

La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal

Por Carmen Juanatey Dorado
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alicante

Las diferentes reformas realizadas en el año 2003 a la legislación penitenciaria y al CP de 1995, adolecen de una absoluta ausencia sistemática y difícilmente son compatibles con un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho, y con una política criminal y legislativa seria, por cuanto utilizan en algunos casos medios heterodoxos para alcanzar sus fines, generando en los ciudadanos respetuosos de la legalidad, la pérdida de confianza en un sistema penal que permite la práctica impunidad para algunos infractores.

SUMARIO:

- **I. Introducción.**
- **II. Problemas generales.**
 - **1. Acerca del «cumplimiento íntegro y efectivo de las penas».**
 - **2. El principio de seguridad jurídica.**
- **III. Algunas cuestiones concretas.**
 - **1. El llamado «período de seguridad».**
 - **2. Nuevos requisitos para la clasificación en tercer grado.**
 - **3. Ampliación del tiempo máximo de cumplimiento continuado en prisión a 40 años.**
 - **4. La libertad condicional.**
 - **5. Aplicación retroactiva de las normas de ejecución de las penas privativas de libertad.**

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del año 2003 el Gobierno del partido popular llevó a cabo varias reformas de la legislación penitenciaria y del CP de 1995 (1) (este último ya había sido sometido a numerosas modificaciones previas). Tales reformas parecerían responder a la necesidad de adaptar el Derecho penal vigente a una supuesta «situación de excepción» que justificaría utilizar medios, en algunos casos, absolutamente heterodoxos para alcanzar fines difícilmente compatibles con lo que debe ser un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho. Un ejemplo de ello lo constituye el hecho de haber introducido nuevos tipos penales directamente en el Senado, en una ley inicialmente dirigida a modificar determinados aspectos de la Ley de Arbitraje, eludiendo así el procedimiento parlamentario ordinario; y todo eso con la finalidad de castigar la convocatoria ilegal de elecciones o consultas populares por vía de referéndum, así como la financiación ilícita de asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial y otras conductas que podrían considerarse afines (2).

Además, estas modificaciones no parecen responder a una política criminal y legislativa seria, meditada, coherente y basada en los principios que deben inspirar un Derecho penal civilizado; ello habría implicado --lo que no se ha hecho-- un previo estudio en profundidad que permitiese establecer cuáles son aquellos aspectos que deben ser objeto de reforma y en qué sentido deben serlo (3). Por el contrario, estas leyes de reforma adolecen de una ausencia absoluta de sistemática que no puede responder más que a la pura irreflexión y a la precipitación; de hecho, la modificación del Código Penal no se ha llevado a cabo en una única y

coherente ley de reforma, como hubiera sido lo razonable, sino en diversas leyes aprobadas una detrás de otra en un término de seis meses y que establecen diferentes plazos de *vacatio legis*, sin que quepa encontrar una explicación coherente para ello (cuatro de ellas entraron en vigor al día siguiente de su publicación --situación bastante extraordinaria cuando se trata de leyes penales--, mientras que la más importante --desde el punto de vista del gran número de arts. que modifica-- establece para las reformas del Código Penal un plazo de *vacatio legis* de diez meses, plazo superior al que se previó en su día para la entrada en vigor del propio Código penal).

«El mal hacer del legislador» tiene algunos aspectos técnicos y otros que se refieren al contenido. Como ejemplos de lo primero cabría citar los siguientes. En primer lugar, el art. 36 CP, en el que se regula la pena de prisión, se reformó en junio de 2003 (para introducir varios cambios que afectan a la ejecución de la pena) y de nuevo en noviembre del mismo año, para introducir una modificación en la extensión de dicha pena (cuya duración mínima se reduce de seis a tres meses) (4); esto no puede tener más explicación que la pura improvisación, dado que, al margen de que lo razonable hubiese sido que la reforma de junio hubiese ya previsto el cambio que se introduce en noviembre, la realidad es que otra ley de reforma que entró en vigor en septiembre prevé para algunos delitos la pena de prisión de un mínimo de tres meses, cuando esta pena, como ya he comentado, es introducida con posterioridad a la misma, por la ley 15/2003, de 25 de noviembre, y con el agravante de que esta última no entrará en vigor hasta octubre de 2004 (5). En segundo lugar, la Ley 7/2003 lleva a cabo una amplia modificación en la regulación de la libertad condicional, modificando los arts. 90, 91 y 93 CP; sin embargo, deja inalterado el art. 92 CP, estrechamente vinculado con los anteriores, que sí es reformado por la Ley 15/2003, la cual no entrará en vigor hasta octubre de 2004. En tercer lugar, el delito de malos tratos tipificado en el art. 153 CP (que incluye conductas que antes de la reforma eran constitutivas de una simple falta) castiga, entre otros comportamientos, «el amenazar levemente con armas y otros instrumentos peligrosos» (6), lo que significa que para apreciar la existencia de delito no sería suficiente con amenazar con armas --lo que parecería lo razonable--, sino que sería necesario, además, utilizar otros instrumentos peligrosos; no obstante, el mismo tipo penal, en el párrafo siguiente, establece una agravación de la pena si el delito se perpetra utilizando armas (de manera que, para agravar la conducta, sí que sería suficiente el simple uso de armas). En cuarto y último lugar, el delito regulado en el art. 147.2 se reformó por la Ley 11/2003 (que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE*), y vuelve de nuevo a modificarse, exactamente en el mismo sentido, por la Ley 15/2003, que entrará en vigor el próximo octubre (7). Estos serían sólo algunos ejemplos del caos que ha regido toda esta serie de reformas cuya única explicación es la actitud del Gobierno del Partido Popular que antepuso el interés partidista y la propaganda al interés general, con la finalidad de aprobar lo que este mismo partido presentó como el «Código Penal de la seguridad».

Desde el punto de vista del fondo, la reforma adopta medidas regidas por el principio de oportunidad que resultan sumamente discutibles si las sometemos a los límites que vienen impuestos por los principios constitucionales del Derecho penal. Así, por ejemplo, en el caso de extranjeros no residentes legalmente en España que cometan un hecho constitutivo de delito, la reforma penal prevé la sustitución del cumplimiento de cualquier medida de seguridad --cualquiera que pueda ser su clase y duración-- o de las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión del territorio; asimismo, se prevé la sustitución del cumplimiento del resto de la pena de prisión superior igual o superior a seis años por expulsión del territorio español, cuando se trate de extranjeros no residentes legalmente en España que hayan cumplido las tres cuartas partes de su condena o hayan sido clasificados en tercer grado (8).

Esta renuncia al cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad o de cualquier medida de seguridad, plantea serias dudas acerca de su compatibilidad

con, al menos, los principios de igualdad y de proporcionalidad, y con los fines de prevención especial y general de la pena (9). Así, por una parte, ante unos mismos delitos, los españoles ingresarán en prisión para cumplir las condenas a penas privativas de libertad de hasta seis años --entendiendo que tales penas son las proporcionadas a los hechos cometidos--, mientras que los extranjeros no residentes legalmente en España únicamente sufrirán la medida de expulsión que supondrá el viaje de regreso a su país a costa del Estado español. Por otra parte, esta sustitución casi automática de la pena socava los fines de prevención general y especial en la medida en que puede generar en el ciudadano respetuoso de la legalidad la pérdida de confianza en un sistema penal que permite la práctica impunidad --para algunos infractores-- de delitos considerados socialmente como graves y, al mismo tiempo, podría incentivar a ciudadanos de otros países a la comisión de determinados delitos. En todo caso, estas medidas son totalmente contrarias al «respeto escrupuloso al principio de cumplimiento de las penas» que tanto preocupa al legislador, como se pone claramente de manifiesto en la Exposición de motivos de la Ley 7/2003, de 30 de junio.

Pues bien, en este contexto desorganizado de reformas se inserta la «Ley 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», que es de la que pretendo ocuparme en este trabajo. En concreto, mi intención es, en primer lugar, comentar dos cuestiones de carácter general que me permitirán poner de manifiesto lo que este texto legislativo representa desde el punto de vista de un Derecho penal garantista --adelanto ya que me parece un clarísimo retroceso en relación con lo que tendría que ser un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho-- (10). Y, en segundo lugar, analizar algunos problemas concretos que se derivan de esta nueva regulación.

II. PROBLEMAS GENERALES

1. Acerca del «cumplimiento íntegro y efectivo de las penas»

La primera cuestión de carácter general a la que quiero hacer referencia y sobre la que me parece muy importante incidir es la relativa a la misma rúbrica de la Ley. Esta Ley se denomina «Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas». En mi opinión, se trata de una rúbrica engañosa y que lleva al error de manera nada inocente. Es obvio que con tal denominación el mensaje que se pretende enviar a la población es el siguiente: «las penas no se cumplen ni íntegra ni efectivamente y nosotros vamos a hacer que sí se cumplan» (implica, en alguna medida, dar por cierta esa falsa afirmación, tan manida en algunos círculos y que tanto daño hace a nuestras instituciones penales, de que los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra).

Pues bien, ni es cierto que, en términos generales, las penas no se cumplen íntegra y efectivamente, ni es verdad que esta ley introduce medidas para su cumplimiento íntegro y efectivo. En realidad, lo que la ley persigue y hace, fundamentalmente, es establecer medidas que afectan a la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad, al establecer importantes limitaciones al sistema de ejecución de las mismas basado en la idea de la reeducación y reinserción social; esto es, en la idea de que el cumplimiento de las penas privativas de libertad ha de estar orientado a conseguir que los condenados puedan llevar una vida sin delitos. Explicaré en qué me baso para hacer estas afirmaciones.

El art. 25.2 de la CE establece que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social. En desarrollo de este precepto, la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP) establece, en su art. 1, que es fin primordial de las instituciones penitenciarias la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad. Así, con la finalidad de dar cumplimiento a este objetivo, la LOGP, en su art. 72, establece 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, conforme determina el Código penal». De acuerdo con este sistema, las condiciones de cumplimiento de la pena van a depender de

cuál sea el grado de clasificación del interno. De modo que todos los penados son objeto de clasificación y en función de la misma se les destina al establecimiento penitenciario cuyo régimen sea el más adecuado. Los posibles grados de clasificación son cuatro: primer grado, segundo grado, tercer grado y libertad condicional.

La clasificación de un interno en primer grado tiene carácter excepcional, está prevista exclusivamente para internos que presenten una peligrosidad extrema o una manifiesta inadaptación a los regímenes ordinario o abierto. Su ámbito tan restringido se debe a que conlleva la aplicación de un régimen de vida muy restrictivo; la pena se cumple, básicamente, bajo aislamiento en celda y con fuertes medidas de control y vigilancia.

