

**EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD EN LA EJECUCIÓN PENAL**

ACCOR

Eleuterio González Campo  
Fiscal.

## **1.- EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA**

Con la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP), la ejecución de las penas privativas de libertad experimenta una importante transformación, una suerte de punto de inflexión, que se va a manifestar en dos aspectos cruciales: por un lado, el relativo a la efectiva judicialización de la ejecución penal, superando la añeja concepción del sistema penitenciario como ámbito del hacer administrativo casi-inmune a la intervención jurisdiccional, al menos, a la intervención de los órganos de la jurisdicción penal de los que ha emanado el título o sentencia cuyo cumplimiento se encomienda a la Administración Penitenciaria, que en cierto modo se desentendían de la ejecución del título judicial desde que éste ganaba firmeza hasta que procedía declarar el licenciamiento definitivo del reo; de otro lado, mediante la aplicación de determinados principios que procuran implantar una forma nueva de entender la prisión y las Instituciones oficiales encargadas de su cumplimiento, que se consideran ahora más bien medio que fin en sí mismas, y se orientan teóricamente a la reincorporación del delincuente al orden social por medio de la transformación adaptativa de su personalidad mediante la aplicación de técnicas propias de las Ciencias de la Conducta.

En el orden de los principios programáticos, la LOGP, publicada en el BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979, y aprobada por unanimidad de los grupos parlamentarios, se ciñe al mandato contenido en el artículo 25.2 de la Constitución española (CE) al proclamar como finalidad de la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad la reeducación y la reinserción social de los sentenciados, y declarar en su artículo 1 que las Instituciones penitenciarias asumen como fin primordial el postulado resocializador. El texto legal va más allá que la Constitución cuando proclama la preeminencia de la finalidad resocializadora en la ejecución

penitenciaria, preeminencia que no se percibe en el texto del artículo 25.2 CE que reconoce de manera más genérica la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, pero sin instituir ninguna preeminencia axiológica sobre los restantes fines de la pena, como ha tenido oportunidad de recordar en varias ocasiones el Tribunal Constitucional mediante la doctrina que ha emanado de la interpretación de dicho precepto.

Una vez producida la individualización judicial de la pena en la sentencia que pone fin al proceso penal y delimitado su contenido en función de la debida proporción a la gravedad de la culpa, se pasa a la fase de ejecución como segunda vertiente de la actuación jurisdiccional, en que la pena privativa de libertad busca la realización de una pluralidad de fines, no siempre fácilmente conciliables, que comprenden tanto los aspectos de prevención general como de prevención especial. La prevención general a su vez se clasifica en positiva y negativa en función de sus destinatarios.

La prevención general positiva busca la afirmación del ordenamiento jurídico conculcado por el infractor mediante la aplicación de la pena legalmente prevista como forma de restablecimiento de la confianza social en la vigencia de la Ley. Esta forma de prevención tiene como destinataria a la totalidad de la sociedad y pretende conjurar el sentimiento de alarma que suscita en la comunidad la comisión por alguno de sus miembros de comportamientos antisociales encuadrados en los tipos penales. El no cumplimiento de la pena, o una ejecución con circunstancias regimentales excesivamente lenitivas podría socavar el sentimiento social de justicia y poner a prueba dicha confianza con menoscabo de la legitimidad del sistema.

La prevención general negativa tiene destinatarios más concretos, pues se dirige a los potenciales infractores de la norma a quienes se trata de disuadir, mediante la aplicación efectiva de la pena a anteriores conductas delictivas, de la comisión de futuras infracciones.

La prevención especial por su parte procura influir en la personalidad concreta del infractor con el fin de modificar su actitud ante la Ley y promover su adecuada integración social. En este ámbito se encuadra la idea del tratamiento penitenciario como instrumento para realizar el fin resocializador de la pena.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha subrayado la plural configuración de los fines de la pena privativa de libertad evitando concepciones reduccionistas. La Sentencia del Pleno 91/2000, de 4 de mayo, recuerda que el artículo 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad y con cita del Auto del Tribunal Constitucional 15/1984 (Sección tercera) reitera que dicho precepto no contiene un derecho fundamental sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos individuales.

Más explícitamente la STC 28/1998, afirma que el artículo 25.2 de la Constitución no confiere como tal un derecho susceptible de amparo constitucional que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación.

El TC por lo tanto traza una distinción neta entre lo que es el fundamento de la pena y lo que es el fin último al que debe orientarse su ejecución. Cuando el constituyente ordena al legislador que encamine la ley

penal y la ley penitenciaria hacia el fin de la reeducación del delincuente está exigiendo que la política criminal nunca olvide el fin humanitario que toda pena, pese a su indudable contenido aflictivo, debe tener, pero no autoriza la volatilización de dicho sentido aflictivo.

En el ordenamiento penitenciario la propuesta programática del fin resocializador de la pena se realiza, en el plano teórico al menos, mediante un método de actuación sobre el reo basado en la aplicación de un tratamiento penitenciario individualizado y dinámico que se inspira en técnicas de observación, análisis e intervención propias de las Ciencias de la Conducta, y que trata de superar el estricto margen de la dogmática penal, anclada en la idea de culpabilidad y de castigo proporcionado a la misma.

En palabras de la Exposición de Motivos del Proyecto de LOGP –que, curiosamente, no se incorporó al texto legal definitivamente publicado en el BOE- la sanción privativa de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como actividad directamente encaminada a la reeducación y reinserción social de los penados mediante la utilización de métodos científicos adecuados; se transforma así la ejecución de la pena, cuyo sustrato expresa la sanción proporcionada a la culpa manifestada por el reo en la ejecución del hecho criminal, en vehículo para la consecución de fines diversos de los que motivaron su imposición, fines éstos de más difícil aprehensión y de muy problemática realización, pues ni todos los penados precisan –o desear- ser resocializados, ni la resocialización es un postulado al alcance de los medios de la Administración Penitenciaria.

El artículo 62 de la LOGP configura una idea del tratamiento penitenciario con rasgos de sedicente “cientifismo” y lo sustenta en varios principios inspiradores entre los que comprende su apoyo en un estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las

actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente al enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno; su relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial; que será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno; que será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto; que será programado y que será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.

Este precepto, además de fatiga lectora, no deja de suscitar cierta perplejidad ante la asombrosa imagen de una legión de especialistas en diversas ramas de las Ciencias de la Conducta trabajando en recíproca armonía para erradicar los factores criminógenos que han conducido a los penados al crimen, como si el ámbito carcelario hubiere de transformarse en una suerte de clínica para el tratamiento de patologías psicosociales de la que los reclusos-pacientes hubieran de ser dados de alta y devueltos a sus familias y al seno social tras una intensa y felizmente rematada labor terapéutica.

Se trata de un programa de reforma penitenciaria, por no decir de reforma social, de tan extraordinario alcance, que sólo podría generar frustraciones parejas a las expectativas creadas pues, como de costumbre, una cosa es formular postulados normativos de largo alcance reformador y otra proporcionar los medios necesarios para iniciar, siquiera, la puesta en marcha de tan ambicioso sistema.

