ejecución (y también en derecho penal de menores: Juzgado Central de Menores LO 7/2003), encomendándosele las funciones jurisdiccionales previstas en la LOGP en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional. Competencia, por cierto, exclusiva y preferente también en el caso de que el penado cumpla condenas no impuestas por la Audiencia Nacional.

Pero la reforma no afecta sin más a la creación del nuevo Juzgado Central de Vigilancia, sino que incluye una redistribución de las competencias fundamentalmente en el conocimiento de los recursos de apelación contra resoluciones de los Jueces de Vigilancia. Se consolida así el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la sala segunda del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 que ya otorgaba al órgano sentenciador encargado de la ejecución de la condena (Audiencia Provincial y, en su caso, Audiencia Nacional) y no a la Audiencia radicada en el territorio en el que se encuentre el centro penitenciario, la competencia para conocer en apelación (y queja) de las resoluciones del juez de vigilancia también en materia de clasificación.

Este nuevo diseño procesal en fase de ejecución se ve definitivamente completado por efecto de algunas modificaciones incluidas en la propia **LO 7/2003** en relación al carácter suspensivo de la interposición del recurso de apelación cuando el objeto del mismo se refiera a resoluciones en materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves (nuevo apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ 6/1985).

4.2. Por último no quisiera dejar de mencionar, aunque supere el ámbito estrictamente penal, la **LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos**. De forma necesariamente esquemática quisiera sólo subrayar en este momento sólo dos aspectos trascendentales.

4.2.1. Su eventual carácter de cierre por cuanto puede constituir la norma de remisión expresa o tácita de referencia para integrar elementos típicos de descripción de conductas (por ejemplo, el delito de referéndum y su alusión a organizaciones, partidos ilegales...) pero también de presupuestos materiales de determinados institutos jurídicos (por ejemplo, la colaboración activa y desvinculación de organizaciones que se exige en el nuevo art. 72.6 LOGP).

4.2.2. El carácter apologético y de similitud material estructural de buena parte de las conductas contenidas en el artículo 9.3 LOPP con el propio delito de apología del terrorismo del art. 578 o ciertas dinámicas de colaboración con banda armada y terrorismo individual que parecen dibujar un terreno en donde la simpatía político-ideológica funge como base para imputar responsabilidades penales individuales y/o comprometer el carácter global de partidas y organizaciones a la hora de declarar su ilegalidad.

Se tratan de aspectos que, aunque requieren una profundización y matización, entiendo que deben ser sugeridos para obtener un cuadro completo y coherente del nuevo diseño jurídico y del diagnóstico que subyace el mismo.

5. A continuación me voy a centrar en las reformas más importantes, todas ellas contenidas en la LO 7/2003, atinentes a tres aspectos esenciales que constituyen el núcleo duro de las reformas penitenciarias sobre todo respecto de delitos graves y muy graves: a saber,

1. El acceso al tercer grado (periodo de seguridad y otras modificaciones).
2. Cumplimiento efectivo de las penas de prisión (nuevos artículos 76 y 78).
3. La libertad condicional.

1. ACCESO AL TERCER GRADO

1.1. PERIODO DE SEGURIDAD¹⁸

1. Impacto (**teórico**) en el modelo penitenciario de “individualización científica” de la reforma del artículo 36.2 CP:

- convierte para los delitos castigados con pena de más de 5 años en individualización legal según criterios de prevención general –positiva- lo que hasta el momento era una materia de individualización penitenciaria según criterios de prevención especial¹⁹;
- se avanza hacia un sistema progresivo antes que el propio de la individualización científica (más próximo al sistema de planificación individualizada);
- se desnaturaliza la clasificación como instrumento de tratamiento y además sin la pertinente reforma de preceptos de la LOGP o del RP cuyo sentido a la luz del nuevo art. 36 se oscurece o simplemente se convierten en inútiles (como, a continuación, se señalará).

¹⁸ **ART. 36 CP (LO 7 y 15/2003): ESQUEMA DE CAMBIOS**

1. Rebaja de la pena privativa de libertad de prisión de 6 meses a 3 meses (LO 15/2003)
2. Establecimiento del llamado “periodo de seguridad”: art. 36.2 (LO 7/2003)
 - Regla general: hay un periodo de seguridad de la mitad de la pena impuesta cuando la prisión concreta impuesta sea superior a 5 años establecido por ministerio de la ley, de suerte que no cabrá acceder a la clasificación en tercer grado hasta su cumplimiento (mínimo 2 años y 6 meses)
 - Puede revocarse el periodo de seguridad y acordarse el régimen general de cumplimiento si:
 - Así lo decide facultativamente (“podrá acordar razonadamente”) el Juez de Vigilancia Penitenciaria
 - Criterios de decisión (“valorando en su caso”):
 - Las circunstancias personales del reo y
 - La evolución del tratamiento reeducador
 - Presupuestos de concesión:
 - Previo “pronóstico individualizado y favorable de reinserción social”
 - Con Audiencia previa preceptiva del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes
 - Excluidos en cualquier caso los delitos de terrorismo (art. 571-579) y los cometidos en el seno de organizaciones criminales

RESUMEN:

1. **Periodo de seguridad para acceder a la clasificación en tercer grado preceptivo por ministerio de la ley como regla general para penas impuestas de más de 5 años.**
2. **Periodo preceptivo pero reversible a excepción de los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de organizaciones criminales.**

¹⁹ Desde el punto de vista de las teorías de la pena (teoría dialéctica de la unión de Roxin) se debilita y sustrae parcialmente la orientación de la ejecución a la prevención especial a favor de subrayar los fines de prevención general (enmascarada por el legislador como atención al principio de proporcionalidad) en fase de individualización legal y judicial de la pena.

El legislador prostituye y muda el sentido real de los principios de tipicidad y seguridad jurídica desde un sentido garantista (derecho a conocer las facultades de intervención coactiva del Estado) para el reo hacia una excusa para bloquear ex legem contra reo la concesión del tercer grado (¿derecho del penado a saber que no tendrá tercer grado hasta cumplir la mitad de la pena impuesta?).

El legislador parte tácitamente de que el cumplimiento en tercer grado no es cumplimiento real.

Podría hacerse el balance de que la tardía apuesta del Estado Español por la ideología del tratamiento (resocialización) sin cursar acuse de recibo de algunas de sus críticas más fundamentadas ha dado lugar a que, en la actualidad, los flancos críticos de tal ideología sirvan de abono fértil para la nueva ideología penal de “orden” y “seguridad”.