La clasificación de un interno en segundo grado es la más frecuente. Implica la aplicación del llamado régimen ordinario que permite vida en común con los demás internos durante el día, con posibilidad de trabajo en talleres si los hay, asistencia a la escuela, participación en actividades organizadas por el centro, etc., y con normales medidas de control y vigilancia.

La clasificación en tercer grado comporta la posibilidad de aplicar el llamado régimen abierto que permite el cumplimiento de la pena en semilibertad; esto es, el interno puede salir de la prisión para trabajar, para estudiar o para realizar cualquier otra actividad y reingresar al establecimiento para pernoctar (11). Las medidas de control en este caso son mínimas.

Finalmente, la clasificación en libertad condicional, en su régimen general, permite el cumplimiento de la última parte de la condena en régimen de libertad, sometido a las reglas de conducta o condiciones que el Juez de vigilancia pueda establecer.

La clasificación de los internos en un grado u otro se basa en los estudios realizados por los equipos de especialistas que trabajan en los centros penitenciarios (compuestos, entre otros, por juristas, psicólogos, educadores y trabajadores sociales). Estos equipos formulan sus propuestas de clasificación sobre la base de un estudio completo de la personalidad; del historial social, familiar y delictivo del interno; de la duración de las penas y medidas penales en su caso; del medio al que probablemente retornará; y de los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para alcanzar su reinserción social (arts. 63 LOGP y 102 RP). Una vez clasificado un interno, cada seis meses como máximo deberá ser revisada dicha clasificación. De manera que, dependiendo de cuál sea su evolución, se mantendrá la misma clasificación, se le progresará o se le regresará de grado. En todo caso, la Ley general penitenciaria establece que en ningún caso se mantendrá a un recluso en un grado inferior cuando por su evolución favorable merezca ser progresado (art. 72.4 LOGP).

En definitiva, la finalidad de este sistema es la resocialización del recluso. Por ello, se trata de un sistema flexible que persigue que el cumplimiento de la pena pueda adaptarse a las circunstancias de cada interno. Así, en principio, la finalidad es evitar, en la medida de lo posible, el internamiento continuado, debido a su efecto desocializador, y permitir que las condiciones en la ejecución vayan progresivamente asimilándose a la vida en libertad. Ahora bien, este mismo sistema flexible también faculta para que las condiciones de la ejecución puedan ser sumamente restrictivas en atención a la peligrosidad del interno o a su evolución desfavorable.

Pues bien, volviendo a lo que comentaba al comienzo, y en contra de lo que pretende dar a entender la ley 7/2003, las penas privativas de libertad, en general, se cumplen íntegra y efectivamente; lo que ocurre es que las condiciones en la ejecución de la pena pueden variar mucho en función de la evolución del interno (obviamente, no es lo mismo cumplir la pena en régimen de aislamiento que hacerlo en régimen de semilibertad). En realidad, la única medida contenida en la legislación penitenciaria vigente que permite reducir o acortar el *quantum* de la pena a cumplir --al margen de la redención de penas por el trabajo que es legislación derogada, pero se aplica a aquellos pocos internos a quienes beneficia la legislación anterior-- es el beneficio penitenciario denominado «indulto particular» y

que, como su propio nombre indica, es un indulto, y su aprobación, en definitiva, corresponde al Gobierno. Además, la regulación de este beneficio penitenciario establece condiciones muy estrictas para que pueda ser propuesto. De hecho, han de concurrir en el interno una serie de circunstancias calificables de extraordinarias (buena conducta, trabajo, participación en actividades de reinserción social) y, si se dan esas circunstancias, los equipos técnicos del centro penitenciario pueden proponer el indulto al Juez de vigilancia quien lo tramitará y, finalmente, corresponderá al Gobierno tomar la decisión. Sin embargo, la nueva Ley 7/2003 sólo afecta a este beneficio penitenciario de manera indirecta, pero ni lo suprime ni modifica en nada su actual regulación (12).

Algo que puede ilustrar de manera muy clara estos aspectos de la Ley a los que he hecho referencia es el siguiente fragmento de su exposición de motivos en el que se dice textualmente: *«En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de libertad condicional pueden hacer que la pena prevista por el Código Penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida»*. Pues bien, esta afirmación no se corresponde en absoluto con la realidad: ninguno de estos mecanismos acortan la condena; ni la progresión de grado, ni los permisos de salida, ni el régimen abierto, ni la libertad condicional, reducen el *quantum* de la pena a cumplir, tan sólo permiten que la ejecución de la pena sea más o menos estricta en función de la evolución del recluso en su reinserción social. Por eso, contra lo que realmente va dirigida la ley es contra el principio de reinserción social, y esa es la razón por la que en algunos de sus aspectos, podría ser, a mi juicio, inconstitucional (13).

2. El principio de seguridad jurídica

La segunda cuestión de carácter general que me parece de gran interés destacar es la interpretación que se hace del principio de seguridad jurídica en la exposición de motivos de la ley; se trata, en mi opinión, de una auténtica perversión de lo que este principio debe significar, por lo siguiente.

Nuestra Constitución garantiza, en sus arts. 25 y 9.3, los principios de legalidad y de seguridad jurídica de los ciudadanos. En el ámbito penal, esto significa que los ciudadanos tenemos derecho a conocer qué conductas son delito o falta y qué pena llevan aparejada; y, también, como se dice en la exposición de motivos de esta ley de reforma, que *«tenemos derecho a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas y a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta»*. De esto último se ocupa, especialmente, la legislación penitenciaria.

Ahora bien, este principio de seguridad jurídica, interpretado conjuntamente con el principio de reinserción, significa fundamentalmente dos cosas. Por un lado, el derecho del condenado a que, en ningún caso, la pena a cumplir resulte superior a la expresamente prevista en el Código Penal ni a la fijada en la sentencia; y, por otro lado, el derecho a que, en función de la evolución favorable en su reinserción, las condiciones de cumplimiento puedan variar y adaptarse a esa evolución positiva e, incluso, a que la pena a cumplir pueda verse reducida en alguna medida a través del indulto particular.

Sin embargo, la exposición de motivos de la ley dice textualmente: *«La realidad diaria y la experiencia ponen de manifiesto cómo en el cumplimiento de las penas existen amplios ámbitos de discrecionalidad, ámbitos variables en los que resulta oportuno, según la mejor doctrina, establecer reglas para hacer un pronóstico más certero de la pena a cumplir»* (habría que conocer quiénes son los representantes de esa mejor doctrina a la que aquí se alude). Y continúa la exposición de motivos: *«Esta Ley orgánica se dirige a perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, siempre desde el escrupuloso respeto a los principios contenidos en el art. 25 de la Constitución»* (14).

Pues bien, por un lado, esos amplios ámbitos de discrecionalidad de los que la ley ofrece una visión claramente negativa, son precisamente los mecanismos que permiten variar las condiciones de ejecución de la pena, en función del pronóstico de reinserción, de acuerdo, precisamente, con lo dispuesto en el art. 25 CE; es decir, estos mecanismos son los que posibilitan tanto que el interno pueda cumplir en régimen abierto o en libertad condicional --siempre que se den los requisitos objetivos previstos legalmente-- como que el interno cumpla toda o parte de la condena en régimen de aislamiento y sin beneficio penitenciario alguno. En consecuencia, a esta ley lo que no le gusta es la idea de la reinserción, la idea de un sistema de cumplimiento de las penas flexible y humano (15).

Por otro lado, con esa necesidad de establecer reglas para hacer un pronóstico más certero de la pena a cumplir no se está protegiendo al ciudadano frente al «*ius puniendi*» del Estado (ésta es la función que, como es sabido, cumple el principio de seguridad jurídica), sino que se está dando oxígeno a determinados sentimientos de venganza de la población (por lo demás fácilmente manipulables) o, mejor dicho, de algún sector de la población. La gente quiere seguridad, pero la mejor manera de obtenerla no es, como algunos erróneamente creen, metiendo a todo infractor en la cárcel y cuanto más tiempo mejor. Es cierto que determinados sucesos criminales generan una gran alarma social y fomentan esos sentimientos de venganza que, en ocasiones, ejercen una fuerte presión social; sin embargo, es obvio que los operadores jurídicos --entre ellos, el legislador-- tienen la obligación de sustraerse a dicha presión: la reacción institucional frente a los delitos graves, incluidos los más atroces actos de terrorismo, no puede guiarse simplemente por el estado de opinión de la población, sino que debe ser una reacción contundente, pero proporcionada al daño causado y siempre dentro de los límites del Estado de Derecho (16).

La seguridad jurídica no puede entenderse --como parece que se hace en la exposición de motivos de la ley-- como la seguridad de que todos los delincuentes estén en la cárcel; sino como la seguridad de que todos --incluidos los delincuentes-- tengamos asegurados nuestros derechos. Como a veces se ha dicho, el garantismo penal, un Derecho penal civilizado, no es un Derecho dirigido a lograr que ningún culpable sea declarado inocente, sino más bien que ningún inocente pueda ser declarado culpable. Pues bien, si pasamos del Derecho penal al Derecho penitenciario, el principio correspondiente sería que no se trata de que todos los condenados cumplan íntegramente su pena en la cárcel, sino más bien de que disminuya en la medida de lo posible el tiempo de cumplimiento en la cárcel y se consiga así que esa persona no vuelva a delinquir.

III. ALGUNAS CUESTIONES CONCRETAS

Hechas estas consideraciones de carácter general, paso a comentar algunas de las medidas concretas que adopta la Ley. En términos generales, los cambios que se introducen podrían sintetizarse así: limitaciones importantes a la posibilidad de clasificación en tercer grado y en libertad condicional, muy especialmente cuando se trata de internos condenados por delitos de terrorismo (arts. 571 a 580 CP) o por delitos cometidos en el seno de «organizaciones criminales» (17); ampliación del tiempo máximo de cumplimiento continuado en prisión a 40 años; y limitaciones a la posibilidad de concesión de permisos de salida y de beneficios penitenciarios. A continuación, pues, analizaré algunas de estas modificaciones que, en mi opinión, plantean serios problemas de constitucionalidad por posible vulneración, principalmente, de los principios de igualdad y de reinserción social.

