

La desnaturalización del Derecho penitenciario por el Derecho penal: análisis de tres supuestos paradigmáticos en relación con el sistema de individualización científica

MANUEL GALLEGO DÍAZ

Profesor Ordinario de Derecho penal
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

RESUMEN

El sistema de ejecución de la pena de prisión vigente en España responde a las características del modelo de individualización científica orientado a la reeducación y reinserción social del penado. Pero determinados preceptos del Código penal y sobre todo las reformas introducidas en él, particularmente en el año 2003, en la línea de una política penitenciaria de orden y seguridad, han venido progresivamente a desmontar el modelo y los principios de ejecución penitenciaria. Las trabas para el acceso al tercer grado o a la libertad condicional, los efectos oclusivos del art. 78 en relación con estas situaciones y el acceso a los beneficios penitenciarios y los permisos de salida, así como la situación excepcional de mayor severidad en relación con el terrorismo y los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, suponen una desnaturalización del Derecho penitenciario por parte del Derecho penal. El acceso a las instituciones indicadas ya no se produce tanto en consideración a criterios de prevención especial, como la evolución del condenado, sino a criterios de prevención general o simplemente de retribución, como la clase o gravedad del delito.

Palabras clave: Ejecución de la pena. Sistema de individualización científica. Periodo de seguridad. Libertad condicional. Efectos oclusivos art. 78 Código Penal. Desnaturalización del sistema penitenciario.

ABSTRACT

The system for enforcing prison sentences in place in Spain has the characteristics of a model of scientific individualization geared towards the re-education and social re-insertion of the convict. However, certain provisions of the penal code, mainly reforms to it and especially those of 2003, follow the model of a prison policy based on order and security and have progressively undone the model and the principles of penitentiary enforcement. Barriers to accessing the third stage or conditional release, the obstructive effects of art. 78 in relation to these situations and to accessing early release and release on licence, as well as the more severe exceptional circumstances regarding terrorism and offences committed as part of a criminal organisation involve a denaturing of Prison law by Criminal law. Access to these institutions is no longer provided so much in accordance with special prevention criteria, such as the convict's development, but instead with general prevention criteria or simply punishment, such as the class or severity of the offence.

Key words: Enforcement of the sentence. System of scientific individualization. Custodial period. Conditional release. Obstructive effects of art. 78 Penal Code. Denaturing of the prison system.

I. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido ya más de 35 años de la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) sin que, a diferencia del Código Penal (CP), apenas haya sido objeto de modificaciones. Pero precisamente han sido algunas reformas del CP las que, sin tocar directamente la LOGP, han venido a socavar o erosionar algunas de las paredes maestras del sistema de individualización científica con la consiguiente desnaturalización del modelo que preside nuestro derecho de ejecución de la pena privativa de libertad. Modificaciones operadas en el CP en relación con instituciones como el acceso al régimen abierto (art. 36.2), a la libertad condicional y su adelantamiento (arts. 90 y ss.) o el denominado cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (art. 78) han venido a producir esta consecuencia. El endurecimiento que, por otro lado, han supuesto algunas de estas reformas, unido a la supresión de la redención de penas por el trabajo y a la introducción del cumplimiento íntegro de las penas en el CP vigente, además «ha llegado a producir, como sostiene Cristina Rodríguez Yagüe, una masificación que ha rozado el colapso, sin que se haya acreditado justificadamente con anterioridad su necesidad ni con pos-

terioridad su efectividad» (1). Porque esa masificación –señala la misma autora– de nuestros establecimientos penitenciarios se ha producido más por el aumento del tiempo efectivo de cumplimiento de las condenas que por el número de personas que ingresan en prisión, pues las tasas de criminalidad en nuestro país no solo no han crecido, sino, al contrario, vienen reduciéndose de año en año (2).