2. **Naturaleza y control de la clasificación penitenciaria:** después de la LO 7/2003 la clasificación es más claramente “**materia de ejecución**” (que afecta no ya a la duración sino a la intensidad/contenido de la pena) y no puramente “actividad penitenciaria”: por ello aunque por regla general se realiza por la Junta de Tratamiento y el Centro Directivo, el control jurisdiccional se realiza por el Juez de Vigilancia que ahora se refuerza por la regulación del artículo 36 (que en sede de derecho sustantivo residencia esta regulación del periodo de seguridad en fase de ejecución de la pena como complemento de la definición de la pena de prisión²⁰) en coherencia también con la modificación de la LOPJ (LO 5/2003 que modifica la Disp.Ad. 5ª de la LOPJ) que determina que el **órgano sentenciador** encargado de la ejecución –y no la Audiencia de la provincia en que radique el centro penitenciario-- conocerá de los recursos de apelación contra las decisiones del Juez de Vigilancia en materia de clasificación.

3. ALGUNOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL NUEVO ART. 36.2.

3.1. El artículo 72.4 LOGP y 105.1 RP carecen de sentido: ¿para qué hay una revisión preceptiva de la clasificación cada seis meses en los supuestos en que hay periodo de seguridad? Se desvirtúa el carácter individualizador de la progresión de grado que se bloquea por la gravedad del delito y no por las circunstancias del sujeto.

3.2. Revocación del periodo de seguridad: ¿cabe una propuesta inicial de clasificación en tercer grado en delitos de pena superior a cinco años? Sólo si la Junta de tratamiento hace una propuesta individual y favorable de reinserción social: a falta de iniciativa de la Junta –clasifica directamente en régimen ordinario– el Juez de Vigilancia no puede instar el cumplimiento en régimen general (no cabe revocación de oficio, ni tampoco dejar el periodo de seguridad sin efecto aunque lo solicite el interno en su recurso de apelación contra la resolución confirmatoria de la clasificación inicial a falta de dicho pronóstico).

Por tanto, aunque está garantizado el control jurisdiccional de la clasificación (confirma la clasificación el Juez de Vigilancia), en la concesión del tercer grado está vetada la iniciativa del Juez que depende del informe previo de la Junta. Todo ello apunta a una línea presente en varias de las reformas: esto es, la desconfianza del legislador hacia el órgano jurisdiccional y la vocación de cerrar ámbitos de decisión discrecionales a favor de una administrativización de la propia decisión en una suerte de readscripción de espacios en la pugna entre poder ejecutivo y judicial a favor del primero.

En cualquier caso se detecta una variación menor en el sentido de otorgar, al parecer, mayor autonomía a las Juntas de Tratamiento respecto del Centro directivo a partir de la nueva Instrucción 2/2004. En la anterior Instrucción 9/2003 de la DGIP las propuestas de aplicación del régimen general de cumplimiento (esto es, no aplicación del periodo de seguridad) sin haberse cumplido la mitad de la pena/s impuesta/s se dirigían desde la propia Junta (con el pronóstico de reinserción social favorable) al Centro Directivo quien, en su caso, solicitaría la autorización al Juez de Vigilancia antes de resolver la clasificación en tercer grado.

²⁰ La ejecución, en concreto respecto de la clasificación, parece concebirse por el legislador como una “parte” de la pena y, por eso, se residencia junto a la definición de la misma.

En la nueva instrucción 2/2004 la Junta se dirigirá primero y directamente al Juez de Vigilancia para que autorice la aplicación del régimen general²¹.

3.3. “Previo pronóstico favorable e individualizado de reinserción social”:

- Es el mismo requisito formal que se exige en la libertad condicional como presupuesto para su concesión: pero aquí no debería exigirse que puede conducirse en libertad sino, como mucho, en “semilibertad”. Esto exige una “graduación” del pronóstico imposible en la práctica y que parece buscar, sin más, dificultar la concesión del tercer grado
- La DGIP ya emitió unos criterios para elaborar dicho pronóstico en la Instrucción 9/2003²² que se han confirmado en la posterior Instrucción 2/2004²³ y que comprenden los siguientes: asunción del delito; actitud ante las víctimas; vida en libertad desde la comisión delictiva hasta el ingreso en prisión; participación en programas.

3.4. La audiencia previa tiene la novedad de que expresamente alude a las partes personadas: esto es, da entrada al parecer a la víctima (acusación particular y popular) como parte en la fase de ejecución penal de la que estaba antes excluida su legitimación.

3.5. Problemas de refundición penitenciariamente sobrevenida (no “acumulación” ex art. 76). Por ejemplo: cumpliendo una pena de 4 años le sobreviene otra condena de dos años: ¿debe establecerse el periodo de seguridad?

La condena sobrevenida retrasa la fecha de licenciamiento por la suma de las penas que se ejecutan en unidad (principio de la unidad de ejecución) pero sin que por ello desaparezca su autonomía como penas diferentes. La duración total opera como referencia para la libertad condicional –art. 193 RP—pero no hace desaparecer la

²¹ Sólo en el caso de que estando clasificado en tercer grado sobrevenga una nueva responsabilidad penada, produciéndose entonces la situación de que no cumpla la mitad de las condenas, la Junta procederá a una revisión de la clasificación con el fin de realizar una valoración actualizada de las variables del interno. Habiéndose hecho la revisión si la Junta decidiera confirmar el tercer grado, se dirigirá al Juez de Vigilancia (según la Instrucción 9/2003 primero al Centro Directivo) para que le autorice el régimen general si es que previamente no se hubiera pronunciado éste al respecto (esto es: no si ya autorizó el tercer grado que se está revisando). Pero si, por el contrario, tras la revisión se decide regresar de grado necesariamente deberá hacerse propuesta motivada y remitirla al Centro Directivo. Volviendo al caso anterior (se revisa el tercer grado pero se decide confirmarlo y se pide la autorización al Juez de Vigilancia), recibido el pronunciamiento judicial solicitado sobre la aplicación del régimen general de cumplimiento, la Junta formalizará acuerdo de continuidad en tercer grado, sin que resulte necesario remitirlo al Centro Directivo siempre que el mismo se adopte por unanimidad, dejando constancia del acuerdo en el sistema informático (RVG V30). Si el Juez de Vigilancia no procede al levantamiento del periodo de seguridad, la Junta de tratamiento formulará al Centro Directivo, de forma preceptiva y urgente propuesta de regresión a segundo grado (Instrucción 2/2004)

²² Instrucción 9/2003 de 25 de julio: Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

²³ Instrucción 2/2004. Modificación sobre las indicaciones de la Instrucción 9/2003, para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (Deroga la Instrucción 9/2003). La derogación de la Instrucción 9/2003 afecta esencialmente a las indicaciones que abogaban por la retroactividad de las reformas a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 7/2003. El cuerpo principal de la instrucción en lo demás se asume en la nueva salvo algunas variaciones que se irán señalando.

autonomía de las penas. Asumir que su suma es también a efectos del periodo de seguridad carecería de cobertura reglamentaria y legal. La supeditación del régimen al tratamiento debe llevar a una interpretación restrictiva pro reo de las excepciones. Conclusión: por suma de condenas no cabe pasar de penas menos graves a graves o alargar una grave a efectos de imponer o alargar el periodo de seguridad que sólo puede proyectarse sobre penas graves o suma de penas graves (cfr. GARCIA ALBERO, R., *op. cit.*, p. 57 ss.).