1. El llamado «período de seguridad»

Como antes señalaba, en atención a este sistema flexible en la ejecución de las penas privativas de libertad, basado en la reinserción social, la ley penitenciaria establece la posibilidad de que cualquier penado pueda ser clasificado inicialmente en tercer grado, sin tener que pasar por los grados anteriores, siempre y cuando haya transcurrido un tiempo mínimo que permita conocer debidamente las

circunstancias del penado. Esta medida tiene como finalidad evitar el internamiento continuado y permitir el cumplimiento en semilibertad en aquellos casos en que el estudio de la personalidad y del historial completo del penado así lo aconsejen (18). Pues bien, la nueva ley ha introducido aquí una fuerte restricción. Así, ahora, cuando se trate de penados condenados a una pena de prisión superior a cinco años no se les podrá clasificar inicialmente en tercer grado (19), con aplicación de un régimen de semilibertad (aunque el internamiento conlleve claramente más efectos negativos que positivos o se considere absolutamente contraproducente), sino que habrá que esperar a que el penado haya cumplido la mitad de su condena (20).

Ahora bien, como esta medida, sin posibilidad de reconsideración en atención a la evolución del interno, podría vulnerar el principio de reinserción (por las razones que he comentado anteriormente), la ley 7/2003 prevé, a su vez, la posibilidad de que 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», pueda acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones penitenciarias y las demás partes (21), la aplicación del régimen general de cumplimiento; esto es, que no haya que esperar al cumplimiento de la mitad de la condena para que pueda ser clasificado en tercer grado.

Sin embargo, de esta posibilidad de vuelta al régimen general se excluye a los penados por delitos de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (22). Es decir, a diferencia del resto de los internos, aunque en atención a las razones de reinserción social, el condenado por un delito de terrorismo o el que haya cometido el delito en el seno de una organización criminal debieran ser clasificados en tercer grado, esto no será posible en tanto no hayan cumplido la mitad de su condena. Esto supone una clara contradicción con lo dispuesto en el art. 72.4 de la LOGP, que, como indiqué más arriba, prohíbe que se mantenga a un interno en un grado inferior cuando por su evolución favorable deba ser progresado de grado (23). En mi opinión, se trata de un trato desigual discriminatorio, dado que ante una misma evolución favorable en su reinserción a unos internos se les podrá clasificar en tercer grado y a otros no.

En este punto es importante tener en cuenta que la clasificación en un grado u otro se basa en razones de reinserción (y uno de los datos fundamentales que han de ser valorados para determinar la existencia o no de un pronóstico favorable de reinserción es el tipo de delito o delitos cometidos, que denotan el grado de peligrosidad del interno (24); esto significa que, en la práctica, es extremadamente difícil que se aprecie en un interno condenado por un delito de terrorismo o por un delito cometido en el seno de una organización criminal una evolución tan favorable que aconseje su clasificación inicial en tercer grado. En realidad, creo que cabría afirmar que desde la vigencia de la Ley penitenciaria no se ha producido ninguna clasificación inicial en tercer grado de internos condenados por alguno de esos delitos; es más, en términos generales, la aplicación práctica de esta posibilidad de clasificación inicial en tercer grado tiene un carácter bastante excepcional. Sin embargo, no se puede descartar la existencia de supuestos incluso de condenados por delitos de terrorismo en los que podría ser recomendable su aplicación -- pensemos en un muchacho de 18 años hijo de un miembro de ETA que ha ocultado a su padre para que no fuese detenido--.

En definitiva, desde el punto de vista jurídico, me parece que estaríamos ante un trato discriminatorio, que se podría calificar de gratuito por innecesario. Y, desde el punto de vista político, ante un precepto equivocado porque, por un lado, refleja una gran desconfianza en los órganos penitenciarios a quienes corresponde proponer y aprobar la clasificación de los internos, y en los órganos jurisdiccionales (fiscales y jueces de vigilancia penitenciaria; jueces centrales de instrucción; Audiencias Provinciales y Audiencia Nacional) quienes ejercen el control sobre la actuación de los primeros; y, por otro lado, incrementa el victimismo de los grupos terroristas, dándoles argumentos para su supervivencia.

Esta restricción impide, a su vez, que a un penado terrorista o que haya cometido el delito en el seno de organizaciones criminales se le pueda clasificar en libertad condicional, en cualquier momento del cumplimiento de la condena, en aquellos casos en que el penado haya cumplido 70 años o sufra una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, dado que uno de los requisitos ineludibles es que el interno se encuentre clasificado en tercer grado. Esta prohibición resulta contraria, por un lado, al criterio de nuestro Tribunal Constitucional, el cual ha manifestado que «la puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, pueda suponer su permanencia en el recinto carcelario», siempre y cuando dicha situación suponga la ausencia de peligrosidad del interno como consecuencia de la disminución de sus facultades (STC 48/96) (25); y, por otro lado, a la opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha calificado de trato inhumano y degradante la permanencia en prisión de un interno, víctima de una enfermedad muy grave y sometido a un tratamiento anticanceroso, por considerar inadecuada la reclusión para hacer frente a la enfermedad y provocarle sufrimientos que sobrepasan los inevitables del encarcelamiento y la enfermedad (26). En consecuencia, esta restricción, además de un trato discriminatorio, podría suponer también un trato inhumano y degradante.

2. Nuevos requisitos para la clasificación en tercer grado

Junto a la introducción de nuevos requisitos para la clasificación en tercer grado, de general aplicación a todo condenado (27), la ley 7/2003 incluye otras exigencias destinadas exclusivamente a los condenados por delitos de terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (no obstante, la redacción de los mismos delata que el legislador, en realidad, estaba pensando exclusivamente en los delitos de terrorismo) (28). Tales restricciones incrementan, en mi opinión, las posibilidades de inconstitucionalidad de la ley por las siguientes razones. Por un lado, porque, salvando las peculiaridades de los posibles delitos cometidos, no parece haber razón alguna que justifique que algunas de estas exigencias (por ejemplo, la declaración de repudio de sus actividades delictivas o la petición expresa de perdón a las víctimas) se establezcan para determinado tipo de internos y no para todos. Por otro lado, porque no se puede condicionar la clasificación en tercer grado a una colaboración activa que incluye la delación; piénsese en que esa exigencia puede ser imposible de cumplir (si el condenado carece de información), o incluso podría suponer la puesta en peligro de su vida.

En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial ha indicado que esta colaboración activa debe ser entendida «en el sentido de signo inequívoco de resocialización, y por tanto debe referirse a la posibilidad de una colaboración exigible al penado, y no como condición necesaria para el acceso a la libertad condicional entendida en términos de eficacia policial». De acuerdo con el criterio del Consejo, «la prógnosis de reinserción social no puede ser favorable cuando el penado, pudiendo hacerlo no colabora activamente en paralelo con el interés social en la persecución de delitos especialmente reprochables, de gran contenido de injusto y repulsa común... la mera desvinculación de la banda u organización no es suficiente, pues la ausencia de colaboración, con la consiguiente reserva de información eficaz, es un signo claro de que el penado aún no ha tomado conciencia de la necesidad de contribuir a la finalización de tan graves ilícitos por otros integrantes de la organización», pero «la colaboración con resultado positivo no puede convertirse en un requisito *sine quae non* para el disfrute de la libertad condicional». Así entendida, a juicio del Consejo, no supondría instrumentalización del penado sino una mera condición objetivable para formular el juicio pronóstico favorable en el caso de autores de delitos de terrorismo y se referiría por tanto a la prevención especial (29).

Pues bien, aunque la interpretación que hace el Consejo resulta sin duda positiva; sin embargo, debe tenerse en cuenta, por un lado, que la Ley 7/2003 no parece

haber seguido en este extremo la recomendación hecha por dicho órgano (30) y, por otro lado, que dicha interpretación no resuelve el problema de la desigualdad de trato que esa previsión legal supone.

Es sin duda un acierto que la nueva ley requiera expresamente que se haya satisfecho la responsabilidad civil para que el condenado pueda ser clasificado en tercer grado o en libertad condicional. Pero se trata de un factor que con la regulación anterior no sólo podía, sino que debía ser tenido en cuenta como un elemento decisivo a la hora de hacer un pronóstico favorable de reinserción social. Con todo, es cierto que se han dado supuestos en los que condenados por delitos socioeconómicos o contra la Administración Pública, que supusieron el embolso de grandes sumas de dinero para sus autores, han sido clasificados en tercer grado sin haber devuelto las cantidades que ilícitamente percibieron. Con la nueva previsión legal, dado el carácter flexible que se otorga a la valoración de este requisito, esas decisiones podrían evitarse puesto que la redacción legal permitiría entender que este requisito no se cumple en el caso de una «fraudulenta declaración de insolvencia». Ahora bien, ese carácter flexible aconseja también que esta exigencia deba ser interpretada en el mismo sentido de lo dispuesto en el art. 81.3 CP (31); esto es, no se podrá privar de la clasificación en tercer grado si se declara la imposibilidad real y absoluta de poder satisfacer la responsabilidad civil.

Ésta es también la opinión del Consejo General del Poder Judicial. Este órgano ha entendido que, efectivamente, la reparación del daño es un signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado, pero esta exigencia debe interpretarse en forma análoga a lo establecido en los arts. 81 y 88 CP. Así, en este último precepto, no se exige «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». Este requisito --continúa el informe del Consejo-- «debe abordarse desde una perspectiva preventivo-especial, exigiendo que el penado haya puesto de manifiesto la tendencia a adecuar su conducta al respeto a la norma y a la víctima... el comportamiento postdelictivo observado por el penado es una circunstancia de especial significación a los efectos de realizar el juicio pronóstico de conducta futura, por lo que el legislador, al exigir la satisfacción de la responsabilidad civil debe hacerlo en el sentido del esfuerzo serio de la reparación, como circunstancia objetiva que concreta el juicio pronóstico que debe realizar el juez... el acceso a la libertad condicional en casos de insolvencia no hace que se resienta el sentimiento de vigencia de la norma» (32).

3. Ampliación del tiempo máximo de cumplimiento continuado en prisión a 40 años

La Ley 7/2003 modifica el límite de acumulación jurídica de las penas regulado en el art. 76 CP. Hasta la entrada en vigor de esta Ley, el tiempo máximo de cumplimiento de condena era de 20 años, con carácter general, pudiendo incrementarse ese máximo hasta 25 ó 30 años, con carácter excepcional. Es decir, en ningún caso el tiempo máximo de tiempo continuado en prisión podía exceder de 30 años. Sin embargo, el nuevo texto añade dos nuevas excepciones a ese principio general del art. 76.1 que amplían ese máximo legal a los 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» y «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 años» (33).