En todo caso, finalidad resocializadora de las Instituciones Penitenciarias y metodología “científica” para el tratamiento de los internos van a convertirse desde la promulgación de la LOGP en elementos definitorios de un sistema de ejecución que será etiquetado con el nombre de “sistema de individualización científica” y al que se atribuirá por buena parte de la dogmática un sentido superador de la rigidez que se achacaba al anterior sistema progresivo.

En principio, el sistema de individualización busca diferenciarse del progresivo principalmente por su mayor flexibilidad, en la medida en que la clasificación del penado se hace, previa observación y estudio de su personalidad, con entera libertad, asignando el grado superior sin necesidad de pasar por los grados previos, con la excepción del cuarto grado o libertad condicional (artículo 72.3 LOGP), y por el hecho de que la progresión de grado -o su regresión- se efectúa en función de la evolución de la personalidad del reo en relación con el tratamiento penitenciario, tratamiento que se supone incide en aquellos aspectos de la personalidad que han determinado la comisión del delito (artículo 65 LOGP).

El sistema de individualización científica no se implanta, sin embargo, sin un serio debate doctrinal que va a enjuiciar no sólo su fundamento y alcance práctico sino incluso legitimidad de origen. Como recuerda BONA I REMEI se distinguen dos posturas nítidamente diferenciadas en la interpretación del postulado resocializador de la pena de prisión, ambas susceptibles de crítica, pues de un lado la posición maximalista de aplicación a ultranza de la función resocializadora podría suponer un ataque a los principios propios de una sociedad pluralista al pretender la adaptación coactiva a una determinada concepción de la vida social, en tanto que un programa mínimo que se limite a procurar una mera adaptación externa y formal a la norma legal resultaría muy discutible ya

que sin interiorización moral de la norma faltaría el fundamento de su fuerza determinadora. Recoge esta autora una tercera vía, la postura de ESSER, y su “pedagogía de la autodeterminación” que consiste en ofrecer al penado los diferentes caminos que existen en una sociedad plural y los correspondientes medios para que adopte su decisión.

Entre las posiciones teóricas que someten a revisión la idea de resocialización mediante tratamiento resulta particularmente llamativa la que avanza, con cierta alarma, el riesgo de que el reo se vea sometido a una sutil e insidiosa coerción moral con el fin de obligarle a asumir normas sociales y pautas de comportamiento con los que no comulga mediante sofisticadas técnicas de manipulación de la personalidad; si bien la idea puede resultar literariamente sugestiva, contrastada con la realidad penitenciaria no deja de suscitar cierta irónica perplejidad, dada la limitada panoplia de recursos personales y materiales que la Administración sectorial tiene asignados para fines genuinamente tratamentales y la por otra parte incierta eficacia de estas herramientas para provocar una transformación real de la personalidad de los internos. Bien puede afirmarse por ello que el riesgo de reproducir en nuestras prisiones el horror tecnológico conductista que con tan cruda lucidez exhibe Stanley Kubrick en su film *La naranja mecánica* parece sólidamente conjurado.

Por otro lado, la postura de mínimos que trata de afianzarse en la idea de un tratamiento encaminado a conseguir la adaptación externa a la norma penal, aunque pueda parecer cínica a los espíritus moralmente exquisitos, postula un esquema más respetuoso con la diversidad humana. La debilidad de esta línea de pensamiento es más conceptual que práctica, desde el momento en que un tratamiento penitenciario entendido con tan razonable conciencia de su finitud no es realmente un tratamiento, sino una prolongación natural de la eficacia pedagógica de la pena entendida pura y



simplemente como sanción; la idea de motivar al reo para que viva en el futuro en el respeto de la ley penal, sin pretender injerencias en su personalidad ni conversiones a una escala de valores determinada, posee una evidente fuerza evocadora de lo que ha sido para la dogmática penal función clásica de la norma penal como prevención general antes de implantarse la filosofía tratamental.

Viene todo ello al punto de que la disquisición teórica de los fundamentos del enfoque tratamental de la ejecución penal no nos debe distraer de la justa percepción de las limitaciones prácticas que ha presentado el sistema en su materialización. MANZANARES SAMANIEGO, en el afilado análisis de la situación del sistema penitenciario español con el que complementa el comentario que le suscita el desarrollo del sistema de individualización científica como rama evolucionada desde el anterior sistema progresivo, recuerda dos aspectos insoslayables de la cuestión: la primera es que desde que se introduce en el ordenamiento penitenciario español la idea de tratamiento, que no se produce en sentido estricto con la promulgación de la LOGP, sino antes, en el Decreto 162/1968, de 25 de enero, que reforma el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, no ha sido posible generalizar el tratamiento de la población penada; en segundo lugar porque, como consecuencia de la falta manifiesta de actividades de tratamiento en los Centros Penitenciarios, la progresión de los penados de un grado a otro se viene produciendo por el mero transcurso del paso del tiempo, conforme va disminuyendo el resto de la pena que les queda por cumplir.

Se produce así para este autor una subsistencia del sistema progresivo, mediante un avance de grados que se debe no al éxito del tratamiento penitenciario, sino al mero transcurso del tiempo y a la proximidad de la libertad condicional.

En todo caso, y pese al aparente fracaso práctico del principio de resocialización activa mediante la aplicación de un tratamiento penitenciario, el sistema de individualización científica ha conservado en parte su especificidad de rasgos en al menos uno de sus aspectos centrales: el de la flexibilidad que imprime a la ejecución de la pena, flexibilidad que se manifiesta al menos en el alto grado de discrecionalidad otorgada a los órganos encargados de la observación y clasificación -Equipos Técnicos, Juntas de Tratamiento, Centro Directivo y, en su caso, Central Penitenciaria de Observación- para la asignación del grado de clasificación más adecuado a la circunstancia individual del penado y, en su consecuencia, en la determinación del Centro Penitenciario o departamento cuyo régimen de vida le acomode mejor, de modo que el penado puede ser ubicado inicialmente en el tercer grado, y en el consiguiente régimen de semilibertad, sin que sea normativamente exigible el cumplimiento previo de una porción de pena determinada ni el paso por los grados inferiores.

El principio de flexibilidad se manifiesta así como un remanente del principio de resocialización y de su encarnación en el sistema de individualización científica que acaba convirtiéndose en el negativo de un mismo cliché fotográfico: comprobado que el sistema ha entrado en crisis en cuanto que no se ha llegado a generalizar la aplicación de un tratamiento penitenciario efectivamente resocializador, por falta de recursos materiales y humanos, de especialización de los profesionales que trabajan para la Administración Penitenciaria y por problemas derivados de la superpoblación carcelaria, el sistema de individualización científica conserva como signo de identidad último la versatilidad y elasticidad que imprime a la ejecución de la pena de prisión, facilitando en la medida de lo posible su adaptación a las circunstancias personales, familiares y sociales del reo, ampliando las posibilidades de obtener beneficios y salidas al exterior que le

permitan restablecer sus contactos con el mundo extrapenitenciario y reduciendo así de modo relevante los efectos desocializadores de la pena privativa de libertad.

En definitiva, renunciado el fin de la resocialización activa o positiva, por falta de medios técnicos para ejercer la intervención efectiva en la personalidad del delincuente que se postula en el artículo 59 de la LOGP cuando se refiere al tratamiento penitenciario como conjunto de actividades directamente dirigidas a la reeducación y reinserción social de los penados, las Instituciones Penitenciarias aspiran a evitar la crisis definitiva del sistema asegurando, al menos, que la prisión sea, en sentido inverso, lo menos desocializadora posible, procurando no romper los vínculos del reo con el exterior y fomentando, en la medida de lo posible, la recuperación progresiva de los vínculos previos que el ingreso en el Centro Penitenciario ha quebrado.