A esta erosión del sistema de individualización científica han contribuido especialmente las reformas del CP que tuvieron lugar durante el año 2003, particularmente la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que también afectó directamente en algunos aspectos a la LOGP. Esa ley de 2003, en respuesta al sentimiento de seguridad ciudadana y en pro de una lucha más efectiva contra la criminalidad, introdujo un fuerte endurecimiento penal fundamentado en la retribución y la prevención general. Por otra parte, atender, en consideración a tales objetivos, más a la clase de delito cometido y a la duración o gravedad de la condena impuesta que a la evolución del condenado y sus aspectos individuales y personales resulta difícilmente compatible con el mandato constitucional de la reinserción (art. 25.2 CE) que constituye el principio orientador del sistema penitenciario. La reforma del CP de 2015 ha venido a ahondar aún más en este proceso de desnaturalización del sistema, particularmente con la nueva concepción de la libertad condicional y la introducción en el catálogo de penas de la prisión permanente revisable que pone en cuestión muchos aspectos del sistema de individualización científica y del principio de reinserción social al que deben orientarse las penas privativas de libertad.

II. EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA

El ordenamiento penitenciario español se adscribe decididamente al modelo rehabilitador, consecuencia de la propia opción elegida sobre la finalidad de la pena en la CE (art. 25.2) con las cautelas introducidas por el Tribunal Constitucional (3). Este precepto constitucional consagra un mandato irrenunciable para la Administración penitenciaria, por lo que no se puede condicionar la resocialización a

(1) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*, Iustel, Madrid, 2013, p. 32.

(2) *Ibidem*, p. 16.

(3) *Vid.* RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 245.

planteamientos políticos ni económicos. Lo contrario sería condenar a los internos al amedrentamiento y al puro castigo (4). Por ello la LOGP establece en el artículo 1 que «las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad», aunque sin olvidar «la retención y custodia de detenidos, presos y penados».

No obstante, ante el escepticismo reinante en torno a la resocialización, y sobre todo ante la falta de resultados visibles, no faltan quienes pretendan volver a planteamientos retributivos y de prevención general, como los introducidos en algunas de las reformas llevadas a cabo en nuestro Código Penal en el año 2003. Pero, de acuerdo con el mandato constitucional y las mismas exigencias del Estado social, el sistema penitenciario no puede dejar enteramente cerrada la esperanza al penado sino que tiene que ofrecerle ayudas y estímulos que le permitan avanzar en la línea de su reeducación y reinserción. Además, aparte de los programas y actividades diferenciados que, libre y voluntariamente, sin ningún tipo de coacción, puedan ofrecerse a los penados en orden a prepararles para poder vivir pacíficamente en la sociedad, el sistema penitenciario ha de incidir en la propia forma de cumplir la pena de prisión creando las condiciones necesarias que eviten, o al menos reduzcan al mínimo, sus efectos desocializadores y permitan al penado avanzar en esa preparación para la vida en libertad a través de los permisos de salida, el régimen abierto o la libertad condicional.

En todo caso, la pena de prisión necesita humanizarse lo más posible debiéndose cumplir en condiciones de vida dignas para los internos y respetuosas con aquellos derechos constitucionales que no queden afectados por la condena. Y se ha de procurar que el interno al menos no salga de la prisión más desocializado de lo que entró para tratar de incorporarlo pacíficamente a la sociedad. Como ha señalado Vicenta Cervelló, la eficacia de la pena no depende tanto de su mayor duración como de una ejecución adecuada que respete las directrices constitucionales en lo que se refiere a los derechos individuales y a su orientación resocializadora (5). El cumplimiento de la pena de prisión ha de ser siempre humano, lo menos destructivo y desocializador posible. Y para ello el sistema penitenciario ha de dejar siempre una

(4) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., en Berdugo Gómez de la Torre, I., y Rodríguez Zúñiga, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Universidad de Salamanca-Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 350.