Esta ampliación del máximo de tiempo continuado en prisión suscita, al menos, dos importantes cuestiones (34). La primera es la de valorar si 40 años continuados en prisión no resulta incompatible con los principios de humanidad de las penas y de reinserción social; sobre todo si tenemos en cuenta que existen estudios que afirman que el tiempo máximo de encierro continuado tolerable se situaría en 10 años (35). La dificultad en este punto deriva del hecho de que en esta materia no es posible establecer una medida exacta a partir de la cual quepa afirmar, con

carácter general, que una pena es contraria a aquellos principios debido a su larga duración. Sin embargo, sí que es cierto que cuanto más amplio sea ese tiempo máximo continuado en prisión más posibilidades habrá de que la pena resulte incompatible con esos principios constitucionales del Derecho penal. En relación con esto, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que la calificación de una pena como inhumana o degradante no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que depende de la ejecución de la misma y de las modalidades que ésta reviste (SSTC 65/86, de 22 de mayo, y 91/2000, de 30 de marzo) (36). En sentido semejante se ha manifestado el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de esta Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas al afirmar: «la prolongación del plazo máximo de cumplimiento "efectivo de la pena" hasta los cuarenta años en caso de delitos especialmente graves, de gran contenido de injusto y de culpabilidad, puede ser la consecuencia de la ponderación del legislador sobre los intereses contrapuestos de la prevención general y especial, y su compatibilidad con la prohibición de penas inhumanas se garantiza suficientemente con un moderno sistema de ejecución de penas como el que inspira nuestra legislación penitenciaria» (37).

En definitiva, aunque es obvio que permitir que una persona pueda permanecer 40 años continuados en prisión supone un retroceso manifiesto en la evolución hacia un Derecho Penal más humano, no resulta tan claro que el mero hecho de que nuestra legislación penal prevea esa posibilidad, convierta a la misma en contraria a los principios penales consagrados en la Constitución.

Ahora bien, y entrando ya en la segunda cuestión que anunciaba más arriba, aunque sea cierto que, por las razones antes apuntadas, el mero hecho de que el Código prevea la posibilidad de cumplimiento de 40 años continuados en prisión, no permite por sí solo hablar de inconstitucionalidad, sin embargo, la Ley 7/2003 no se ha limitado a ampliar este máximo de cumplimiento, sino que, además, para determinado tipo de penados --terroristas y, en algunos casos, condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales-- ha establecido limitaciones específicas, sumamente restrictivas y sin posibilidad de que sean reconsideradas. Estas limitaciones podrían impedir la actuación de los mecanismos que prevé la legislación penitenciaria en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 25.2 de la Constitución (mecanismos a los que, por cierto y como acabamos de ver, hace referencia el Consejo General del Poder Judicial para justificar la compatibilidad de este máximo de 40 años con la prohibición constitucional de penas inhumanas) (38).

Así, por un lado, el nuevo art. 76, como hemos visto, prevé la posibilidad de cumplimiento de hasta 40 años continuados en prisión en dos supuestos: primero, cuando se trate de condenados por dos o más delitos --cualquiera que sea el delito cometido-- siempre que dos de ellos, al menos, estén castigados por ley con pena de prisión superior a 20 años; y, segundo, cuando se trate de condenados 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 años. En este punto es donde me parece que pueden plantearse serios problemas de constitucionalidad. En primer lugar, porque el trato desigual que se establece para condenados por delitos de terrorismo respecto de los condenados por cualquier otro tipo de delito --incluidos los condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales-- podría resultar discriminatorio. Es evidente que el terrorismo viene siendo desde hace años un gravísimo problema en nuestro país, agudizado de manera notabilísima en los últimos tiempos (39); y es obvio también que el legislador debe, razonablemente, adoptar una política criminal destinada a prevenirlo y evitarlo. Pero, también es cierto que mafias organizadas y asesinos a sueldo que operan en los últimos años en nuestro país, al igual que violadores múltiples o psicópatas como «el asesino del naipe», son también gravísimos problemas frente a los que, sin embargo, no operarían tales restricciones. En segundo lugar, porque las penas que se establecen para los delitos de terrorismo son penas, de por sí, notablemente agravadas: por

ejemplo, la pena prevista para el que actuando al servicio o en colaboración con una banda armada mata a otro es de 20 a 30 años de prisión; mientras que la pena del homicidio es de 10 a 15 años; la del asesinato simple de 15 a 20; y la del asesinato agravado de 20 a 25). En definitiva, no parece fácil encontrar un fundamento sólido que justifique la diferencia de trato que prevé el art. 76.1 d).

Por otro lado, el art. 78 CP establece ahora que, si a consecuencia de las limitaciones del art. 76.1 CP, 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 del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Esto es, la nueva redacción modifica la anterior en el siguiente sentido: elimina la alusión expresa al criterio de la peligrosidad del autor para acordar o no dicha limitación; añade una referencia expresa a los permisos de salida y a la clasificación en tercer grado --que antes no eran objeto de esta limitación--; y mantiene el carácter facultativo de esta decisión (40). Ahora bien, la Ley 7/2003 dispone que dicha restricción será preceptiva en los supuestos especiales de los párrafos a), b), c) y d) del art. 76.1. En estos casos, pues, se elimina el carácter discrecional que, en todo caso, tenía la previsión del art. 78 CP. No obstante, quizás con la finalidad de eludir la posible inconstitucionalidad de la ley por vulneración del principio de reinserción, el precepto prevé la posibilidad de que el juez de vigilancia pueda acordar razonadamente, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, y valorando en su caso las circunstancias del reo y la evolución del tratamiento reeducador, la aplicación del régimen general de cumplimiento, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes. Sin embargo, aquí parece surgir otro grave obstáculo a la constitucionalidad de la ley, pues de esa posibilidad de reconsideración en atención a la evolución del interno en su reinserción social quedan excluidos los condenados por delitos de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales; para ellos, el cómputo a efectos de beneficios penitenciarios (adelantamiento de la libertad condicional, indulto particular o redención de penas por el trabajo) y de permisos de salida, se hará siempre sobre la totalidad de las penas impuestas en la sentencia sin posibilidad de reconsideración, cualesquiera que sean las circunstancias del condenado (41). En consecuencia, los condenados por delitos de terrorismo, en aquellos casos en los que sea de aplicación el art. 78 CP, en relación con el art. 76.1 d), aunque durante el cumplimiento de la condena exista un pronóstico favorable de reinserción social y una clara evolución positiva de su conducta podrían verse privados de la posibilidad de disfrutar de permisos de salida y de beneficios penitenciarios, a pesar de que unos y otros son concebidos como derechos de los internos en la legislación penitenciaria (42) (obviamente, se trata de derechos condicionados al cumplimiento de ciertos requisitos objetivos y a la concurrencia de determinadas condiciones o circunstancias en el interno); esto es, la reforma establece que hay una clase de presos que pueden verse privados de manera definitiva de tales derechos, lo cual resulta difícilmente compatible con lo dispuesto en el art. 25.2 de la Constitución. Además, podría suceder que únicamente fuese posible su clasificación en tercer grado y la concesión de la libertad condicional una vez cumplidos 32 ó 35 años, respectivamente (43); en estos casos (al margen de lo irrazonable que resultaría la clasificación en tercer grado sin que el interno haya salido de permiso previamente, obligando en todo caso a aplicar un régimen de tercer grado restringido, sin permisos de salida), el cumplimiento de 32 años continuados en prisión, sin posibilidad de permisos, beneficios penitenciarios, clasificación en tercer grado o libertad condicional --y esto solo para determinado tipo de internos--, resulta difícilmente compatible con el sistema de «individualización científica» previsto en la LOGP y, en consecuencia, con el principio de reinserción social (44).

Por todo ello, la ampliación del máximo de cumplimiento a 40 años, unida a las limitaciones que, como he comentado, se introducen en los arts. 36, 76.1 d) y 78 CP, hacen mucho más difícil la compatibilidad de tales restricciones con los

principios constitucionales y, en especial, con los principios de igualdad y de reinserción social (45). El propio Consejo General del Poder Judicial ha manifestado en su informe sobre el Anteproyecto de esta ley que «el fin resocializador de las penas es uno más, pero irrenunciable... lo que irremediabilmente ha de acarrear consecuencias jurídicas no exentas de relevancia: en ningún caso el legislador (y menos aún el poder reglamentario) podrá establecer penas privativas de libertad que, sea por su duración, o muy particularmente por su modo de cumplimiento (régimen de beneficios penitenciarios, modalidades del tratamiento, etc.) impidan u obstaculicen de modo significativo la reeducación y la reinserción social del condenado» (46).

4. La libertad condicional

La libertad condicional es también objeto de profundas modificaciones en la nueva ley, aunque la mayor parte de ellas afectan únicamente a condenados por delitos de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. Paso a comentar los cambios que, a mi juicio, merecen ser destacados (47).

a) Los requisitos generales requeridos en el art. 90 CP para poder acceder a la libertad condicional se mantienen, en lo fundamental, si bien se añaden ciertas precisiones, algunas de ellas referidas únicamente a determinado tipo de internos (48).

Así, por un lado, mientras que en la regulación anterior el informe en el que se hiciese constar la concurrencia de un pronóstico favorable debía ser emitido por los expertos que el juez de vigilancia estimase conveniente; ahora, el art. 90 CP se remite directamente al informe pronóstico final regulado en el art. 67 LOGP. Esta modificación parece razonable, dado que el informe preceptivo del art. 67 LOGP es emitido por los equipos de especialistas del Centro Penitenciario en el que se encuentra el interno, y ellos --así como los demás especialistas de los Centros en los que haya estado recluido aquél-- son los que han analizado y hecho un seguimiento de la evolución del sentenciado durante el cumplimiento de la condena. En todo caso, el juez de vigilancia siempre estaría facultado para solicitar información más precisa en el caso de que lo considerase necesario (49).

Por otro lado, la precisión más importante está también conectada con lo anterior. Así, ahora se exige que el condenado haya satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito para entender que cumple el requisito de buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social. En realidad, se trata de la misma exigencia ya prevista para poder ser clasificado en tercer grado. A esta novedad ya me he referido al comentar las modificaciones en materia de clasificación en tercer grado (50). Pero debo añadir que, aunque su inclusión en la regulación de la libertad condicional pueda parecer reiterativa, en realidad no lo es (51). El carácter flexible que debe presidir la valoración de la conducta efectivamente observada y las garantías que ofrezca el condenado en orden a restituir, reparar, indemnizar, etc., en el futuro, pueden ser objeto de diferente apreciación en el momento de la clasificación en tercer grado y en el momento posterior de la libertad condicional. De hecho, las circunstancias pueden variar favorablemente en el transcurso del tiempo entre la clasificación en tercer grado y el momento de la libertad condicional, y la conducta observada durante ese tiempo por el interno constituye un importante dato de cara a la evaluación de este requerimiento (52).

b) La Ley 7/2003 priva de manera definitiva, sin posibilidad de reconsideración, a los condenados por delitos de terrorismo y por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, del beneficio de adelantamiento de la libertad condicional que, como ya he comentado, se concibe como derecho de todo interno en la legislación penitenciaria. De nuevo nos encontramos con un factor más que contribuye a la inconstitucionalidad de esta ley por vulneración del principio de igualdad --se trata de un tratamiento desigual discriminatorio-- y del principio de reinserción (art. 91.1) (53).