Esta intelección a la inversa de la filosofía tratamental, aunque asume melancólicamente su crisis práctica, reafirma como último bastión a defender una suerte de principio no escrito ni enunciado, pero tácitamente reconocible, de prevención del efecto desocializador de la pena de prisión, y viene a afirmar que si no es posible la resocialización por medio de la cárcel, merece la pena procurar al menos que la ejecución penitenciaria sea lo menos desocializadora posible mediante una sensata adaptación de sus contenidos regimentales a las circunstancias del reo, lo que ha dado en los últimos años una proyección importante al principio de flexibilidad en la ejecución de la pena, manifestación del principio de humanidad, en dos textos normativos básicos: el Código Penal aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre (CP) y el Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero (RP), que han contribuido notoriamente a dotar de mayor elasticidad a la fase ejecutiva de la pena de prisión afectando de

modo relevante a lo que son, en palabras de MANZANARES SAMANIEGO, los dos rasgos que configuran su identidad: la duración temporal y las connotaciones regimentales de su cumplimiento.

En relación con la duración de la pena, o más precisamente, del internamiento efectivo asociado a la ejecución de la pena, el nuevo Código Penal hace un esfuerzo loable por afianzar la coherencia y la coordinación normativa del sistema penal-penitenciario al elevar al rango legal las modalidades excepcionales de libertad condicional reconocidas en el anterior ámbito reglamentario en los artículos 60 -para penados con enfermedad grave e incurable y septuagenarios- y 256 -mediante el adelantamiento de la fecha de su disfrute- del Reglamento Penitenciario de 1981 -aprobado por RD 1201/1981, de 8 de mayo, en adelante RP (1981)- poniendo fin a una singular situación de inversión de la jerarquía normativa, si bien, paradójicamente, el vigente Reglamento Penitenciario incurre de nuevo en similar incongruencia al incorporar de nuevo por la puerta falsa reglamentaria un inédito beneficio penitenciario, auténtica libertad condicional encubierta, en el artículo 86.4 RP.

En relación con las connotaciones regimentales de la pena de prisión, merece comentario aparte la diversificación de regímenes de vida y la creación de grados de clasificación mixtos que incorpora el RP al ordenamiento penitenciario, dotando de una elasticidad mayor al cumplimiento penitenciario de las penas privativas de libertad.

## **2.- LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS**

El aligeramiento de las exigencias regimentales para adaptar la ejecución de la pena a las circunstancias individuales del reo encuentra su

expresión más clásica en los denominados “beneficios penitenciarios” que según definición recogida en el artículo 202 RP son aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento y consisten en concreto en el adelantamiento de la libertad condicional y en el indulto particular, cuando es promovido por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a instancias de la Junta de Tratamiento, conforme a la legislación reguladora del derecho de gracia.

El indulto particular, en la medida en que su tramitación, una vez promovido por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, se rige por la Ley reguladora del ejercicio la Gracia de Indulto, de 18 de junio de 1870, no va a ser objeto de tratamiento en la presente ponencia, ya que no representa ninguna especialidad relevante en el sistema de ejecución de la pena pues, obviamente, no es el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien concede la gracia del indulto, sino el Gobierno, tras la tramitación del correspondiente expediente que sólo en su fase inicial presenta alguna particularidad.

Sí merece comentario aparte, por el contrario, el sistema de anticipación de la libertad condicional que se regula en el artículo 91 CP, la concesión de la libertad condicional por motivos humanitarios y sin sujeción a plazo reconocida en el artículo 91 CP y la vía alternativa o encubierta de excarcelación introducida en el artículo 86.4 del RP como especialidad regimental del tercer grado, pues todas estas figuras representan importantes manifestaciones del principio de flexibilidad en la ejecución de la pena de prisión en cuanto tratan de acomodar su expresión regimental a las circunstancias particulares del interno con el fin de facilitar su reincorporación a la sociedad con carácter complementario o independiente del resultado y de la existencia misma de genuinas actividades de tratamiento penitenciario.

## **2.1.- El adelantamiento de la libertad condicional**

Se reconoce en el artículo 91 CP cuando dice que excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior –que el sentenciado se encuentre en el tercer grado del tratamiento penitenciario y que haya observado buena conducta y exista respecto del mismo un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social– el Juez de Vigilancia Penitenciaria 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.

Desde la reforma del precepto operada por la LO 7/2003, de 30 de junio, este beneficio no es aplicable a los delitos de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal ni a los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Aunque la norma parece ligar la aplicación del beneficio a la participación del penado en actividades relevantes a efectos tratamentales, el sentido último de la institución parece apuntar más bien a un acortamiento de la condena efectiva por motivos meramente regimentales y de estímulo al comportamiento penitenciario adaptado; en este sentido se pronuncia, por ejemplo, PRATS CANUT, para quien las razones de componente humanitario que informan las excepciones del artículo 92 CP no son las que fundamentan el presente precepto y las mismas deben buscarse en una determinada formulación del régimen premial que en opinión de este autor informa el sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad, de modo que esta modalidad de libertad condicional ha sido razonada como el

sustitutivo que el nuevo Código Penal plantea como alternativa a la antigua regulación de la redención de penas por el trabajo ya que parte del mismo principio, acortar el tiempo de ingreso efectivo en un establecimiento penitenciario como consecuencia de la actitud positiva del recluso que desarrolla de forma continuada actividades laborales, culturales o educativas.

Ciertamente, llama la atención que la referencia a actividades laborales, culturales o educativas se haga con tal generalidad y amplitud, lo que parece desbordar el campo de trabajo propio y específico de la llamada actividad de tratamiento penitenciario, pues dichas actividades en muchos casos no dependen de la aplicación de medios personales y materiales de las propias Instituciones Penitenciarias, sino que remiten al empleo de recursos y medios ajenos a dicho ámbito, particularmente en caso de desarrollo de una actividad laboral externa por cuenta ajena.

De otra parte, es comprensible la laxitud con que se configura el beneficio, pues no es justo que la endémica insuficiencia de recursos propios de las Instituciones Penitenciarias y la ausencia de actividades de reeducación y resocialización programadas por los Centros Penitenciarios pare en perjuicio de los internos que se encuentran encerrados en ellos, a quienes se les estaría denegando un beneficio penitenciario por motivos de organización y funcionamiento institucional independientes de su voluntad y disposición personal si se hubiese de demandar con mayor rigor el aprovechamiento de unas actividades de tratamiento que no se dispensan en la práctica.

Se trata, en definitiva, de ofrecer una compensación, en forma de acortamiento de la condena, a quienes demuestran su adaptación al régimen penitenciario y una actitud favorable a aprovechar las actividades de toda

clase que les sean ofrecidas dentro y fuera del Centro Penitenciario como prueba de su buena disposición personal, lo que, efectivamente, se aproxima en su significado y finalidad más al anterior sistema premial de redención de penas por trabajo, abolido por el vigente Código Penal, que a los postulados teóricos de la filosofía tratamental, que conecta el disfrute de cotas más amplias de libertad y autorresponsabilidad al resultado positivo de las actividades de reeducación.