DGIP aplica, contra la opinión señalada, el periodo de seguridad (Instrucción 9/2003 confirmada por Instrucción 2/2004). La jurisprudencia, sin embargo, parece que se va decantando por la imposibilidad de su suma (Auto Audiencia Provincial Barcelona – sección 9ª-, de 30 de junio de 2004; Ponente: G. Callejo Hernanz, FD 2º; recurso de apelación 820).

3.6. Problemas de acumulación ex art. 76 (988 LECr).

El cálculo de la mitad de la pena “impuesta” para establecer el periodo de seguridad debe ser realizado sobre la pena resultante de haber aplicado ya la acumulación jurídica (triplo de la más grave y límites absolutos: 20,25, 30 y 40 años) salvo lo dispuesto en el artículo 78 (no se consideran las penas de cada delito antes de la acumulación). Pero si la acumulación da una pena concreta de más de 5 años a partir de sumandos de penas menos graves, entonces no debería caber el periodo de seguridad.

DGIP aplica, sin embargo, el periodo de seguridad (Instrucción 9/2003 antes; Instrucción 2/2004 ahora). La jurisprudencia parece contradecir a la DGIP (Auto Audiencia Provincial Barcelona –sección 9ª-, de 30 de junio de 2004; Ponente: G. Callejo Hernanz, FD 2º; recurso de apelación 820).

3.7. Tercer grado como requisito previo a la concesión excepcional de la libertad condicional a septuagenarios o enfermos incurables (art. 92 CP).

No afecta el periodo de seguridad: o sea, no debe haberse cumplido el periodo de seguridad para tal concesión (Cfr. Art. 104.4 RP que no exige plazo alguno para la clasificación en tercer grado de enfermos muy graves con padecimientos incurables.. Criterio que comparte DGIP (Instrucción 9/2003 antes y 2/2004 ahora)²⁴.

3.8. Aplicación retroactiva del periodo de seguridad para el acceso al tercer grado a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 7/2003 con condena previa o no a dicha fecha (2 julio 2003): la **disposición transitoria única** de la LO 7/2003 proclama la retroactividad para la nueva regulación del tercer grado (art. 72.5 y 6 LOGP) y la libertad condicional (art. 90 y 93.2 CP) aunque no en lo atinente al periodo de seguridad (art. 36.2 CP) ni a la acumulación de condenas (art. 76 y 78 CP).

²⁴ Lo que resulta problemático es, sin embargo, que el art. 92 CP sólo libera del requisito de cumplimiento de las ¾ partes o de los 2/3 de la condena pero no de los otros requisitos (tercer grado; y buena conducta y previo pronóstico favorable de reinserción social que implica el cumplimiento de las responsabilidades civiles y colaboración, en su caso: art. 72.5 y 6 LOGP).

Respecto del tercer grado, su concesión en esos casos excepcionales se regula en el art. 90.1.a CP/art. 104.4 RP que nada dice (no se ha modificado) sobre el periodo de seguridad. Mayores problemas puede deparar esta concesión si no se han ventilado las responsabilidades civiles (nueva regulación después de la LO 7/2003 art. 90.1 c)

Las indicaciones de la DGIP de 25 de julio de 2003 (Instrucción 9/2003), sin embargo, sólo negaban la posibilidad de revisar las concesiones de tercer grado que tras la entrada en vigor de la LO 7/2003 no cumplieran con los requisitos legales (en este caso el art. 36.2). La práctica aplicativa de las Juntas de Tratamiento, sin embargo, aplicaron retroactivamente el periodo de seguridad a toda clasificación inicial o progresión realizada a partir de la fecha de entrada en vigor de la ley con independencia de que se tratara de hechos cometidos con anterioridad a tal fecha (hubieran sido condenados antes o después).

La nueva Instrucción 2/2004, por el contrario, ha cambiado, al parecer, drásticamente de criterio suprimiendo toda mención sobre la eventual aplicación retroactiva de las modificaciones relativas no ya al periodo de seguridad, sino respecto de cualquiera de las otras modificaciones (requisitos de los art. 72.5 –responsabilidad civil- y 72.6 –colaboración- LOGP como presupuestos de la concesión del tercer grado y la libertad condicional). Desde luego ya la propia jurisprudencia estaba empezando a pronunciarse sobre la no retroactividad del periodo de seguridad (Auto Audiencia Provincial de Madrid -sección 5ª-, de 6 de mayo; Ponente: A. Beltrán Núñez, FD 3º y ss.)

Al margen del cambio de rumbo de la DGIP, sigue viva la controversia sobre la constitucionalidad de la disposición transitoria única en cuanto declara expresamente la retroactividad de esos otros requisitos que la reforma obliga a tener en cuenta para la concesión del tercer grado y que son a la vez necesarios y comunes también para la concesión de la libertad condicional: a saber, el haber ventilado las responsabilidades civiles (art. 72.5 LOGP) y, en su caso, la obligación legal de "colaboración" para delitos de terrorismo y de organizaciones criminales (art. 72.6 LOGP). Por ello será después del análisis de estos últimos cuando volvamos sobre este punto.

1.2. RESPONSABILIDAD CIVIL Y COLABORACIÓN

1. "RESPONSABILIDAD CIVIL" (art. 72.5 LOGP).

1.1. El nuevo artículo 72.5 LOGP determina un nuevo requisito para poder acceder al tercer grado (pero también para poder concederse la libertad condicional²⁵).

La intención del legislador parte de la idea de impedir el tercer grado en aquellos casos en que la actividad delictiva ha producido un enriquecimiento ilícito pero no se han satisfecho las responsabilidades patrimoniales por haberse ocultado los efectos obtenidos. Esta perspectiva ha llevado a un diseño legal de la reparación en fase ejecutiva defectuoso técnicamente y excesivamente parcial frente a lo que en realidad debería entrañar la toma en consideración consecuente de la víctima y la reparación en el diseño de las instituciones jurídicas de la ejecución.

1.2. La referencia a la "responsabilidad civil" debe matizarse. El art. 72.5 LOGP se refiere exactamente a que la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento

²⁵ El nuevo artículo 90.1 CP identifica el requisito de constar un pronóstico previo, favorable e individualizado de reinserción social con el cumplimiento de las responsabilidades civiles en los términos del nuevo artículo 72.5 LOGP. Con todo, habida cuenta que uno de los requisitos para la concesión de la libertad condicional es precisamente la clasificación en tercer grado y que ésta presupone el cumplimiento del artículo 72.5 LOGP, su mención también con relación al requisito del *pronóstico* resulta superflua y redundante.

requerirá 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" pero también
- "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" y "las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura" así como
- "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".