Lo mismo cabe decir respecto del nuevo beneficio de adelantamiento de la libertad condicional que introduce la Ley 7/2003, del que se excluye también, directamente

y sin posibilidad de reconsideración, a los condenados por delitos de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 91.2) (54).

c) Finalmente, la nueva redacción del art. 93 CP introduce ciertas modificaciones en la regulación de la revocación de la libertad condicional, pero referidas únicamente a los condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Código Penal (55). Así, a lo ya previsto en el art. 93 CP se añaden dos nuevos apartados. En el primero, se autoriza al juez de vigilancia para que pueda solicitar informes sobre los condenados en los que se acredite que subsisten las condiciones que les permitieron obtener la libertad condicional. Esto no sólo parece razonable sino que lo lógico será entender que antes de la introducción de esta previsión expresa, el juez de vigilancia estaba ya facultado para pedir los informes que considerase pertinentes. Sin embargo, tal previsión se hace únicamente respecto de los condenados por delitos de terrorismo y eso es lo que ya no parece tan razonable: carecería absolutamente de sentido que sólo estuviera facultado para solicitar tales informes en relación con estos penados y no respecto de cualquier liberado condicional.

Asimismo, se establece que si durante el período de libertad condicional el liberado delinque, inobserva las reglas de conducta o incumple las condiciones que le permitieron acceder a ese grado penitenciario, el juez revocará la libertad condicional y el penado reingresará en prisión, en el período o grado penitenciario que corresponda, para cumplir el tiempo que reste de condena. Hasta aquí el tratamiento es igual al de cualquier condenado. Sin embargo, en el segundo apartado se establece que en estos casos de revocación los penados por delitos de terrorismo, a diferencia del resto de los internos, perderán el tiempo cumplido en libertad condicional. Y esto parece de todo punto rechazable. El tiempo cumplido en libertad condicional es tiempo de condena ya cumplida y no resulta admisible que una decisión de revocación, por ejemplo, por inobservancia de las reglas de conducta impuestas, pueda tener semejante alcance y, menos aún, sólo para determinada clase de liberados condicionales. En este punto, creo que es perfectamente aplicable la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (Sentencias de 18 de julio de 1996 y de 13 de noviembre de 1996) (56) en relación con la aplicación retroactiva del Código Penal de 1995. Veámoslo con algún detalle.

La disposición transitoria segunda del Código Penal establece: «Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código. Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código». Esta disposición, como indicó en su momento el Tribunal Supremo, resulta poco afortunada y ambigua; de hecho, dio lugar al menos a dos interpretaciones bien distintas: una de ellas perjudicaba notablemente al reo y la otra --la adoptada por dicho órgano judicial-- resultaba más favorable para aquél. La primera interpretación (la que resulta más perjudicial al reo) es la que sostuvieron inicialmente en las revisiones de sentencias tanto los fiscales en sus informes preceptivos, como la mayoría de los jueces y tribunales (aunque hubo excepciones). Estos entendieron que la aplicación con carácter retroactivo del nuevo Código Penal suponía la pérdida de la redención, pero no solo del derecho a redimir en el futuro sino también la pérdida del tiempo redimido con anterioridad a la aplicación del nuevo Código. De hecho, aun cuando, en muchos casos, el nuevo texto penal preveía una pena inferior a la prevista en el Código derogado, la pérdida del tiempo ya redimido determinó, en la mayoría de los casos, que el texto de 1995 no resultase más favorable. La segunda interpretación (más favorable) fue la adoptada por el Tribunal Supremo, tras una deliberación del Pleno de la Sala 2.^a, en sus Sentencias de 18 de julio y de 13 de noviembre de 1996, y en otras posteriores. En estas sentencias, el Tribunal estableció que la prohibición de redimir penas por el trabajo a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código debía entenderse referida a la imposibilidad de redimir a partir de la entrada en

vigor del CP de 1995. El argumento fue que el beneficio penitenciario acumulado hasta la entrada en vigor del nuevo Código configura una pena efectivamente cumplida; esto es, origina una situación jurídica inamovible, una situación penitenciaria plenamente consolidada *ex ante*, perfectamente compatible con todo cuanto *ex post* representa la aplicación del nuevo Código penal. Pues bien, si aplicamos esta última doctrina a lo dispuesto en el nuevo art. 93.3 CP la conclusión a la que se llega es que el tiempo de condena ya cumplido en libertad condicional configura una pena efectivamente cumplida, que no puede verse modificada «*ex post*» en virtud del incumplimiento por parte del liberado de las condiciones de las que se hace depender su situación en libertad condicional.

5. Aplicación retroactiva de las normas de ejecución de las penas privativas de libertad

La disposición transitoria única de la Ley 7/2003 prevé la aplicación retroactiva de los arts. 90 y 93.2 CP, y 72.5 y 6 LOGP, respecto de los requisitos para acceder a la libertad condicional y a la clasificación en tercer grado, respectivamente. Esto es, las nuevas exigencias introducidas por esta ley serán de aplicación a hechos cometidos y a situaciones ya creadas --internos ya clasificados en tercer grado que deseen acceder a la libertad condicional, por ejemplo-- con anterioridad a la entrada en vigor de la misma.

Desde mi punto de vista, el problema que plantea esta disposición no reside tanto en el hecho de aplicar con carácter retroactivo unos requisitos que, en realidad, podían ser exigidos igualmente aunque no se estableciesen expresamente, sino en la diferencia de trato que se establece (por las razones que he ido apuntando) y en la exigencia de condiciones como la colaboración activa y, en concreto, la delación (57). Es obvio que, al menos para algunos internos, se trata de una ley desfavorable y restrictiva de derechos en el sentido expresado en los arts. 9.3 y 25.1 CE, en la medida en que limita notablemente sus derechos respecto de otros internos (58).

No es mi intención entrar aquí en el difícil problema del alcance de la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (arts. 9.3 y 25.1 CE) (59). No obstante, sí me gustaría apuntar algunas consideraciones críticas sobre la tesis defendida por el Consejo General del Poder Judicial, a favor de la posible aplicación retroactiva de la Ley 7/2003, la cual se fundamenta en algunas sentencias del Tribunal Constitucional que, en mi opinión, no son trasladables al caso (60). Los argumentos que emplea este órgano para sostener su interpretación vienen a ser los siguientes.

En primer lugar, se basa en la distinción, hecha por el TC, entre retroactividad --o retroactividad propia-- y retrospectión --o retroactividad impropia--; y, en este sentido, distingue entre «aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas». O, como dice la STC 227/1988, una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas» (61).

De acuerdo con ello, sostiene el Consejo que «la aplicación de las nuevas exigencias contenidas en los arts. 90 y 91 CP no pueden conducir a revocar una libertad condicional que ya disfruta el penado, por la circunstancia de no haberse satisfecho la responsabilidad civil, por ejemplo, porque en ese caso se aplicaría la ley nueva a situaciones ya consolidadas y estaríamos ante un supuesto de retroactividad propia; sin embargo, la nueva ley puede ser aplicada para la toma de decisiones futuras aunque la situación jurídica a la que se aplica (cumplimiento de condena) haya comenzado a producirse con anterioridad. En los casos en los que la condena se encuentre en estado avanzado de ejecución podrá plantearse a lo sumo la conveniencia de un período transitorio que anuncie el momento de aplicación de la nueva ley» (62).

El argumento me parece inteligente y sutil, pero la salvedad hecha al final (para aquellos casos en que la condena se encuentre en un estado avanzado de ejecución) hace patente que la solución aportada no es tan buena ni tan obvia.

Siguiendo con ese argumento, una ley que eliminase del sistema de individualización científica el tercer grado y la libertad condicional (sin entrar en consideraciones desde el punto de vista del principio de reinserción social) no tendría ningún problema en ser aplicada con carácter retroactivo a reclusos que se encontrasen cumpliendo ya su condena. Y esto no parece aceptable. Mejor dicho, puede serlo en relación con normas que inciden sobre relaciones jurídico-tributarias no extinguidas todavía por el pago, sobre la edad de jubilación de los funcionarios, o sobre la imposición de una limitación temporal para la integración en Colegios profesionales de nueva creación, para las cuales se estableció, en principio, esa distinción entre retroactividad propia e impropia (63). Pero hay una gran diferencia entre estas últimas normas y las que (como ocurre en materia penitenciaria) afectan de manera directa, al menos, al derecho fundamental de la libertad y a la dignidad del individuo (64).

Desde mi punto de vista, la pena señalada en la sentencia condenatoria, cuya ejecución ha de llevarse a cabo de acuerdo con lo prescrito en la ley y los reglamentos que la desarrollan (Código penal, Ley general penitenciaria y Reglamento penitenciario, entre otras), debe ser interpretada como una situación jurídica consolidada, con independencia de que el cómo y el *quantum* de esa pena, en virtud, precisamente, de la aplicación de tales normas, pueda variar, dependiendo de las circunstancias concretas de cada interno. A estos efectos, creo que la pena impuesta en la sentencia debe entenderse como una situación jurídica acabada de la que no pueden quedar al margen las reglas para su concreta ejecución (65). Otra cuestión es que haya normas de ejecución que no afecten al núcleo esencial de los derechos fundamentales del condenado. Por eso, a mi juicio, la aplicación retroactiva de la supresión de beneficios penitenciarios o las limitaciones a la libertad condicional, que ha introducido la Ley 7/2003 para determinado tipo de internos, supondría anudar efectos a situaciones producidas y consolidadas con anterioridad a la propia ley (de hecho, la Ley 7/2003 no ha previsto en este caso su aplicación con carácter retroactivo, aunque siguiendo la tesis del Consejo su previsión no habría planteado problemas de inconstitucionalidad).