Lo cierto es que la anticipación de la fecha de disfrute de la libertad condicional no constituye tampoco una novedad del vigente Código Penal, pues en el artículo 256 del RP (1981) preveía un adelantamiento del período o grado de libertad condicional de hasta cuatro meses por cada año de cumplimiento efectivo que, curiosamente, se configuraba con un sentido más marcadamente tratamental, pues exigía para su disfrute, además del desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pudiera considerar útil para su preparación para la vida en libertad, la participación en las actividades de reeducación y reinserción social organizadas en el Establecimiento, de modo que el mero desarrollo de una actividad laboral no bastaba por sí solo para acogerse al beneficio, resultando preceptivo el sometimiento voluntario a las actividades de tratamiento programadas por el Centro y, es de suponer, el aprovechamiento de las mismas constatable en una favorable evolución de los rasgos de la personalidad del interno directamente relacionados con el delito cometido.

La autolimitación de la actividad penitenciaria a una mera comprobación de la buena disposición del interno a participar en actividades laborales, culturales o educativas, con independencia de su sujeción y aprovechamiento de actividades específicas de tratamiento penitenciario, revela en la nueva regulación introducida por el vigente Código Penal un cierto decaimiento del vigor de la filosofía del tratamiento penitenciario,



achacable probablemente a la crisis en que se ha visto sumida la práctica tratamental, en parte por falta de recursos personales y materiales para su satisfactorio desenvolvimiento, en parte por falta de resultados apreciables en este campo.

En todo caso, desaparecida la redención de penas por el trabajo, se hacía precisa alguna fórmula alternativa de estímulo al buen comportamiento regimental, y parece que a través de la nueva configuración jurídica del instituto del adelantamiento de la libertad condicional se ha encontrado un estimable medio de recompensar la buena conducta de los internos y de fortalecer el régimen interno de los establecimientos.

Esta línea se consolida en la reforma del CP introducida por LO 7/2003, de 30 de junio que ha añadido un apartado segundo al artículo 91 CP para incorporar al ordenamiento penal una segunda modalidad de adelantamiento de la fecha de disfrute de la libertad condicional, acumulable a la anteriormente expuesta, en virtud de la cual 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 del Libro II del CP o cometidos en el seno de organizaciones criminales, cuando el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior (laborales, culturales u ocupacionales) y acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

La reforma es fruto de una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán, objeto de transacción al elaborarse el dictamen de la Comisión de

Justicia del Congreso de Diputados, que venía a justificarse, en palabras del portavoz de dicho Grupo Parlamentario, por la necesidad de dotar al sistema penitenciario español de un instrumento de resocialización nuevo que permitiese superar la supuesta asimetría o desproporción derivada de la no existencia de solución intermedia entre los supuestos de suspensión y sustitución de la ejecución de la pena de prisión previstos en los artículos 80 y siguientes del Código Penal, que evitan la ejecución penitenciaria de la pena de prisión, y el inevitable cumplimiento de la pena en su integridad una vez iniciada su ejecución.

La anticipación del disfrute de la libertad condicional se vincula en este caso a la reparación del daño ocasionado a la víctima, como manifestación de esa voluntad inequívoca de resocialización, o al seguimiento, con provecho, de un tratamiento adecuado para la superación de una situación de toxicomanía o adicción, cuando la toxifrenia haya sido elemento determinante o influyente en la comisión del delito. La enmienda proponía también la inclusión de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad como presupuesto o elemento favorecedor del adelantamiento de la libertad condicional, aunque dicha posibilidad fue excluida del dictamen de la Comisión.

Aunque los trabajos prelegislativos parecen atribuir la cualidad de novedosa a esta forma especial de anticipación de la libertad condicional, como si se tratara de una inédita figura puente entre los sustitutivos clásicos de la ejecución de la pena y los beneficios penitenciarios propiamente dichos, dicha percepción de su naturaleza jurídica resulta sumamente forzada, pues lo cierto es que la nueva modalidad no presenta diferencia cualitativa apreciable con los sistemas de adelantamiento de la fecha de disfrute de la libertad condicional previstos en la redacción original del artículo 91 CP y en el artículo 256 del RP de 1981, pues responde a una

misma filosofía premial y sirve, únicamente, para avanzar el anticipo de la fecha de acceso a la libertad condicional mediante el abono cuantitativo de 90 días por año cumplido a partir de la extinción de la mitad de la condena.

## **2.2.- La libertad condicional de los enfermos graves y de los septuagenarios**

El artículo 92 CP constituye la manifestación más evidente del principio de humanidad en la ejecución de las penas de prisión; dice este precepto que no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieren cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional; el mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables.

Se trata de una previsión legal que viene complementada en el artículo 80.4 CP por un medio sustitutivo de la pena que comparte sus mismos presupuestos; según este precepto los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

El precedente inmediato de la libertad condicional para internos que padecen enfermedades graves y para septuagenarios lo encontramos en el artículo 60 RP (1981), si bien la libertad condicional de los septuagenarios se reconocía originalmente incluso antes, en el Reglamento de los Servicios de

las Prisiones de 2 de febrero de 1956, al que se incorporó luego la libertad condicional para los enfermos muy graves e incurables en la reforma introducida mediante Decreto de 29 de julio de 1977.

La novedad principal que aporta la regulación del vigente Código Penal es la normalización del instituto en cuanto a la adecuación de la jerarquía de la norma que lo aloja y a su integración sistemática, pues se incorpora al texto articulado del Código Penal y alcanza rango de Ley Orgánica para configurarse como una modalidad de libertad condicional, especial pero no extravagante del texto codificado, en tanto que la regulación precedente, albergada en una norma de rango infralegal e implantada como excepción del régimen general de la libertad condicional del Código Penal anterior, en concreto, en lo tocante al presupuesto objetivo de tener extinguidas las tres cuartas partes de la pena (artículo 98.2<sup>a</sup> ACP), planteaba algunas reservas en lo relativo a su adecuación al principio constitucional de jerarquía normativa; no obstante, la legitimidad constitucional del artículo 60 RP (1981) no llegó a ser cuestionada seriamente ni por los tribunales, que lo aplicaban sin particulares reservas, ni por la doctrina, que mayoritariamente apoyaba su inspiración humanizadora, pues como señala PRATS CANUT, la razón de humanidad que estaba en la base de la norma reglamentaria obligaba a rechazar que la misma supusiese una violación del principio de jerarquía normativa puesto que, aun no estando respaldada por la LOGP, lo estaba sin duda por el artículo 10.1 de la CE, en el que la dignidad humana se proclama fundamento del orden político y de la paz social, e incluso por el artículo 15 de la misma Norma que prohíbe las penas inhumanas.

Incorporado al Código Penal vigente el supuesto especial de libertad condicional por razones humanitarias, su aplicación constituye una manifestación evidente de la necesaria atemperación de la extensión y régimen de la pena de prisión en función de consideraciones no siempre

vinculadas a las nociones de prevención general o especial, aunque claramente reconducibles a un criterio de elasticidad y flexibilidad en la configuración e individualización de la intervención penal que por medio de la evitación de todo exceso aflictivo trata de asegurar la legitimidad social del castigo.