El conjunto de criterios a valorar para dar por cumplido o no el presupuesto de concesión del tercer grado va, en consecuencia, más allá de una mera constatación de que se hayan ventilado o no las responsabilidades civiles *ex delicto* en sentido estricto. Este será un elemento más a tener en cuenta dentro de la pretensión central de valorar la capacidad del sujeto para hacer frente a dichas responsabilidades y cuál es su actitud a dicho respecto. Todos los criterios –excesivos en número y con escaso rigor técnico para una valoración fluída en la práctica—deben por tanto orientarse a contemplar el pago total, parcial o incluso el impago desde la perspectiva de la capacidad del sujeto en concreto para hacer frente a sus responsabilidades patrimoniales.

Y todo ello como dato a ser integrado respecto de su significación para determinar la capacidad del sujeto de conducirse en una vida en semilibertad como base para una pronósis favorable a la reinserción (Auto Audiencia Provincial Barcelona –sección 9ª-, de 30 de junio 2004; Ponente: G. Callejo Hernanz, FD 1; recurso de apelación 807)

1.3. El artículo 72.5 LOGP continúa señalando además que:

"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 V al IX del título XIX del libro II del Código Penal."

A buen seguro la expresión "singularmente, se aplicará" dará lugar por su ambigüedad a interpretaciones diferenciadas que permitan entender, en sentido extensivo, el párrafo como supuestos de una lista abierta en que el requisito es general para todo delito o, en una interpretación restrictiva, como lista cerrada de delitos sobre los que debe proyectarse el nuevo artículo 72.5 primer párrafo.

Las Indicaciones de la DGIP de 25 de julio de 2003 y su continuador la Instrucción 2/2004 dan por supuesto que el párrafo señalado no son más que casos donde tiene una especial idoneidad la comprobación del requisito pero a partir de la asunción de que tal requisito deberá concurrir, sin duda, para toda propuesta de clasificación o progresión de grado que proceda a partir de la entrada en vigor de la ley.

En la citada Instrucción se incluyen algunas matizaciones nuevas respecto de cómo deben proceder las Juntas de Tratamiento para valorar dicho requisito, distinguiendo la acreditación del requisito objetivo de la satisfacción o no de la responsabilidad civil en sentido estricto (confirmación ante el Tribunal sentenciador del cumplimiento o la declaración de insolvencia con solicitud del informe correspondiente o la copia de la pieza de responsabilidad civil) de los requisitos más de índole valorativa relativos al comportamiento postdelictual del interno. Respecto de estos últimos, a la propuesta de tercer grado debería acompañar, además, en su caso, de la declaración de insolvencia en sentencia, la justificación de la situación económica actual del interno que le impida afrontar el pago: extracto de la hoja de peculio que refleje escasez de ingresos, informe de los servicios sociales...; y el compromiso firmado de comenzar a satisfacerla si durante el tercer grado o el disfrute de la libertad condicional desarrolla un trabajo remunerado.

Respecto de los delitos expresamente previstos en el 72.5 LOGP se refuerza en las Instrucciones (9/2003 y 2/2004) la exigencia del requisito objetivo ("en todo caso") que se traduce en la satisfacción de la responsabilidad civil de forma efectiva o aval suficiente.

2. "COLABORACIÓN" (art. 72.6 LOGP)

El régimen especial de terrorismo referido a la necesidad de abandono y colaboración como requisito añadido para acceder al tercer grado resulta criticable y en especial los siguientes aspectos.

- La concepción de este requisito en su proyección ad hoc sobre una clase especial de delitos y con la exigencia tan intensa y detallada hasta la minucia de abandono (pasivo) y colaboración (activa) acaba por mudar y contaminar el propio sentido del tercer grado como instrumento de tratamiento dentro de un sistema de individualización científica. Lo que deberían ser elementos a valorar desde criterios de prevención especial (presunto perfil criminológico del terrorista): esto es, lo que debería ser elementos a integrar en un juicio individual de cada situación personal del interno respecto de la capacidad de conducirse en semilibertad (o en libertad como veremos en el caso de la libertad condicional) sin voluntad de comisión delictiva, se transforman en criterios abstractos, despersonalizados y relativamente inflexibles que ex legem pueden determinar un bloqueo de la institución correspondiente ("presupuesto-obstáculo") al margen del propio sentido que el tercer grado tiene como instrumento de tratamiento.
- Se confunden los medios y fines en la actividad terrorista cuando se exige que "muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas".
- Se equipara implícitamente la delación de responsables con colaboraciones dirigidas a evitar o neutralizar actuaciones delictivas.
- Se exige de forma añadida al abandono la colaboración activa que puede favorecer a los delincuentes que más poder tienen en el organigrama de la organización o que puede resultar inexigible por las reacciones de ajuste de cuentas de la organización a que expone a quien colabore.

- Hay una criticable tendencia a lograr la desvinculación de organizaciones en la órbita de prohibiciones de simpatía ("informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones ilegales que la rodean"²⁶).

También se comprueba en esta regulación un cierta vis expansiva de las regulaciones excepcionales en materia antiterrorista hacia otros ámbitos delictivos. En este caso puesto que es aplicable además de al terrorismo (art. 571 ss. CP), a los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales que según las Instrucciones de la DGIP (9/2003 y 2/2004) deberían entenderse "con un criterio criminológico que no normativo del mismo".

1.3. RETROACTIVIDAD DE LA NUEVA REGULACIÓN

1. En el Anteproyecto de la LO sobre el cumplimiento efectivo nada se decía sobre la retroactividad y será el informe del CGPJ el que argumenta a favor de la posible retroactividad respecto del periodo de seguridad y libertad condicional –no tanto del cumplimiento efectivo—para los supuestos en que el penado no estuviera todavía clasificado en tercer grado o disfrutando de la libertad condicional. Salvo esos supuestos cabría la aplicación de la nueva normativa aunque los hechos delictivos se hubieran cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley y con independencia de que la condena hubiera sido, a su vez, anterior o posterior a dicha fecha.

2. El resultado final del proceso legislativo permite expresamente la retroactividad respecto de la nueva regulación de la libertad condicional y de acceso al tercer grado pero no respecto del cumplimiento efectivo o el periodo de seguridad (art. 78 y 36 CP).

3. La base argumental favorable a una tal interpretación se enraíza en la consideración de la clasificación o la concesión de la libertad condicional como materias no propias del derecho penal sustantivo y ajenas, por tanto, a la prohibición de retroactividad penal desfavorable propia del principio de legalidad (doctrina del TC ex art. 25.1).

Los nuevos requisitos no afectarían tanto a normas sustantivas de definición de las penas quedando desgajada la ejecución de la pena --en estos aspectos—del concepto mismo de pena. Los nuevos requisitos, siguiendo al informe del CGPJ, serían más bien normas de derecho procesal de ejecución de penas en que la prohibición de retroactividad según la doctrina del TC se modula de forma más porosa a excepciones al reconducirse de manera un tanto forzada a la prohibición del art. 9.3 CE²⁷.