En segundo lugar, el Consejo añade a favor de su tesis que, a los efectos de aplicación del art. 25 CE (principio de legalidad de los delitos y de las penas), debe tenerse en cuenta la fecha de realización del delito, pues es en ese momento cuando el culpable ha debido poder prever las consecuencias de su acción, dado que la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal supone una limitación del *ius puniendi* del Estado por razones de seguridad jurídica (principio que se refiere a la calculabilidad de la acción del Estado respecto de medidas que afectan al ámbito de la libertad del individuo). Desde este punto de vista --afirma-- «son irretroactivas las normas que describen delitos o determinan la magnitud penal con que debe ser sancionado el hecho, esto es, se refiere al Derecho penal material» (66). Así pues, a estos efectos --continúa su argumentación-- «debe distinguirse con carácter general entre el Derecho penal material, que regula los presupuestos de la punibilidad y las penas, medidas y consecuencias accesorias, y el Derecho de ejecución de penas, que comprende todos los preceptos jurídicos relativos al inicio, cumplimiento y control de las penas y medidas ejecutoriamente impuestas...». El principio de legalidad y la prohibición de la retroactividad rige plenamente cuando se trata del Derecho penal material y, en particular, respecto de todos los presupuestos de la punibilidad y la consecuencia jurídico-penal asociada a la comisión del delito o falta. Cuando se trata del Derecho de ejecución el principio de legalidad tiene el sentido de que «no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente de acuerdo con las leyes procesales (art. 3.1 CP)... ni en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes

que los expresados en su texto» (art. 3.2 CP). Y como en estos casos no se hace la salvedad de que la ley reguladora sea la vigente al tiempo del comienzo de la ejecución, de ahí deduce el Consejo que «el art. 25.2 no alcanza al derecho de ejecución sino sólo a la fase de declaración en sentencia de la culpabilidad y a la medida de la misma. Sin perjuicio de que respecto de la modificación del derecho de ejecución deba reflexionarse sobre la distinta prohibición contenida en el art. 9.3 CE, que no se fundamenta en el principio de legalidad sino en el de seguridad jurídica» (67).

En definitiva --y concluye su argumentación-- «no puede invocarse de forma automática el art. 9.3 CE para impedir toda retroacción de la nueva ley por la sola circunstancia de que se refiere a la pena privativa de libertad y, en consecuencia, incida sobre el derecho fundamental de la libertad del individuo. Pues la prohibición del art. 9.3 CE requiere, primero, que se trate propiamente de retroactividad, en los términos indicados más arriba, y en segundo término, que la nueva disposición sea restrictiva de derechos, lo que supone la previa existencia de un derecho y no de una mera expectativa» (68).

A mi juicio, sin embargo, es evidente que desde el punto de vista de esa calculabilidad de la acción del Estado respecto de medidas que afectan a la libertad del individuo, una ley posterior a la fecha de la comisión del delito, que prive de beneficios penitenciarios o establezca una fuerte limitación de la posibilidad de clasificación en tercer grado o en libertad condicional a condenados que con anterioridad no le eran aplicables tales restricciones, afecta y de manera decisiva a la libertad de esos individuos, y a su seguridad jurídica (69).

Lo que el Consejo llama «simples expectativas» son derechos penitenciarios --condicionados a la concurrencia de determinados requisitos--, que tienen una influencia determinante sobre el cómo y el cuánto de la pena privativa de libertad y, en consecuencia, su limitación afecta de manera directa a derechos fundamentales (70). El hecho de que el art. 3 CP no establezca de forma expresa que la ley reguladora ha de ser la vigente al tiempo del comienzo de la ejecución no me parece aceptable como argumento. Es obvio que la interpretación de ese precepto debe completarse con las demás normas que integran nuestro sistema jurídico e interpretarse de acuerdo con los principios constitucionales del Derecho penal.

Además, el propio Tribunal Constitucional ha declarado que «la expresión "restricción de derechos individuales" del art. 9.3 ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho art. hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona» (71). En este caso, parece obvio que se produce tal equiparación: se trata de la ejecución de la pena que se considera más grave en atención a los derechos e intereses individuales que afecta, y el alcance mayor o menor de la limitación de esos derechos va a depender, precisamente, de la forma de ejecución de la misma. De manera que la argumentación del Consejo en este aspecto no parece aceptable.

En definitiva y para concluir, esta ley supone, en líneas generales, una quiebra de principios consagrados en nuestra Constitución y, como decía al comienzo, un clarísimo retroceso en el camino hacia el establecimiento de un Derecho penal más humano.

NOTAS

(1) Una panorámica general de todas estas reformas puede verse en González Cussac, J.L.: «La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal», en *Revista Jurídica Galega*, núm. 38, 1.º trimestre, 2003, págs. 13-38.

(2) En realidad, no hay que ser un lector muy perspicaz para darse cuenta de que los posibles autores de tales tipos penales podrían tener nombres y apellidos. En este sentido, el nuevo Gobierno ya ha anunciado la posible supresión de estos --o algunos de estos-- tipos penales. Sobre la proliferación desordenada de leyes y la deformación del proceso legislativo de los últimos años en nuestro país véase,

Laporta, F.: «El deterioro de las leyes», en *Claves de razón práctica*, núm. 142, pág. 24-31.

(3) Muy críticos también con la política criminal que orienta todas estas reformas, Landrove Díaz, G.: «El Derecho penal de la seguridad», *LA LEY*, núm. 5868, de 10 de octubre de 2003; Sanz Morán, A. J.: «Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 11, enero, 2004, pág. 11-14; y Quintero Olivares, G.: *A donde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, 2004. En general, sobre la racionalidad legislativa véase, Atienza, M.: *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, 1997, y, en particular, sobre la racionalidad en la práctica de la legislación penal, Díez Ripollés, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, 2003.

(4) La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, establece: «Se modifica el art. 36 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tendrá la siguiente redacción: Art. 36.1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código». A su vez, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre establece: «Se modifica el apartado 1 del art. 36, que queda redactado como sigue: 1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código».

(5) Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha modificado la pena prevista para los delitos de malos tratos del art. 153 CP y de lesiones del art. 147.2 CP, al establecer para el primero la pena de prisión de tres meses a un año y para el segundo la pena de prisión de tres a seis meses. Esta ley entró en vigor el día 1 de octubre de 2003, pero la extensión de las penas que impone no entrará en vigor hasta el 1 de octubre de 2004.

(6) El error técnico se debe al hecho de haber utilizado la conjunción «y», en lugar de la conjunción «u».

(7) La LO 11/2003 establece: «Se añade un párrafo al apartado 1 y se modifica el apartado 2 del art. 147, con la siguiente redacción: Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de este Código. 2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido». Por su parte la LO 15/2003 dispone: «Se modifica el apartado 2 del art. 147, que queda redactado como sigue: 2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido». Llama también la atención sobre algunos de estos errores, Sanz Morán, A. J.: «Reflexión de urgencia...», *ob. cit.*, pág. 11-14.

(8) El art. 89 del CP dispone : «Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancias del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

«2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los arts. 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del CP».

Por su parte, el art. 108 CP dispone: «1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad».

(9) Recientemente, la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid ha dictado un auto en el que, en contra del criterio de la Fiscalía de Madrid, rechaza sustituir por la expulsión la pena de cinco años de prisión impuesta por este mismo órgano judicial a un narcotraficante detenido en Madrid con casi medio kilo de cocaína. En contra de la sustitución se aduce, fundamentalmente, el riesgo que tal medida supone de quebranto de los fines de prevención general positiva y negativa de la pena. Auto de 29 de diciembre de 2003 (Ponente, Alberto Jorge Barreiro). Además, a esto habría que añadir la dificultad de compatibilizar los principios constitucionales, fundamentalmente el principio de igualdad, con la imposibilidad de aplicar la condena condicional (arts. 80 y 87 CP) y los mecanismos de sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a uno o dos años (art. 88 CP) a todo extranjero no residente legalmente en España.

(10) Concluye, sin embargo, que esta ley no plantea problemas de constitucionalidad, González Pastor, CP: «Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Examen de constitucionalidad», en *Actualidad Penal*, núm. 40, 2003, pág. 1009-1028.

(11) Es más, aunque el Reglamento Penitenciario de 1996 (en adelante, RP), dispone, con carácter general, que el interno deberá permanecer, al menos, ocho horas al día en el establecimiento y pernoctar en el mismo; sin embargo, también permite, si el condenado acepta someterse a los controles que se determinen, que pueda pernoctar fuera del Centro y sólo estará obligado a permanecer en el establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la

realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales (art. 86.4 RP). Esta y otras medidas similares que introdujo en su día el Reglamento de 1996 persiguen dar flexibilidad al sistema de cumplimiento, a fin de no obstaculizar la reinserción del interno (por ejemplo, en el caso de que este sea contratado para realizar un trabajo en horas nocturnas).

(12) Efectivamente, el art. 206 RP donde se regula el indulto particular no es objeto de reforma; sin embargo, debido al juego de las modificaciones introducidas en los arts. 76 y 78 CP --a las que más tarde aludiré-- los internos condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales podrían ver, si no anulada, sí muy limitada la eficacia de la concesión de este beneficio; eso en el supuesto --nada fácil-- de que llegase a formularse una propuesta.

(13) De acuerdo con doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, aunque el principio de reinserción social contenido en el art. 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental cuya vulneración justifique, por sí sola, la pretensión de amparo, se trata de un «mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria hacia esos fines» [STC núm. 2/1987 (Sala Primera), de 21 de enero, RTC 1987/2; STC núm. 28/1988 (Sala Primera), de 23 de febrero, RTC 1998/28; y STC núm. 91/2000 (Pleno), de 30 de marzo, RTC 2000/91, entre otras].

(14) Una dura crítica de la política criminal que inspira esta ley y que se refleja en su exposición de motivos puede verse en González Cussac, J. L.: «La contrarreforma...», *ob. cit.*, pág. 23.

(15) De esta misma opinión, Espina Ramos J. A.: «La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras», *Derecho y Proceso Penal*, núm. 11, 2004, págs. 24-25.

(16) En este sentido, la actual política del Gobierno de los Estados Unidos frente al terrorismo, con una quiebra absoluta de garantías, no sólo no está ofreciendo mayor seguridad jurídica a los ciudadanos, sino que, por el contrario, han sido numerosas las personas ajenas totalmente a la actuación de los terroristas, que han visto quebrantados sus derechos constitucionales en situaciones de total indefensión frente a la actuación de las autoridades (tras el 11 de septiembre de 2001, no han sido pocas las detenciones practicadas ante mínimas sospechas y que han supuesto la privación de libertad durante varios días). Esto, por supuesto, sin hacer referencia a la total vulneración de los derechos fundamentales de los más de 600 detenidos en la base norteamericana de Guantánamo (Cuba), a quienes la Administración Bush ha negado el estatus de «prisioneros de guerra» --lo que les permitiría acogerse a la Convención de Ginebra que les otorga ciertos derechos-- y los denomina «combatientes ilegales» a los que les niega todo derecho procesal. De hecho, el informe anual sobre los derechos humanos en el mundo, de la organización Amnistía Internacional, denuncia que el Gobierno de Washington, ha convertido el mundo en un lugar más peligroso. Concretamente, Amnistía acusa a Estados Unidos de ejecuciones extrajudiciales de civiles iraquíes; de detenciones arbitrarias y maltrato a los prisioneros en Irak, Guantánamo, y Afganistán; y de oponerse a la Corte Penal Internacional. En opinión de esta organización, «con la guerra contra el terrorismo muchos regímenes autoritarios y algunos pseudodemócratas han aprovechado para retroceder aún más en materia de derechos humanos» (lamentablemente, como estamos viendo, tampoco nuestro país se ha sustraído a esta influencia). Las referencias al informe las tomo del diario *EL PAÍS* de 27 de mayo de 2004.