En su dimensión práctica, el artículo 92 CP plantea el problema de la selección de los elementos valorativos que han de intervenir en la formación del contenido de la decisión de excarcelación del enfermo o septuagenario, pues la cita del Código Penal se limita a excepcionar uno de los requisitos de la libertad condicional pero no adelanta ningún criterio orientador de la decisión.

Afortunadamente el desarrollo reglamentario de la norma, con mejor técnica, introduce la consideración de variables que buscan evitar la indefensión que generaría la devolución al seno social de delincuentes recalcitrantes o peligrosos a quienes el paso por la prisión no ha rehabilitado y a los que la propia conciencia de su estado terminal puede convertir en sujetos indiferentes a los mandatos y conminaciones de la norma penal, y lo hace, no en el Capítulo dedicado a la tramitación de los expedientes de libertad condicional, sino en sede de regulación del proceso de clasificación, en el artículo 104.4 del RP, cuando dice que los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad.

En la medida en que el artículo 92 CP sólo excepciona para el disfrute de la libertad condicional el requisito de tener cumplidas las tres cuartas

partes, o las dos terceras, de la condena, el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria sigue siendo presupuesto de la misma, y aunque las variables aplicables al proceso de clasificación fijadas en el artículo 102.2 RP ya no sean de estricta observancia conforme a lo dispuesto en el artículo 104.4 RP, la advertencia que este último precepto hace en su inciso final a la necesidad de considerar la peligrosidad del reo, obliga los órganos de la Administración Penitenciaria y al Juez de Vigilancia Penitenciaria a comprobar en todo caso si el interno presenta un perfil de peligrosidad alto que suponga un riesgo cierto para la convivencia social, pues en tal caso no procederá la progresión al tercer grado ni el acceso subsiguiente a la libertad condicional, sin perjuicio de la atención médica que le sea dispensada y de las modalidades regimentales que proceda aplicar en función de las limitaciones que la enfermedad o la edad le deparen.

De este modo considera la cuestión la Audiencia Provincial de Huesca en su Auto 71/2001, de 11 de julio (ED 2001/31970), al afirmar que no basta para la aplicación del artículo 92 CP la constatación del dato objetivo de la enfermedad sino que también ha de valorarse el aspecto subjetivo, la previsibilidad acerca del comportamiento del penado, de modo que aun mediando causa objetiva podrá denegarse la libertad cuando no exista la razonable impresión de que el penado no delinquirá.

La Audiencia Provincial de Madrid, sección 5ª, en su Auto 93/2001, de 17 de enero (ED 2001/1800), ratifica la necesidad de constatar no sólo el padecimiento de una enfermedad con un pronóstico fatal inevitable con los conocimientos actuales de la ciencia, sino que pueda considerarse relativamente próximo ese desenlace o que, aunque no sea inmediato, el propio deterioro de la salud del interno impida cualquier actividad penitenciaria normal y al mismo tiempo le genere una incapacidad delictiva total, mientras que la Audiencia Provincial de Girona, sección 3ª, en su Auto

353/2001, de 15 de octubre (ED 2001/50915), afirma la necesidad de ponderar de un lado la vida del interno, indisolublemente ligada a su dignidad, y su integridad física y salud, cuya amenaza, por padecer una enfermedad grave e incurable, se ve precisamente agravada por su estancia en prisión, y la seguridad pública, que se pretende proteger mediante las funciones de la pena privativa de libertad, de modo que el fundamento de la libertad condicional del enfermo incurable radica no tanto en la inminencia de su muerte, sino en el peligro cierto que para su vida e integridad física pueda suponer su permanencia en el recinto carcelario.

En todo caso, como recuerda RÍOS MARTÍN con cita de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Oviedo de 2 de abril de 1997, y 341/1999, de 17 de marzo, de la sección quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, si tras la progresión del interno al tercer grado conforme al artículo 104.4 RP, no se le concede finalmente la libertad condicional, no por ello se ha de producir la regresión del mismo al segundo grado, pues dicha regresión sólo se justifica si se acredita debidamente que se ha producido con posterioridad a la progresión una evolución negativa en la conducta global o personalidad del interno que justifique dicha decisión en los términos del artículo 65.3 LOGP.

### **2.3.- La excarcelación atípica o libertad condicional encubierta**

El RP lleva la regulación de las modalidades regimentales de vida al máximo grado de flexibilidad -y de tensión estructural- en el artículo 86.4 cuando fija el régimen básico de vida de los internos clasificados en el tercer grado penitenciario y tras establecer el principio de carácter general de que deberán pernoctar en el Establecimiento Penitenciario y permanecer en el mismo un mínimo diario de ocho horas, hace la salvedad expresa del interno que de modo voluntario acepte el control de su presencia fuera del Centro

mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, a quien sólo demanda la obligación de permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de programas de tratamiento, entrevistas y controles presenciales.

El riesgo de uso fraudulento de la excepción introducida en el citado artículo es evidente, pues si nada cabe objetar al empleo de dispositivos telemáticos para incrementar las posibilidades de disfrute de salidas de aquellos internos de régimen abierto merecedores de especial confianza por su buena evolución penitenciaria, la extraordinaria laxitud e inconcreción de los restantes controles mentados en el artículo puede convertir esta modalidad regimental en un medio alternativo de excarcelación que, haciendo abstracción de los presupuestos de la libertad condicional establecidos en los artículos 90 y siguientes del Código Penal y de la tramitación administrativa de los expedientes regulada en los artículos 194 y siguientes del RP, conduzca a un resultado de soltura o libertad personal del reo extravagante del marco legal.

En definitiva, nos encontramos ante una norma de rango infralegal que, incorrectamente aplicada, permite volatilizar en vía administrativa el contenido de la pena de prisión mediante la identificación de una particular modalidad del régimen abierto con la pura y simple excarcelación, pues si la Junta de Tratamiento al definir el programa aplicable al penado opta por señalar como mecanismo de control suficiente de sus actividades externas la mera presentación periódica en el Centro para “entrevistas y controles presenciales”, como indica el tenor literal del precepto comentado, la situación resultante constituiría un subrogado de la pena de prisión de imposible encaje legal y de inaprensible significado jurídico, que sustituiría la genuina ejecución por una difusa medida cautelar de naturaleza no



privativa de libertad muy similar en su apariencia al seguimiento que los servicios sociales del Centro hacen de los liberados condicionales.

No sorprende por ello que algunas decisiones jurisdiccionales hayan calificado esta modalidad regimental de auténtica “libertad condicional encubierta”, pues en su laxa configuración normativa puede ampararse una vía alternativa que permita alcanzar una situación equiparable a la libertad condicional a internos que no cumplen los presupuestos legales exigibles para acceder a dicho grado.

En aras a la seguridad jurídica sería recomendable una reforma del artículo 86.4 RP que manteniendo la posibilidad de empleo por la Administración Penitenciaria de medios telemáticos adecuados como medida de fomento de las salidas al exterior de los internos de régimen abierto, radiara del texto vigente esas otras formas de “control suficiente” que, al fin y a la postre, sólo sirven para sembrar confusión y mezclar conceptos que en ningún caso deben superponerse, pues la flexibilización de las modalidades de vida en régimen abierto ha de encontrar un límite insoslayable: la conservación del vínculo que sujeta al interno al régimen convivencial del Centro Penitenciario en el que reside, que sólo puede ser redimido por decisión jurisdiccional mediante la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o del expediente de libertad condicional por el Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando respectivamente corresponda (artículo 24 RP).