²⁶ Como uno de los posibles medios de prueba que la ley ofrece, junto a la petición expresa de perdón a las víctimas y declaración expresa de repudio de la actividades delictivas y abandono de la violencia, para acreditar el "abandono" y la "colaboración". Debe subrayarse que tales medios no son, por tanto, los únicos posibles para acreditar la satisfacción del requisito exigible según el art. 72.6 LOGP. Pero, sin duda, tal vía de prueba informa una filosofía de la institución rayana con, por no decir inmersa en, prohibiciones de simpatía puramente ideológica.

²⁷ Extraídos del ámbito del artículo 25.1 CE se reconducen al artículo 9.3 CE en el que la doctrina relativa a la prohibición de retroactividad de las "disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos" admite algunos matices y excepciones vedados en la prohibición de retroactividad en sentido *fuerte* que se reserva para el derecho penal sustantivo (art. 25.1 CE). En concreto se distingue ex art. 9.3 entre una retroactividad *auténtica o de grado máximo* y otra *impropia o de grado medio* según hagan referencia las disposiciones sancionadoras o restrictivas a situaciones de hecho ya producidas con anterioridad a la propia ley y consumadas (en nuestro caso, clasificaciones o progresiones de grado ya efectuadas) o

4. Tal línea argumental podría impugnarse para fundamentar la inconstitucionalidad de la disposición transitoria única y las interpretaciones retroactivas correspondientes o la propia del periodo de seguridad, defendiendo:

- Un criterio sustantivo a la hora de determinar el alcance de la prohibición de retroactividad del artículo 25.1 en el sentido de entender por normas sancionadoras también aquellas de índole procesal –e incluso de ejecución-- que afecten a derechos fundamentales como, en nuestro caso, el de libertad.
- En la línea de lo anterior subrayar que se trata (en el caso de la clasificación-libertad condicional) de materias de ejecución de penas como corolario de la definición de normas sancionadoras en cuanto inciden no tanto en la duración sino en el contenido e intensidad de dicha pena.
- En la inadecuación de la doctrina del TC relativa al artículo 9.3 respecto de esta materia ya que aquella parece más bien responder a disposiciones sancionatorias o restrictivas que afectan a derechos de otras índole (regulaciones de funcionarios, tributarias...) mientras que en este caso el derecho afectado de forma directa es la propia libertad como derecho fundamental.

situaciones jurídicas actuales aún no concluidas (penado en régimen ordinario). Respecto de estas últimas podría no jugar la prohibición de retroactividad a la luz de la doctrina del TC.

2. CUMPLIMIENTO <<EFECTIVO>> DE LAS PENAS

1. En materia de cumplimiento efectivo de las penas se producen tres cambios fundamentales que afectan directamente a la acumulación:

- La ampliación del criterio para acumulación del artículo 76 CP más allá de la conexidad al del "momento de su comisión" (de los hechos objeto de acumulación según los límites del 76.1).
- La modificación al alza de los topes máximos absolutos de cumplimiento excepcional para los delitos más graves (art. 76.1: 40 años).
- La modificación de los regímenes de cómputo a efectos de concesión del tercer grado, libertad condicional, permisos y beneficios penitenciarios para supuestos de discrepancia severa entre las penas impuestas en sentencia (penas nominales) y las que resultarían de aplicar las reglas de acumulación jurídica ex art. 76.1.

2. Probablemente la mención al "momento de comisión" junto a la conexidad como criterio añadido para la acumulación persigue dar carta de naturaleza a la práctica forense convalidada por el TS (Acuerdo del pleno no jurisdiccional de 27 de marzo de 1998 sobre acumulación de condenas y juzgado o tribunal competente) de entender de forma tan amplia la conexidad (art. 76.2 CP/17 y 988 LECr) que, en la práctica, **el último tribunal sentenciador, mediante auto, acumulaba de hecho la última condena que él había pronunciado (primer sumando) a la última condena firme (segundo sumando y, en su caso –por ejemplo, si la condena ventilaba a su vez varias responsabilidades por concurso de delitos-- siguientes) por hechos cometidos con anterioridad a la firmeza de dicha sentencia que otro tribunal pronunció pero a la que ahora se le quiere acumular la recién dictada**²⁸.

El nuevo criterio relativo a la comisión de los hechos sigue girando, al igual que el de la conexidad, sobre el presupuesto de que los hechos objeto de análisis han recibido de hecho condenas separadas en procesos separados pero "pudieran haberse enjuiciado en uno sólo". El problema resulta ser que el criterio que de facto se usa permite acumular en supuestos en que de ninguna manera hubiera podido haber un enjuiciamiento conjunto: así los hechos cometidos una vez pronunciado el auto de apertura del juicio oral o, todavía de forma más evidente, los cometidos después de la vista o incluso una vez pronunciada la sentencia pero antes de su firmeza, nunca podrían haber resultado enjuiciados de forma conjunta y, sin embargo, resultarían acumulados por ser anteriores a la firmeza de la última condena a la que se pretende la acumulación.

En otras palabras: la voluntad del legislador no se ha plasmado en un criterio que cubra literalmente la práctica de acumulación de condenas que en la actualidad opera a partir de un vaciamiento expansivo del criterio de conexidad como todo hecho anterior a la firmeza de la última condena firme a acumular.

²⁸ La acumulación procede en una situación en la que hay una discordancia entre la condena y los hechos de tal suerte que los hechos se condenan "más tarde" que otros hechos que se cometieron desde entonces y con anterioridad a su condena: "la acumulación es el remiendo de la tardanza en la condena".

3. La modificación del artículo 76 se refiere a una ampliación del límite objetivo de acumulación jurídica hasta 40 años para dos supuestos:

- Que el condenado lo haya sido por dos o más delitos:
 - Y al menos **DOS** de ellos estén castigados por Ley (pena abstracta) con una pena superior a 20 años de prisión;
- Que el condenado lo haya sido por dos o más delitos de TERRORISMO (571-579) :
 - Y al menos **UNO** de ellos esté castigado por Ley (pena abstracta) con una pena superior a 20 años de prisión.

Esta ampliación refleja el endurecimiento de la síntesis hacia uno de los lados de la polémica que en el contexto del CP 1995 dio lugar al surgimiento del artículo 78: discusión que se movía entre los dos polos de la cadena perpetua, por un lado, y el cumplimiento "efectivo" de la condena, por otro. Ampliar el tope de pena hasta 40 años combinado con el nuevo artículo 78 dará lugar en determinados casos a un cumplimiento si no "íntegro", sí "efectivo y casi íntegro" (delitos de terrorismo: 32 años en régimen ordinario y otros tres en régimen abierto; a los 35 libertad condicional).

4. CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LAS PENAS: EL NUEVO ART. 78.

4.1. Los cambios que se producen en este artículo son sustanciales y de gran alcance siendo los más destacables en una primera aproximación los siguientes:

- Ya no se trata de un precepto general, sino que alberga varios regímenes diferenciados entre los que algunos son específicos para unos delitos en particular: terrorismo-organización criminal (*ad hoc*) recuperando la idea inicial que inspiró su introducción en el Código penal de 1995.
- Hay una progresión de regímenes desde su aplicación facultativa, a preceptiva pero reversible y, por último, preceptiva y parcialmente irreversible
El anterior artículo 78 contemplaba un régimen único, facultativo y reversible por decisión del Juez de Vigilancia de aplicar el “régimen general de cumplimiento”
- Desaparece la mención a un criterio expreso que debería informar la aplicación del sistema especial de cómputo y que antes se cifraba en la “peligrosidad del penado”
 - Criterio desafortunado por ser el propio de las medidas de seguridad e inadecuado para ser la base de decisión de la aplicación de un cumplimiento efectivo en un momento en que la pena privativa de libertad todavía no ha empezado a ejecutarse y, por ello, no cabe pronosticar la evolución del interno a cuya luz cabría valorar la aplicación o no de beneficios o de la libertad condicional;
 - Algún autor (G. Albero) ya ha propuesto que sea el criterio de la "alarma y perturbación social" el que informe el arbitrio reglado no por considerarlo el más idóneo de *lege ferenda* sino el que originariamente latía en esta institución del cumplimiento efectivo desde su debate antes de introducirse en el CP. Criterio que debería traducirse en una notable diferencia entre condenas nominales y condenas efectivas resultado de la acumulación ex art. 76: la diferencia abultada –no ya menos de la mitad sin más—podría ser por tanto la base para decidir un cómputo más duro.

- El nuevo cumplimiento efectivo se proyecta ahora no sólo sobre los beneficios penitenciarios (adelantamiento del cómputo de la libertad condicional e indulto particular: art. 202 RP) o la libertad condicional, sino, también:
 - Los permisos de salida
 - La clasificación en tercer grado.

4.2. REVERSIBILIDAD.

4.2.1. Con el presupuesto de que la pena resultante de la acumulación jurídica sea menos de la mitad de la suma de las penas impuestas en sentencia los regímenes especiales de cómputo a decidir por el TRIBUNAL SENTENCIADOR son los siguientes:

1. Facultativo-general ("podrá acordar") y reversible: para los supuestos en que la acumulación no dio lugar a la aplicación de los topes absolutos máximos excepcionales de 25, 30 ó 40 años (art. 76 a, b, c, d): esto es, los delitos por los que se condena no tienen una pena por ley (PENA ABSTRACTA) de 20 años o superior: esto es,
 - i. Acumulación en que el triplo de la más grave impuesta (PENA CONCRETA) sin llegar a 20 años sea inferior a la mitad de la suma aritmética o
 - ii. Acumulación en que el triplo de la más grave es de 20 años o superior y éste es entonces el máximo a cumplir
2. Preceptivo-especial ("dicho acuerdo será preceptivo") y reversible: sólo para condenas en que las penas por ley al ser superiores a 20 años —o más de dos de 20 años— hayan obligado a que el tope máximo absoluto de cumplimiento sea no el de 20 años, sino 25, 30 ó 40 (art. 76.1.a, b, c, d): esto es,
 - i. Entre las condenas, al menos una corresponde a delitos castigados por ley (PENA ABSTRACTA) con penas de HASTA 20 AÑOS (76.1.a.): tope 25 años.
 - ii. Entre las condenas, al menos una corresponde a delitos castigados por ley (PENA ABSTRACTA) con penas SUPERIORES A 20 AÑOS (76.1.b.): tope 30 años.
 - iii. Entre las condenas, al menos dos corresponden a delitos castigados por ley (PENA ABSTRACTA) con penas SUPERIORES A 20 AÑOS (76.1.c.): tope 40 años.

4.2.2. En ambos regímenes debe entenderse que la decisión de aplicación del artículo 78 puede revertirse:

- Y ello en el régimen facultativo general porque, aunque la ley guarde silencio, parece evidente que si es facultativa la decisión inicial también lo sea su eventual cancelación máxime cuando esta es posible en los regímenes preceptivos. En tal caso debe entenderse que los requisitos y procedimiento para instar la reversión deberán ser como máximo los mismos que ahora se indicarán para el régimen preceptivo reversible.
- En el caso del régimen preceptivo de delitos muy graves (pero no de terrorismo o de organizaciones criminales) la ley prevé su reversión en los siguientes términos:
 - i. Es el Juez de Vigilancia el que deberá tomar la decisión

- ii. Con Audiencia previa tanto del Ministerio Fiscal, como de Instituciones Penitenciarias como, también, de las demás PARTES

O sea, audiencia, en su caso, a la acusación particular a la que antes le estaba vetada la participación en ejecución de igual manera que veíamos respecto del periodo de seguridad

- iii. CRITERIOS:

- Debe haber un pronóstico previo, individualizado y favorable de reinserción social. Esto es: la iniciativa de la reversión corresponderá, como veíamos respecto del periodo de seguridad, a la Junta de Tratamiento que de no emitir el pronóstico favorable bloquea la posible reversión. Por tanto: hay control jurisdiccional de la decisión de revertir al régimen general de cumplimiento pero sin que el Juez de Vigilancia pueda acometerlo de oficio.
- Y (criterio acumulativo) se valorarán las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento rehabilitador.

4.2.3. EFECTOS DE LOS CRITERIOS. El anterior artículo 78 en realidad resultaba letra muerta habida cuenta de que, exigiéndose los mismos criterios que en la actualidad, en realidad siempre se cumplían si es que se daban los requisitos propios para conceder la libertad condicional o los beneficios penitenciarios que eran las únicas instituciones cuyo cómputo se comprometía. Con otras palabras, si pasados, por ejemplo, los 3/4 del tope máximo de cumplimiento (por ejemplo, respecto de 30 años) había pronóstico favorable también resultaba reversible el régimen de cómputo especial y la concesión de la libertad condicional serían según el régimen general tras una reversión simultánea.

La nueva situación es distinta porque los mismos criterios sí que afectan de forma distinta a las otras dos instituciones que ahora se comprometen: el tercer grado y los permisos de salida. La ampliación a estas últimas, al margen de otras consideraciones, determinará a buen seguro un efecto real de aplicación efectiva de cómputos especiales a diferencia de su antecesor.