(17) Curiosamente, la ley nada dice acerca de qué debe entenderse por «organización criminal» a los efectos de estas nuevas disposiciones, lo cual deja un amplísimo margen de discrecionalidad judicial, contrario a los fines que supuestamente persigue la nueva normativa. En relación con esto, el informe elaborado por el CGPJ sobre el Anteproyecto de esta ley alertaba sobre los problemas que plantea la ausencia de un concepto específico y apuntaba la necesidad de que el legislador proporcione «una definición autónoma de organización criminal con los fines establecidos en estos preceptos, limitando el

alcance de los delitos a que se refiere en función de una determinada gravedad», en Consejo general del poder judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, pág. 15-18. En general, sobre los problemas derivados de operar con criterios de excepcionalidad en el tratamiento de los delitos de terrorismo puede verse, Cancio Meliá, M.: «"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el CP español después de la LO 7/2000», en *Jueces para la democracia*, núm. 44, julio de 2002, págs. 19-26.

(18) El art. 72.3 LOGP dispone: «Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden». A su vez, el art. 104.3 RP establece: «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 art. 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado».

(19) El CGPJ entiende que esta limitación da lugar a que ya no rija «un sistema puro de individualización científica, sino que el sistema se limita en función de razones de prevención general positiva», en Consejo general del poder judicial, *Informe sobre el Anteproyecto...*, *ob. cit.* págs. 21-22. A mi juicio, ni el sistema de individualización científica antes de la publicación de esta reforma era tan puro, ni es posible afirmar que los límites ahora impuestos respondan a razones de prevención general positiva sino más bien a razones fundamentalmente retributivas.

(20) El CP dice textualmente que esta medida se aplicará «cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años» y eso plantea un difícil problema de interpretación que afecta de manera muy importante al alcance de dicha medida. Así, son dos las posibles formas de interpretar esta previsión. La primera consistiría en entender que dicha limitación será de aplicación tanto en los supuestos en que el interno haya sido condenado a una pena de prisión superior a cinco años como en aquellos casos en que haya sido condenado a varias penas de prisión --inferiores cada una de ellas a cinco años de prisión-- cuya suma supere los cinco años. Así lo han entendido la Instrucción 9/2003 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en la que se indica que el período de seguridad debe aplicarse «en los supuestos en los que el penado cumpla una pena de más de cinco años o varias que sumadas aritméticamente o refundidas excedan de esta duración»; y Téllez Aguilera, A.: «La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», en *La ley*, págs. 3-4. La segunda, por el contrario, consistiría en entender que la norma únicamente es aplicable a condenados por algún delito grave, que haya sido castigado con una pena de prisión superior a cinco años. En este sentido se han manifestado Espina Ramos J. A.: «La reforma...», *ob. cit.*, págs. 26-29; el Auto núm. 1180/2004, de 6 de mayo de 2004, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5.^a (Ponente, Arturo Beltrán Núñez); y la Circular 1/2004 de la Secretaría de *Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil* (que modifica algunos aspectos de la Circular 1/2003, relativa a las medidas que cabe adoptar frente a la entrada en vigor de la Ley orgánica 7/2003). Desde mi punto de vista, el principio *in dubio pro reo* obliga a interpretar el alcance de esta medida de manera restrictiva y, en consecuencia, en este último sentido. De manera que habrá que entender que para aplicar esta medida el sujeto tiene que haber sido condenado por algún delito grave y castigado con pena de prisión superior a cinco años, aunque el cómputo de «la mitad de la pena impuesta» debería hacerse sobre el total de las penas que esté cumpliendo. Esto último sería lo coherente con la regulación de los cómputos de la condena que, a efectos penitenciarios, se prevén tanto en la LOGP como en el RP. Dichos cómputos se

establecen siempre, y creo que razonablemente, sobre el total de las penas impuestas (la cuarta parte de la condena --a efectos de la posible concesión de permisos de salida--; la mitad de la condena --en lo relativo a la revisión de la clasificación penitenciaria--; o las dos terceras partes, o tres cuartas partes, de la condena --a efectos de la concesión de la libertad condicional, por ejemplo--). Además, en este caso estamos ante una norma que afecta al cómputo de la pena a efectos de clasificación inicial en tercer grado, supuesto para el cual el propio reglamento prevé como requisito --aunque se establece de forma indirecta y admite excepciones-- que «se haya extinguido la cuarta parte de la condena o condenas». En consecuencia, no parece que tenga sentido que el cómputo a efectos de dicha clasificación se rijan en unos casos por un criterio y en otros por otro.

(21) Crítico con esta referencia a «las demás partes» que podría, erróneamente, dar a entender que la Administración Penitenciaria sería parte en el procedimiento penitenciario, Espina Ramos J. A.: «La reforma...», *ob. cit.*, págs. 25-26.

(22) Pone de manifiesto la dudosa compatibilidad de esta previsión legislativa con el principio constitucional de igualdad ante la ley, Sanz Morán, A. J.: «Reflexión de urgencia...», *ob. cit.* pág. 15.

(23) En relación con esta cuestión, el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de esta ley, aconsejó modificar el art. 72.4 LOGP a efectos de salvar esta contradicción, en CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto...*, *ob. cit.* págs. 19-21. En mi opinión, restringir lo dispuesto en dicho precepto en el sentido indicado por el Consejo podría suponer romper uno de los pilares sobre los que se asienta el sistema de «individualización científica», basado en la idea de la reinserción.

(24) De hecho, el art. 102 RP incluye, entre los factores a tener en cuenta a la hora de valorar la peligrosidad de un interno a efectos de clasificación en primer grado, los siguientes: «a. Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial; b. Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos; c. Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas...».

(25) STC 48/96 (sala segunda), de 25 de marzo.

(26) STEDH, Estrasburgo (Sección 1.^a), 14 de noviembre de 2002, JUR 2003/48552

(27) El nuevo número 5 del art. 72 LOGP establece: «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:

Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.

Delitos contra los derechos de los trabajadores.

Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

(28) El nuevo número 6 del art. 72 LOGP establece: «Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V 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 responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya(n) pertenecido o con las que haya(n) 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».

(29) CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto...*, *ob. cit.* págs. 29-30.

(30) Efectivamente, el Anteproyecto era mucho más taxativo a la hora de exigir la colaboración activa; sin embargo, la ley aprobada lo que ha hecho es introducir una redacción del precepto mucho más farragosa y complicada para, finalmente, exigir la colaboración con las autoridades.

(31) El art. 81.3 CP establece como una condición necesaria para que pueda dejarse en suspenso la ejecución de la pena, «que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas».

(32) CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto...*, *ob. cit.* págs. 26-28.

(33) Así, el actual art. 76 CP, tras esta reforma, dispone: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, 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 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 años. 2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo».

(34) No entraré en la cuestión de si estamos o no ante una forma de cadena perpetua, pues creo que en sentido estricto no se la debe denominar así, con independencia de que sus efectos puedan resultar, en algunos supuestos, más gravosos que los que se derivan de la regulación de penas llamadas de «cadena perpetua» previstas en algunos países de nuestro entorno cultural (la denominada «prisión perpetua discrecional» por contraposición a la «prisión perpetua ineludible»). Así, países como Francia, Italia o Alemania, permiten la liberación condicional de los condenados a cadena perpetua, una vez alcanzado un tiempo mínimo de cumplimiento y siempre que se den determinados requisitos. Pero, lo que caracteriza a la cadena perpetua es la posibilidad de que el condenado pueda

pasar el resto de sus días en prisión; en el caso español, sin embargo, estamos ante una pena limitada temporalmente. Sobre esta cuestión, puede verse Téllez Aguilera, A.: «La ley...», pág. 3.

(35) Muy crítico con esta ampliación del tiempo máximo de privación de libertad y con la reforma del art. 78 CP: «Reflexión de urgencia..., *ob. cit.* págs. 15-18. Un análisis de los problemas que puede Sanz Morán, A. J. plantear es la introducción de una medida como la introducida en el art. 78 CP puede verse en Jareño Leal, A.: «Cumplimiento íntegro de las condenas por delitos de agresiones sexuales en el Proyecto de CP de 1994», en *Mujer y Derecho Penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, en Valencia, 1995.

(36) Una referencia a la jurisprudencia sobre esta materia del TEDH y de diversos Tribunales Constitucionales de diferentes países cuya legislación prevé la cadena perpetua puede verse, en CGPJ, «Informe sobre el Anteproyecto...», *ob. cit.*, págs. 6-7.

(37) Véase, *Ibid.*, págs. 9-11.

(38) Véase *supra*, nota 36.

(39) No obstante, los gravísimos atentados del 11 de marzo de este año 2004 son posteriores a esta reforma penal.

(40) La nueva redacción del art. 78 CP establece: «1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del art. 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma 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.

2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c), y d) del apartado 1 del art. 6 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

3. 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 se tratase 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, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena».

(41) En este sentido, Téllez Aguilera quien califica de ilógicas las consecuencias de esta medida, en «La Ley...», *ob. cit.*, pág. 3.

(42) Así, el art. 4 RP incluye expresamente, entre los derechos de los internos: el «derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación» (dentro de las cuales, los permisos de salida ocupan un papel fundamental) y el «derecho a los beneficios penitenciarios previstos en la legislación».