### **3.- LA DIVERSIFICACIÓN DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO**

Otro de los principios generales que configuran el tratamiento penitenciario es el de su imprescindible coordinación con las funciones regimentales. Según el artículo 71 LOGP, el fin primordial del régimen de los

Establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas. Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas.

Una manifestación de este principio la encontramos en el principio de flexibilidad de la ejecución, recogido en el artículo 100.2 RP, según el cual "con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados (se refiere a los grados primero, segundo y tercero, citados en el apartado anterior), siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad".

El precepto citado pretende asegurar una más ajustada adaptación de los modelos de ejecución a las circunstancias personales de cada interno, con el fin de superar la excesiva rigidez que la clásica división en tres grados podría representar en la configuración del anterior Reglamento de 1981. En todo caso, debemos llamar la atención acerca del carácter excepcional de su aplicación, que ha de sustentarse siempre en la necesidad de aplicar un programa específico de tratamiento al interno que no pueda ser ejecutado de otro modo.

Sectores de la doctrina penitenciaria han criticado esta manifestación reglamentaria del principio de flexibilidad por entender que se

formula de manera excesivamente amplia y sin matizaciones, que genera un riesgo de arbitrariedad en el ejercicio de sus facultades por la Administración Penitenciaria, y que en sus manifestaciones más extremas puede llegar a desvirtuar el significado del grado de clasificación asignado a un interno, incluso en perjuicio del mismo -piénsese, por ejemplo, en el penado clasificado en segundo grado al que por "necesidades del tratamiento" se le aplican aspectos restrictivos del régimen de vida característicos del primer grado-.

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA y RODRÍGUEZ RAMÍREZ han estudiado el problema que plantea la, a su entender, excesiva discrecionalidad administrativa que atribuye el comentado precepto, afirman irónicamente que el principio que anida en la previsión reglamentaria más bien puede tildarse de principio de ambigüedad que de flexibilidad, y señalan determinados elementos que a su juicio debieron ser especificados en la norma como necesarios contrapesos o límites del decisionismo administrativo, y que por haber sido omitidos, generan una relevante situación de inseguridad jurídica, en particular en los siguientes apartados:

- Los "aspectos característicos" susceptibles de combinarse.- Algunos elementos de un grado y régimen de vida son tan característicos que si se extrapolan a otros grados o regímenes éstos quedan indefectiblemente deformados.
- La dirección de la combinación.- Debió excluirse la posibilidad de que grados superiores se restrinjan con elementos de grados inferiores.
- La distancia mínima requerida entre grados para que pueda concretarse la combinación.- Se podría haber limitado la relación a

grados contiguos, pues no es admisible mezclar elementos tan dispares como los pertenecientes al régimen abierto y al cerrado.

- El tipo de programas capaces de aconsejar estas combinaciones.- Hay programas que se acomodan a cualquier grado de clasificación, por ejemplo, los programas de intervención sobre drogodependencias.

RÍOS MARTÍN, por su parte, al comentar este precepto señala que puede ser beneficioso pero que también, en ocasiones, puede perjudicar gravemente, en la medida en que puede permitir que a una persona clasificada en segundo o tercer grado le sean aplicados elementos propios del primer grado y cita el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de 9 de octubre de 1996 que estimó la queja de un preso que fue sometido a un régimen de vida con elementos restrictivos con fundamento en este artículo; el JVP argumentó que <<ante una situación que así lo exija, el Centro Penitenciario podrá utilizar los medios coercitivos y sancionadores que permite la normativa y, en su caso, la regresión de grado del interno, pero no someter al mismo a un régimen no acorde con su clasificación ni siquiera por la vía de entender que se trata de una medida tratamental pues el tratamiento es voluntario y no puede aplicarse en contra del interno>>.

En todo caso se ha de subrayar que la propia Administración Penitenciaria ha reconocido en su Instrucción 20/96, de 16 de diciembre, el carácter marcadamente finalista de esta previsión reglamentaria y su excepcionalidad que <<configuran una situación definida de especial seguimiento encaminada, si los objetivos establecidos en el programa llegan a alcanzarse, a una próxima revisión y cambio de grado de clasificación. Dicho programa se revisará como máximo cada tres meses>>. La flexible combinación de elementos procedentes de distintos grados no puede

perpetuarse en el tiempo pues se concibe como situación transitoria que, normalmente, ha de desembocar a corto plazo en progresión de grado si los objetivos del programa se cumplen satisfactoriamente.

En definitiva, pese a la razonabilidad de la crítica al artículo 100 RP desde el punto de vista de la insuficiencia de la regulación contenida en el mismo y de los riesgos de ejercicio arbitrario de sus facultades por la Administración en contra de reo, lo cierto es que el citado precepto supone un avance considerable en cuanto suministra un instrumento nuevo y eficaz para humanizar la ejecución de la pena de prisión y para adaptar su régimen de cumplimiento a la circunstancia individual de cada interno, lo cual puede resultar de extraordinario interés en ciertos casos.

En la práctica, la aplicación del artículo 100.2 RP ha cuajado en decisiones jurisdiccionales de sumo interés que han permitido una acomodación racional y justa del régimen penitenciario a determinados penados con características singulares mediante la combinación de elementos de grados diversos, particularmente del segundo y tercer grado de clasificación.

Así se aprecia en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección quinta, nº 1011/2000, de 18 de julio de 2000, en un caso en que se planteaba el problema de la clasificación en tercer grado de un interno, de nacionalidad extranjera, condenado por delito contra la salud pública y contrabando a una pena de nueve años y seis meses de prisión, el cual no había podido disfrutar de permisos de salida por el hecho de ser extranjero generándose el ya clásico círculo vicioso según el cual el interno al que no se conceden permisos de salida se ve imposibilitado para buscar trabajo y contactos en el exterior que le permitieran ganar el arraigo social necesario

para acceder al régimen de semilibertad, y a su vez, su falta de arraigo social le impide el acceso al disfrute de permisos.

El correspondiente Juzgado de Vigilancia Penitenciaria había confirmado la decisión administrativa de denegarle la progresión al tercer grado y la representación procesal del interno había recurrido en apelación instando dicha progresión.

La Audiencia Provincial de Madrid observa el círculo vicioso que se plantea entre denegación de permisos e imposibilidad de obtener un arraigo apropiado para la progresión y trata de romper dicho círculo vicioso haciendo uso del criterio de flexibilización de grados del artículo 100 RP a cuyo objeto manifiesta en su fundamento de derecho segundo que:

<<En estos casos el tribunal ha optado en alguna ocasión y opta en esta por romper el círculo vicioso que solo puede desembocar en que los internos cumplan íntegramente sus condenas sin beneficio ni suavización alguna y lo hace y lo hará esta vez al amparo del art. 100 del Reglamento Penitenciario. Se trata de mantener al penado en segundo grado pero con salidas durante los fines de semana propias del tercero con el acogimiento de la "Asociación H.", a fin de que pueda ir buscando contactos o contratos como profesional que es de la música. Esta fórmula puede considerarse sin excesiva dificultad que integra el tratamiento específico del penado pues, en lo general, los permisos, aunque formando parte del régimen penitenciario conforme a la ley, tienen el fin de preparar para la vida en libertad respetando la ley penal que es el objetivo último del tratamiento, la diferencia entre salida de fin de semana y permiso es, en su realidad práctica, mínima y en sus objetivos (art. 86) convergente, las salidas se integran en el tratamiento, como los permisos, tal como revela el singular protagonismo en su concesión de la Junta de Tratamiento ( Art. 86, 87, 160

a 162 del Reglamento); y en lo particular este tipo de salida de fin de semana es el que más se acomoda al contacto con el mundo no carcelario de un preso extranjero y profesional de la música por ser los días en que más oferta puede haber para su trabajo>>.