A. Desde el punto de vista del tercer grado, los criterios son literalmente los mismos que se contemplan para la reversión del periodo de seguridad en el artículo 36. Y tanto como allí, aquí también debería hacerse una interpretación del "pronóstico" favorable al reo orientándolo a un juicio –menos exigente– sobre la viabilidad de una vida en semi-libertad sin hacerlo equivaler, en definitiva, a un pronóstico del tipo de los exigibles para la concesión de la libertad condicional pues ello bloquearía a buen seguro la concesión del tercer grado en todo caso²⁹. Si se acoge la interpretación favorable, a la mitad de cumplimiento del tope máximo absoluto excepcional (triplo de la condena, 20,25,30 ó 40) debería analizar la Junta si procede progresar de grado

²⁹ Determinaría un retraso de la reversión prácticamente hasta el trámite de licenciamiento o al menos a los 3/4 de la pena tope ex art. 76.

("pronóstico") y, si así fuera, revertir al régimen general de cumplimiento para clasificar al penado en tercer grado.

B. Desde el punto de vista de los permisos de salida –que deben interpretarse únicamente como los ORDINARIOS, pues sólo ellos se someten en su concesión a un cómputo de tiempo de 1/4 de las penas—indefectiblemente se perderá la posibilidad de su obtención cuando, cumplido un cuarto de la pena máxima ex artículo 76, no representen a su vez 1/4 de las penas impuestas en sentencia. Habría que esperar, entonces a que se cumpla un cuarto de las condenas nominales o a que revierta al régimen general de cumplimiento y progrese al tercer grado después de la mitad de la pena tope ex artículo 76.

4.2.4. TERRORISMO-ORGANIZACIÓN CRIMINAL.

1. La reversibilidad del artículo 78 se torna casi irreversibilidad en los supuestos de delitos por terrorismo u organizaciones criminales en que habiendo dos o más condenas al menos UNA de ellas lo es por delito que por ley tiene prevista una pena superior a 20 años. En tales casos la posible reversión:

- y progresión al tercer grado no podrá plantearse hasta que quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento: 32 años sobre 40;
- y concesión de la libertad condicional hasta que quede por cumplir la octava parte del límite máximo de cumplimiento: 35 años sobre 40.

2. Algunos problemas interpretativos:

- La no limitación excepcional de los beneficios o permisos debe interpretarse pro reo y sin extensiones analógicas in malam partem prohibidas en derecho penal.
- Dichas limitaciones excepcionales de la reversión deben entenderse que sólo se proyectan sobre el número 2 del artículo 78 (relativo a los supuestos del art. 76.1. d) y no a condenas por terrorismo u organizaciones criminales a las que se hubiera aplicado el régimen facultativo general (triplo de la más grave o 20 años: aquí cabe reversión por la AN en régimen "ordinario").
- Las limitaciones entrañan materialmente una condena en régimen ordinario cuasi-íntegra respecto del máximo de cumplimiento en la que a partir de los 80 años de condenas impuestas se abre un espacio simbólico para el no cumplimiento efectivo.
- La limitación de la libertad condicional no afecta a septuagenarios ni a enfermos incurables pues según los artículos 92.1 CP/196 RP no se exige cómputo de plazos.
- El concepto de "organización criminal" requiere al menos las notas de una estructura (organizada) más o menos permanente (duración) con vocación de actuación concertada para delinquir.

- La posible inconstitucionalidad de un cumplimiento efectivo de 32, 35 años en régimen ordinario debería reconducirse a las líneas argumentales de la imposibilidad de la resocialización del penado o del carácter inhumano o degradante de la pena. Las perspectivas de éxito ante un eventual recurso ante el TC e incluso el TEDH son más bien reducidas según la doctrina de los mismos en estos temas.

3. LIBERTAD CONDICIONAL.

1. Las reformas introducidas por la LO 7/2003 (y también por la LO 15/2003: art. 92) son también de gran trascendencia hasta el punto de que algún autor las considera las más importantes producidas en esta institución en los "últimos tiempos" (Tamarit).

Dichas reformas se resumen de la siguiente manera:

- El requisito-presupuesto para la concesión de la libertad condicional referido a la buena conducta y "pronóstico individualizado y favorable de reinserción social" se define expresamente en el artículo 90 de tal forma que no se dará por concurrente si:
 - Régimen general:
 - No se han satisfecho las responsabilidades civiles en los términos señalados en el artículo 72.5 y 6 LOGP (esto es, de forma exacta a lo previsto para la concesión del tercer grado).
 - Se le asigna a dicho pronóstico la forma de ventilarse como "informe final previsto en el artículo 67 LOGP"
 - Régimen especial: delitos de terrorismo y organizaciones criminales
 - Además de los requisitos del régimen general
 - Necesidad de abandono y colaboración activa en términos idénticos a lo señalado para estos casos respecto de su clasificación-progresión a tercer grado.
- Se establece expresamente la posibilidad de imponer reglas de conducta del artículo 83 CP junto a la posibilidad que ya existía anteriormente de imponer medidas del artículo 96.3 CP (antes 105 CP)
- Hay una nueva posibilidad de adelantamiento de la libertad condicional (art. 91.2) de hasta 90 días por cada año de cumplimiento efectivo a partir de la extinción de la mitad de la condena y que se computan a partir del adelantamiento "ordinario" a los 2/3 del art. 91.1.:
 - Presupuesta su clasificación en tercer grado y el pronóstico favorable de reinserción (art. 90.1.a, c)
 - A propuesta de Instituciones penitenciarias
 - Previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes
 - Sobre la base del criterio de que se hayan llevado a cabo continuadamente las actividades laborales, culturales u ocupacionales requeridas en el art. 91.1 y además "la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso."

Representa esta nueva posibilidad una de las únicas reformas positivas por cuanto se desvía de la línea político-criminal masivamente presente y dirigida a un mayor endurecimiento en duración y condiciones de cumplimiento de la pena de prisión. Pero también debe destacarse positivamente su ligazón con la justicia reparadora en la medida en que uno de los criterios principales para su concesión es precisamente la participación en programas de reparación a las víctimas. Tal ligazón además se aleja de la "lógica coactiva" que subyace a otros supuestos de atención de los preceptos legales a la atención a las víctimas bloqueando, por

ejemplo, el acceso al tercer grado si no se satisfacen las responsabilidades civiles. En este caso se permite una mejora extraordinaria por adelantamiento de la libertad condicional como estímulo positivo –antes que negativo—de participar en dichos programas lo que parece más acorde y eficaz con la lógica de justicia reparadora subyacente.

- También en materia de terrorismo y organización criminal hay otras dos especialidades de carácter excepcional:
 - Imposibilidad de acceder al régimen especial de adelantamiento de la libertad condicional (art. 91)
 - Régimen especial de quebranto de la libertad condicional –esto sólo para terrorismo y no para organizaciones criminales—con posibilidad de control del Juez de Vigilancia mediante informe para verificar si subsisten los presupuestos de concesión de la libertad condicional y si delinque o incumple las reglas que se impusieron (art. 93.2) y con la penalidad adicional de que si se quebranta no sólo se revoca la libertad condicional sino que se pierde el tiempo cumplido en ese régimen (art. 93.3)

- Por último, esta vez, la LO 15/2003 (no la LO 7/2003) complementa y especifica el procedimiento de concesión extraordinaria de la libertad condicional en el caso de septuagenarios y de enfermos incurables (art. 92.2 y 3).