(43) Esta última posibilidad parece responder a la advertencia hecha por el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de esta Ley --en el que no se incluía paliativo alguno a la imposibilidad de reconsideración en el caso de condenados por delitos de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales--. Así, el Consejo consideró inexcusable para la correcta coherencia de la ejecución de la pena con el contenido del art. 25.2 CE, «que se establezca un tratamiento diferenciado entre aquellos penados que, pudiendo reinsertarse, no ofrecen en los términos que la ley establezca un pronóstico favorable de reinserción y aquellos otros que sí ofrezcan tal pronóstico... toda vez que puede darse el caso de que un penado, a pesar del pronóstico favorable de reinserción deba cumplir efectivamente el límite máximo de la pena de prisión --ahora debería cumplir 32 ó 35 años--, con la consecuencia de que la reinserción no tendría efecto jurídico alguno, y esto puede contradecir el art. 25.2 CE. Por ello...

debería introducirse algún tipo de mecanismo jurídico o de precisión legal que diferenciase de algún modo el tratamiento del delincuente que alcance la rehabilitación social de aquél otro que se encuentre en el caso contrario. Y todo ello, dentro de las precisiones de los arts. 5 y 6 de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 22-6-02)», CGPJ, «Informe sobre el Anteproyecto...», *ob. cit.*, págs. 13-14. Aunque la redacción final de la Ley ha introducido cambios que están en la línea de lo indicado por el Consejo --se posibilita la clasificación en tercer grado y la concesión de la libertad condicional una vez cumplidos 32 ó 35 años, respectivamente--, es obvio que el problema planteado por éste no se ha solventado.

(44) También de esta opinión, Espina Ramos J. A.: «La reforma...», *ob. cit.*, págs. 29-31.

(45) En contra de considerar tales medidas contrarias al principio de igualdad parece mostrarse Téllez Aguilera quien afirma que «por lo que a la cuestión relativa la tratamiento diferenciado se refiere, matizar que no se realiza una distinción por categorías de delincuentes, a modo de antiguas clasificaciones criminológicas, sino que se da tratamiento diverso a lo que son realidades distintas, lo que, como sabemos, no afronta al principio de proscripción de la discriminación contenido en el art. 14 de la Constitución», en «La Ley...», *ob. cit.*, pág. 3.

(46) CGPJ, «Informe sobre el Anteproyecto...», *ob. cit.*, pág. 9.

(47) En general, sobre la nueva regulación de la libertad condicional puede verse, Renart García, F.: *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico (adaptada a la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)*, Madrid, 2003.

(48) El art. 90, en su nueva redacción, dispone: «1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c) 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 art. 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 art. 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya 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 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.

2. El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los arts. 83 y 96.3 del presente Código».

(49) Contrario a la idea de que esta referencia pueda entenderse en el sentido de que dicho informe pronóstico final se constituya en un requisito absoluto sin el cual

no pueda aprobarse la libertad condicional, Espina Ramos, J. A: «La reforma...», *ob. cit.*, págs. 32-34.

(50) Véase *supra*, epígrafe III, número 2.

(51) De otra opinión, Sanz Morán quien considera ocioso volver a exigir las para el acceso a la libertad condicional, en Sanz Morán, A. J.: «Reflexión de urgencia...», *ob. cit.* pág. 20, nota 14.

(52) Sin embargo, junto a estas precisiones se añaden una serie de condiciones para terroristas a las que antes hice referencia en sentido crítico. Véase *supra*, epígrafe III, núm. 2.

(53) El art. 91.1 CP establece: «1. Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a y c del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que 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, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales».

(54) El nuevo núm. 2 del art. 91 CP dispone: «2. A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a y c del apartado 1 del artículo anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso».

(55) La ley 7/2003 introduce dos nuevos apartados en el art. 93 CP con la siguiente redacción: «2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda. 3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional».

(56) STS núm. 557/1996 (Sala de lo penal), de 18 de julio, RJ 1996/5920; y STS núm. 887/1996 (Sala de lo penal), de 11 de noviembre, RJ 1996/8200.

(57) No obstante, la exigencia expresa de este requisito ya está planteando problemas en el ámbito penitenciario. Así, esta disposición ha dado pie a interpretaciones extensivas contrarias al reo que, por un lado, obvian el carácter flexible que --como he indicado más arriba-- debe presidir la valoración del cumplimiento de este requisito (de hecho, Instituciones Penitenciarias no está elevando propuestas de tercer grado en el caso de condenados insolventes); y, por otro lado, extienden la retroactividad a lo dispuesto en el art. 36.2 CP. En mi opinión, es absolutamente rechazable --su inconstitucionalidad estaría fuera de toda duda-- la interpretación de esta disposición transitoria en el sentido de entender que la misma permitiría, por vía indirecta, la aplicación retroactiva del «período de seguridad» previsto en el art. 36.2 CP. En este mismo sentido, el Auto núm. 1180/2004, de 6 de mayo de 2004, de la Audiencia Provincial De Madrid,

Sección 5.ª; y la Circular 1/2004 de la Secretaria de *Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil*, en la que se establece que la reforma introducida en el art. 36.2 sólo será de aplicación a hechos delictivos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de dicha ley de reforma.

(58) De esta misma opinión, Espina Ramos, J. A.: «La reforma...», *ob. cit.*, págs. 33-34.

(59) Sobre la retroactividad en el ámbito penal, véase ampliamente Frigols i Brines, E.: *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español: existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*, en prensa. Para este autor, la irretroactividad de las normas que restringen derechos fundamentales de los ciudadanos se ha de fundamentar en el art. 25.1 CE, y no en el art. 9.3 de dicha norma fundamental.

(60) El Consejo fundamenta su argumentación en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional respecto de materias y situaciones en absoluto equiparables a la ejecución de penas privativas de libertad. Así, se basa, entre otras y fundamentalmente, en la STC 126/87 (Pleno), de 16 de julio (RTC 1987/126), en la que se admite la retroactividad de leyes fiscales que entran en vigor cuando el hecho imponible al que se pretenden aplicar no se ha realizado todavía íntegramente y sus efectos jurídicos no se han agotado; en la STC 70/88 (Pleno), de 19 de abril (RTC 1988/70), en la que se afirma que una nueva regulación de la edad de jubilación de los funcionarios, acortando la vida activa de los mismos, afecta a la razonable expectativa que estos tienen de que se mantenga dicha edad de jubilación en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de acceder a la condición de funcionario, pero la frustración de esa expectativa no es equiparable a la expropiación de bienes y derechos a que se refiere el art. 33.3 CE. Por ello, el Tribunal admite la aplicación retroactiva de esa nueva regulación por entender que la prohibición de retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas; y en la STC 42/1986 (Pleno), de 10 de abril (RTC 1986/42), en la que se declara la legitimidad constitucional del establecimiento de un límite temporal (un año desde la entrada en vigor de los Estatutos), para la integración en los Colegios profesionales de nueva creación de quienes, sin la titulación requerida por la nueva ley, fueran sin embargo miembros de las Secciones de los Colegios de Doctores y Licenciados o fueran diplomados de Escuelas Universitarias de Psicología. En CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto...*, *ob. cit.* pág. 33-43.

(61) *Ibid.*, pág. 33. El Consejo toma el argumento de la STC 126/1987 (Pleno), de 16 de julio (RTC 1987/126), referida, como he comentado, a la posible retroactividad de las leyes fiscales. Sin embargo, creo que tal argumentación no se puede abstraer del contexto en el que se produce. Así, el Tribunal Constitucional parte en dicha sentencia del hecho --fundamental-- de que no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva, de hecho, la prohibición que el art. 9.3

CE establece tan sólo para las «disposiciones sancionadoras no favorables» y para las «restrictivas de derechos individuales» se extendía también a las fiscales en el Anteproyecto de la Constitución, y la inclusión de las mismas se mantuvo en el Informe de la Ponencia, pero desapareció en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales por estimarse que la causa de la prohibición ha de buscarse en todo caso en el carácter sancionador o restrictivo de las leyes, no en el objeto específico de las normas, y que la irretroactividad absoluta de las leyes fiscales podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal --FJ 9--). Ahora bien --continúa el Tribunal-- afirmar la admisibilidad de la retroactividad de las normas fiscales no supone mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución --FJ 9--. Sin embargo, el supuesto sobre el que versa esta Sentencia (la imposición de un gravamen complementario de la tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite o azar), es un

tributo periódico, cuyo hecho imponible no es instantáneo, sino duradero; y, mientras que en los hechos imponibles instantáneos, el devengo coincide con la existencia del elemento material del mismo, en los duraderos el legislador puede, entre otras soluciones técnicas, situarlo al término o al comienzo de un período impositivo legalmente predeterminado --FJ 12--. En consecuencia --afirma el Tribunal--, aun cuando los elementos constitutivos del hecho imponible --incluida su dimensión temporal-- comenzaron a producirse antes de la entrada en vigor de la ley, el hecho imponible no se había realizado íntegramente en ese momento y los efectos jurídicos no se habían agotado. Por ello cabe afirmar que nos encontramos ante un supuesto de retroactividad de grado medio, o de los que la doctrina alemana califica como de retroactividad impropia --FJ 12--. Y --concluye su argumentación--, aunque la ponderación de los bienes constitucionales en juego, que el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una norma fiscal con efectos retroactivos de grado medio entraña, obliga a tomar en consideración la finalidad de la norma y las circunstancias específicas que concurren en el caso, el nuevo gravamen responde al intento de adecuar la presión tributaria del sector en cuestión al resto de las modalidades de juego, a fin de lograr una mayor justicia tributaria y aminorar las distorsiones que venían produciéndose entre ellas y que, a su vez, estaban afectando negativamente a la recaudación total procedente del juego --FJ 13--. obliga a pág. 33.

(62) *Ibid.*, pág. 34.

(63) STC 126/87, de 16 de julio; STC 70/88, de 19 de abril; y STC 42/86, de 10 de abril.

(64) Desde mi punto de vista, las normas de Derecho penitenciario, en la medida en que afecten a derechos fundamentales, forman parte de la aplicación del *ius puniendi* del Estado. En este sentido sería recomendable que nuestra legislación incluyese un precepto como el contenido en el art. 112.2.3.º del CP francés, en el que se establece la irretroactividad de las modificaciones desfavorables del régimen penitenciario y fija el punto de conexión para la aplicación temporal de la norma el de la comisión de los hechos.

(65) Aporta sólidos argumentos que apoyan esta interpretación el Auto núm. 1180/2004, de 6 de mayo de 2004, de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

(66) *Ibid*, pág. 34-35.

(67) *Ibid*, pág. 36-37.

(68) *Ibid*, pág. 37-38

(69) Esto, sin embargo, puede no ser así cuando se trate de leyes fiscales. Como ha dicho el Tribunal constitucional, «el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.3 de la Norma fundamental, no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (STC, 126/1987, de 16 de julio, FJ 11).

(70) De esta misma opinión Sanz Morán quien ha defendido que «aquellas disposiciones legislativas que posibilitan la excarcelación del penado forman parte, sin duda, de las consecuencias jurídicas de la conducta que éste debe poder prever y se hallan sometidas, de este modo, al principio general de irretroactividad de la ley penal», en Sanz Morán, A. J.: «Reflexión de urgencia...», *ob. cit.* pág. 22.

(71) STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3.