Así pues, mediante la aplicación al segundo grado penitenciario del régimen de salidas de fin de semana característico del tercer grado, antes de proceder a la efectiva progresión y como período preparatorio o de consolidación de factores positivos, se consigue una adecuada adaptación del régimen penitenciario a las circunstancias y necesidades del reo, permitiéndole conseguir un restablecimiento progresivo de sus lazos con la realidad exterior mediante una vía de resocialización que no hubiera sido transitable bajo la vigencia del Reglamento Penitenciario de 1981, mucho más rígido en la definición de los límites entre grados penitenciarios.

Se pone de manifiesto con ello que el tratamiento resocializador no lo suministra la prisión mediante la aplicación profesional de técnicas de intervención en la conducta y personalidad del reo, sino el mundo exterior al que el interno trata de incorporarse, mediante la obtención de un puesto de trabajo o de los contactos precisos con instituciones o grupos que puedan asegurarle la subsistencia en ulteriores estados de ejecución de la pena o en el momento de su excarcelación.

El principio de flexibilidad halla su debida expresión en este caso a través de una diversificación y modalización del régimen penitenciario inédita durante la vigencia del Reglamento anterior, que obtiene amparo legitimador en el proceso de clasificación penitenciaria mediante la combinación de elementos característicos de grados diversos, no para aplicar en sentido estricto un modelo de tratamiento activo regenerador de la personalidad, sino para permitir al reo rehacer su vida por sus propios

medios, o mediante el acceso a los recursos sociales externos que se hallen en cada caso disponibles, aliviando el rigor del régimen penitenciario en aquellos aspectos que puedan resultar obstructivos o contraproducentes para el logro del fin resocializador.

#### **4.- LA REFORMA PENITENCIARIA DEL 2003: LA IMPLANTACIÓN DE PERÍODOS DE SEGURIDAD EN EL PROCESO DE CLASIFICACIÓN Y EL EFECTO RETORNO HACIA EL SISTEMA PROGRESIVO**

La vigencia del principio de flexibilidad en la ejecución de la pena de prisión experimenta un importante recorte en la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; el mismo título de la reforma destila un juicio negativo respecto de la eficacia del sistema de individualización científica que estructura el actual sistema penitenciario español, que se caracteriza, como se ha dicho, por el amplio margen de discrecionalidad que otorga a los órganos de la Administración Penitenciaria competentes en la decisión de los procesos de clasificación, autorizando la asignación inicial de un grado de clasificación superior sin necesidad de pasar por los anteriores, y eximiendo de la exigencia de rígidos límites temporales de permanencia en grados anteriores como escalones previos al régimen de semilibertad, como ocurría en el superado sistema progresivo.

El legislador, en la exposición de motivos de la reforma, transmite una percepción negativa de tal margen de libertad decisoria y contrapone la vigencia reforzada de otro principio, el de seguridad jurídica, en compensación de los excesos de lenidad a los que a su parecer ha conducido una concepción demasiado elástica de la ejecución de la pena, para lo que identifica, con dudoso rigor técnico, principio de seguridad jurídica con



derecho del ciudadano y de la sociedad en general 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, pues, según dice la exposición, la realidad diaria y la experiencia ponen de manifiesto que en el cumplimiento de las penas existen amplios y variables ámbitos de discrecionalidad en los que resulta oportuno establecer reglas para hacer un pronóstico más certero de la pena a cumplir.

Se trata, en definitiva, de recortar la discrecionalidad en la toma de decisiones en materia de clasificación penitenciaria y de establecer criterios más rigurosos para el acceso al tercer y cuarto grado de clasificación, especialmente respecto de los culpables de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, a los que se quiere forzar a una estancia más prolongada en los grados primero y segundo.

El instrumento normativo clave de la reforma penitenciaria se construye en torno a unos denominados “períodos de seguridad” de cumplimiento previo al acceso al tercer grado penitenciario, imponiendo un límite temporal de alcance general, y unos límites o períodos mínimos especiales más rigurosos para la delincuencia terrorista y organizada, con los que se aspira a dar mayor consistencia a la ejecución de la pena de prisión mediante la prolongación del período de estancia en el régimen ordinario.

Esta restricción de la discrecionalidad administrativa en la asignación de grado va en detrimento de uno de los elementos estructurales básicos del sistema de individualización científica, el de flexibilidad en materia clasificatoria, que halla expresión cumplida en los párrafos 3 y 4 del artículo 72 LOGP, que ordenan que 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, y que en ningún caso se mantendrá a un interno en grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión, por lo que se ha de considerar que la reforma, al introducir relevantes excepciones a estos principios en caso de penas de cierta gravedad relativa y de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o terroristas, restaura en parte el escalonamiento de grados que era característico del depuesto sistema progresivo.

El período de seguridad general se recoge en el apartado segundo del artículo 36 CP, que establece que cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, implantando un período de seguridad común aplicable a toda pena de prisión de duración superior a la indicada con independencia del tipo delictivo que retribuya.

La aparente rigidez de esta exigencia se suaviza, sin embargo, en el segundo párrafo del mismo apartado, cuando admite que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente la aplicación del régimen general de cumplimiento, por lo que no queda vedado de modo absoluto el acceso de estos penados al tercer grado durante la primera mitad de la condena, sino que se sujeta a una previa licencia judicial que se concederá en atención a la evolución personal del reo, apreciando unas variables sustancialmente idénticas a las previstas en los artículos 102.4 y 106.2 RP en materia de clasificación inicial y progresión de grado.

La autorización de la aplicación del régimen general al cumplimiento de la pena de prisión superior a cinco años se adopta en un expediente judicial en el que se da audiencia preceptiva al Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y a las demás partes del proceso, ensanchando de manera ostensible el ámbito de legitimación en el procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, anteriormente circunscrito al Ministerio Fiscal y al propio penado, al atribuir a Instituciones Penitenciarias la condición de parte necesaria del proceso, y al autorizar la personación de quienes fueron parte en el proceso judicial previo del que emanó la sentencia condenatoria, lo que posibilita la participación activa en el debate sobre clasificación penitenciaria de quienes fueron víctimas del hacer criminal del reo, reforma procedimental de muy amplio calado, anticipada en parte en el artículo 13 del Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, cuya valoración crítica excedería los límites de esta ponencia<sup>1</sup>.