2. Puntos críticos de mayor trascendencia:

- La concreción del pronóstico favorable de reinserción como informe final de pronóstico (art. 90.1 c) del art. 67 LOGP (y 195 c RP) determina una vez más que el control jurisdiccional por el Juez de Vigilancia de la concesión de la libertad condicional se condicione a informes previos de la Administración (Junta de Tratamiento) lo que reduce el poder discrecional del juez frente al que parece latir cierta desconfianza desde el punto de vista del legislador. Con todo la necesidad de tener que valorar en conjunto el pronóstico y la "buena conducta"³⁰ sigue dando un cierto margen al Juez de Vigilancia a pesar de que según la dicción de la ley parece que está obligado a conceder la libertad condicional si se dan los presupuestos³¹.
- Sigue siendo discutible que se mantenga la libertad condicional en el CP y no en la LOGP donde parece encontrar su sede sistemática natural.
- La referencia a las reglas de conducta del art. 83 CP es positiva³² pues permite configurar una libertad condicional en que se dificulta la aparición de oportunidades para delinquir orientando al sujeto a conductas y actitudes prosociales.

³⁰ Expresión desafortunada que no se ha aprovechado para suprimirla a pesar de su connotación moralizante que debe de *lege lata* corregirse mediante una interpretación que la haga equivaler a la ausencia o insignificancia de infracciones disciplinarias.

³¹ "Se establece la libertad condicional (...) para aquellos en quienes concurran las circunstancias siguientes". En cambio el régimen excepcional de adelanto de la concesión –art. 91—es claramente facultativo ("podrá").

³² Aunque es criticable la escasa imaginación: por ejemplo, la ausencia de alguna especie de libertad vigilada como regla de conducta.

- Mantener la referencia al listado de medidas de seguridad³³ no privativas de libertad (ahora 96.3 CP) es criticable al menos respecto de algunas de las "medidas" que permitiría imponer: en particular:
 - Algunas de ellas tienen un carácter de pena añadida de difícil reconducción a la lógica de reinserción y preparación para la libertad de esta institución: por ejemplo, privación de licencias, inhabilitación para profesión...
 - Y especialmente respecto de la posibilidad de la expulsión del residente no legalizado como eventual "regla de conducta"³⁴.
- El régimen general de revocación de la libertad condicional por delinquir o incumplir las reglas impuestas sigue siendo excesivamente duro e inflexible pues, al margen de qué delito se cometa –sin distinción de delitos—o equiparando el delito con la infracción de cualquier regla de conducta, siempre se responde con la revocación sin alternativas intermedias menos duras que podrían dar una respuesta más proporcional y adecuada a las distintas gravedades.
- Al régimen especial de terrorismo referido a la necesidad de abandono y colaboración ya nos hemos referido con anterioridad al analizar la regulación de acceso al tercer grado a donde nos remitimos.
- Por último debe recordarse la eventual inconstitucionalidad de una aplicación retroactiva de la nueva regulación de la libertad condicional (art. 90 y 93) a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 7/2003 (2 julio 2003) en contra de la declaración expresa de la Disposición transitoria única de dicha ley.

REFLEXIONES FINALES

1. La contemplación de los nuevos requisitos para el acceso al tercer grado y la libertad condicional en su proyección general sobre la delincuencia grave que apareja pena privativa de libertad suponen una "contrarreforma" no declarada del modelo de ejecución penitenciaria en cuanto que su plasmación legislativa introduce criterios difíciles de ser reconducidos al significado del tercer grado o de la libertad condicional como instrumentos de tratamiento al servicio del principio de resocialización como el fin principal en la fase de ejecución de la pena. La "contrarreforma" se acentúa en materia antiterrorista por cuanto las especialidades legales acentúan el sentido preventista y retribucionista de la pena hasta el extremo.

2. La LO 7/2003 en una lectura conjunta con las reformas penitenciario-procesales (Juzgado Central de Vigilancia, carácter suspensivo de los recursos sobre resoluciones que puedan aparejar excarcelación...) y sustantivas (ampliación de los tipos penales al límite de conductas apoloéticas) se aproxima a la filosofía del derecho penal de autor a la vez que se aleja de una cultura jurídica preocupada por determinar las prohibiciones penales y sus consecuencias sobre hechos –no perfiles ideológicos- con todas las

³³ Aunque desde luego no se trata de la imposición en el marco de la libertad condicional de medidas de seguridad estricto sensu sino de la descripción de reglas de conducta mediante remisiones intrasistemáticas por economía legislativa. Por ello su límite de duración es el que integra el resto de cumplimiento de la libertad condicional y su régimen de quebranto es el previsto en el artículo 93 CP y no los propios de las reglas de conducta del art. 83 CP o de las medidas de seguridad.

³⁴ Debería interpretarse que tal expulsión sólo procedería en casos de pena privativa de libertad inferior a 6 años en que no se había procedido –excepcionalmente— a su sustitución conforme al artículo 89 CP. Sólo así se evitaría que la expulsión funcionara como sustitutivo no ya de la pena sino de la libertad condicional, de suerte que sólo procede allí donde no cabe la libertad condicional.

garantías que merecen cualquier ciudadano por su dignidad personal y por ser éstas (las garantías) el fundamento último de la superioridad moral del Estado de Derecho.

3. También presiden las reformas en materia penitenciaria (en la misma línea que las de índole sustantivo: especialmente las descripciones típicas detallistas y omnicomprendivas y un diseño de reglas de determinación de la pena con reducción drástica de los ámbitos de discrecionalidad) una desconfianza en la discrecionalidad judicial, e incluso en la cultura jurídica, que aboca a modelos legislativos que persiguen evitar que las soluciones abstractas de la ley puedan mudarse por interpretaciones indeseables.

Ello explica la tendencia a condicionar el control jurisdiccional a actos de órganos administrativos que parecen perseguir una readscripción de las esferas de poder a favor del ejecutivo y en contra del judicial.

También explica, igualmente, la vocación omnicomprendiva de la ley hacia una proliferación de criterios acumulativos tanto descriptivos como normativos en convivencia con múltiples regímenes generales y especiales ad hoc.

Tal detallismo legislativo pugna, sin embargo, con la lógica jurídica de múltiples instituciones jurídicas a diversos niveles de abstracción hasta llegar al propio modelo penitenciario y, más allá, al propio modelo de Derecho penal. Pero también pugna con la jurisprudencia más consolidada de los altos tribunales, especialmente el TC, que, esperamos, con el paso del tiempo vayan ejerciendo la labor de depuración de aquellos aspectos definitivamente incompatibles con un Estado de Libertades.