La implantación del período de seguridad, pese a su discutible localización sistemática en la Parte General del CP, no afecta verdaderamente a ninguna dimensión sustantiva de la pena de prisión, sino al *iter* procedimental de la clasificación penitenciaria, mediante la excepción del trámite administrativo común previsto en los artículos 103 y ss. RP y su sujeción a una previa licencia judicial otorgable por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en un expediente promovido, previsiblemente, por el propio penado, en el que, en todo caso, las variables a tomar en consideración para resolver sobre la aplicabilidad del régimen general que autorizaría la

---

<sup>1</sup> El Proyecto de Ley Orgánica fue aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 4 de abril de 1997 a propuesta del Ministerio de Justicia y publicado en el <<Boletín Oficial de las Cortes>> del día 29 de abril de 1997, serie A041; el artículo 13 dice literalmente: <<Audiencia del perjudicado en el procedimiento. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, mediante auto motivado, podrá acordar que sea oída la acusación particular, con carácter previo a la adopción de la correspondiente resolución, en aquellas materias que por su trascendencia puedan afectar a la seguridad personal de la víctima o a una más completa reparación del daño causado por el delito>>.

progresión al tercer grado antes del vencimiento de la mitad de la condena van a ser exactamente las mismas que orientan las decisiones administrativas de clasificación o progresión al tercer grado.

De la nueva configuración legal resulta que una reforma concebida con el propósito de dilatar el acceso al régimen de semilibertad de los condenados a penas de prisión de una cierta gravedad relativa en cuanto superiores a cinco años, inspirada en la desconfianza hacia un sistema penitenciario supuestamente laxo, ha producido el efecto de judicializar las decisiones de progresión a tercer grado y reforzar el control jurisdiccional de los procedimientos clasificatorios, judicialización que venía siendo reivindicada por importantes sectores de la doctrina y de la judicatura.

Por lo demás, la modificación sustantiva más relevante en cuanto al cumplimiento de la pena de prisión radica en la excepción expresa que hace la norma de los delitos de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del CP y de los cometidos en el seno de organizaciones criminales, a los que veda la aplicación del régimen penitenciario general, dilatando incondicionadamente la posibilidad de progresión al tercer grado al momento en que se haya extinguido la mitad de la condena total, sin perjuicio de los límites más severos que se señalan, como veremos a continuación, en los casos de acumulación jurídica de penas.

Por otra parte, hay que reseñar la introducción de períodos de seguridad más rigurosos en otra sede: el artículo 78.3 CP. Como es sabido, la reforma penal y penitenciaria ha ampliado el límite máximo de cumplimiento efectivo de las penas acumuladas, estableciendo en el artículo 76.1 CP que el límite máximo de cumplimiento se fijará en 40 años en dos supuestos: cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al

menos dos de ellos estén castigados por ley con pena de prisión superior a 20 años (letra c); 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 del CP y alguno de ellos esté castigado por ley con pena superior a 20 años (letra d).

Según el artículo 78.1 CP si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, si bien en el caso de las letras c y d, anteriormente recogidas, dicha decisión no es facultativa, sino obligatoria, aunque 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 la aplicación del régimen general de cumplimiento.

Tratándose de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, la posibilidad de aplicar el régimen general se restringe a:

a.- La concesión del tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena, lo que supone el establecimiento de un período de seguridad de 32 años de condena.

b.- La concesión de la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena, lo que

supone el establecimiento de un período de seguridad de 35 años de condena.

Es obvio que el particular rigor de estos períodos específicos de seguridad responde al propósito de endurecer la respuesta punitiva a los fenómenos de criminalidad organizada que mayor preocupación generan en la sociedad española.

En todo caso, verificar el cómputo de los beneficios penitenciarios sobre condenas de duración superior a los 80 años representa, por imperativo aritmético más que legal, una privación de los mismos y una subrepticia implantación de penas perpetuas de dudoso encaje constitucional.

## **5.- CONCLUSIONES**

Si hubiera de alcanzarse alguna conclusión acerca de las características del sistema de cumplimiento de la pena de prisión, ésta diría que el principio de flexibilidad sigue impregnando la práctica penitenciaria constituyendo uno de los ingredientes básicos del mismo; no obstante, la reforma de 2003 ha contribuido a hacer más rígidas ciertas decisiones atinentes a grado y régimen de vida, creando una suerte de duplidad en el sistema, que lleva a diferenciar un régimen ordinario de cumplimiento, inspirado en los postulados del sistema de individualización científica, y un régimen especial o restringido, que se aproxima más a los parámetros del sistema progresivo clásico.

De este modo, las penas de prisión según su duración, hasta cinco años, o de más de cinco años, se regirán por el sistema de individualización

científica, de libertad clasificatoria y posible acceso directo al tercer grado, o por el sistema específico de períodos de seguridad implantado en la LO 7/2003, que obliga a permanecer un período extenso, equivalente a la mitad del total de la condena, en segundo grado, antes de progresar en la clasificación penitenciaria al régimen de semilibertad, estableciendo un rígido escalonamiento de inspiración progresiva.

Con carácter excepcional, rigen períodos de seguridad más rigurosos para la delincuencia terrorista y organizada, que refuerzan los fines de prevención general de la pena.

Es pronto para hacer un juicio definitivo sobre la reforma última del sistema penitenciario, debido principalmente a que la irretroactividad de su aplicación a penas impuestas por hechos anteriores a su entrada en vigor dilatará en el tiempo la percepción directa de las consecuencias de su aplicación; en todo caso, desde un punto de vista valorativo cabe afirmar que la novedosa configuración de regímenes penitenciarios especiales caracterizados por una mayor rigidez en función de la gravedad de la pena o la naturaleza del delito cometido, además de introducir una excesiva complejidad en el sistema, generará previsiblemente una restricción excesiva de las posibilidades de reincorporación social de algunos penados; quizá con ello el sistema penal salga reforzado en su significación preventivo-general, que es lo que se propone a la postre el legislador, pero no cabe duda que la flexibilidad como valor programático útil para buscar en cada caso las vías regimentales más adaptadas a las necesidades y aptitudes de reinserción social de cada reo sufrirá un recorte tan severo que, indudablemente, comprometerá en gran medida su vigencia y los saludables efectos que hasta la fecha ha venido generando en la práctica penitenciaria española.

**BIBLIOGRAFÍA**

*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm 255, año 2003, VII Legislatura, Sesión plenaria de 29 de mayo de 2003, págs. 13114 a 13129.

*Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 20/96, de 20 de diciembre, sobre clasificación y destino de penados*, punto 3.5.

Bona i Puivert, Remei, *Clasificación y tratamiento penitenciario. Traslados y permisos de salida: su control jurisdiccional*, en el volumen *Derecho Penitenciario*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, nº 33, año 1995, págs. 245 a 275.

Prats Canut, José Miguel, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, Aranzadi Editorial, 1996, págs. 492 a 506.

Manzanares Samaniego, José Luis, *Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria*, Tomo VI, Volumen 2º, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1986, págs. 1027 a 1053.

Armenta González-Palenzuela, Francisco Javier y Rodríguez Ramírez, Vicente, *Reglamento Penitenciario comentado. Análisis sistemático y recopilación de legislación*, 1999, Alcalá de Guadaíra, Sevilla, Editorial MAD, S.L., págs. 200 a 202.

Ríos Martín, Julián Carlos, *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Madrid, Editorial Colex, 2001, págs. 62 a 86.