(5) CERVELLÓ DONDERIS, V., «Restricción de beneficios penitenciarios en el Código Penal de 1995», *Cuadernos Jurídicos*, núm. 42, junio 1996, p. 40.

puerta abierta a la esperanza que ayude al interno a avanzar en la línea de su futura reinserción.

Pese a todas las dificultades y crisis de la filosofía de la resocialización se entiende mayoritariamente que la finalidad de la reeducación y reinserción que constituye el mandato constitucional no puede prescindir de las posibilidades de acceso del interno a programas de actividades de orden formativo, sociocultural, informativo y laboral en orden a superar las carencias que presentan los internos, por un lado, y la incentivación de los contactos del interno con el exterior a través del favorecimiento de sus relaciones con el entorno familiar, social y laboral, por otro. De esta manera se logrará que el interno no salga más desocializado de lo que entró. Este es el planteamiento del tratamiento que está en la base del Reglamento Penitenciario de 1996 frente al más clínico o terapéutico de la LOGP.

De acuerdo con lo establecido en el art. 72.1 LOGP «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». Todo este sistema de individualización científica está estructurado sobre la base de una evolución positiva del penado respecto de la reeducación y reinserción social, de modo que, en función de los avances experimentados en el tratamiento y al margen de períodos de duración establecidos en consideración a la naturaleza del delito y a la gravedad de la condena, se le van reconociendo una mitigación de la dureza del régimen y mayores posibilidades de libertad (permisos de salida, acceso al régimen abierto) hasta conseguir la excarcelación aun antes de haber extinguido completamente la condena (libertad condicional).

Para lograr esta finalidad de reeducación y reinserción social, la LOGP, nacida –como sus homólogas alemana e italiana– todavía en una época de cierto fervor resocializador (6) y pensando que el tratamiento podía ser la solución para todos los problemas del delincuente, le dedica todo el título III haciendo de él eje vertebrador de toda la actividad penitenciaria. Como decía el Preámbulo del Proyecto de la LOGP «la sanción de privación de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, mediante la utilización de los métodos científicos adecuados».

(6) Cuando en 1979 se aprueba la LOGP «la ideología del tratamiento» como eje de la ejecución penitenciaria ya es objeto de numerosas críticas y entra en una fase de decadencia (JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, 3.ª ed. Iustel, Madrid, 2016, p. 131).

Y es precisamente en torno al mismo concepto de tratamiento como el instrumento más indicado para conseguir la resocialización del delincuente donde se sitúa el mayor problema ya que se ha extendido sobre él el mismo sentimiento de escepticismo que pesa sobre la resocialización (7). No obstante, el tratamiento puede entenderse de muy distintas maneras. Puede serlo como manipulación de la personalidad del interno para modificar coactivamente sus actitudes y escala de valores o simplemente como ofrecimiento voluntario al interno de los medios necesarios para superar sus problemas y carencias personales que le permitan integrarse en la sociedad sin volver a recaer en el delito (8). La primera concepción del tratamiento ha merecido serias críticas entre penalistas y penitenciaristas por entender que supone un ataque a derechos fundamentales de la persona. Según el Preámbulo del Proyecto de la LOGP «el tratamiento no pretende consistir en una modificación impuesta de la personalidad del hombre, sino en una puesta a disposición del mismo de los elementos necesarios para ayudarle a vivir fecundamente su libertad. En consecuencia, será programado, individualizado y voluntario, estimulándose la colaboración personal del interno, llamado a desempeñar un papel cada vez más intensamente protagonista, en el marco de un sistema penitenciario progresivo, dotado de una flexibilidad que lo aleje de los precedentes clásicos aproximándolo a lo que podría denominarse un «sistema de individualización científica», como efectúa ya expresamente el art. 72.1 LOGP anteriormente citado.

Este sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, que constituye una modalidad del sistema progresivo, se basa en el tratamiento penitenciario y la clasificación en grados y se caracteriza por su flexibilidad, toda vez que permite al penado ser clasificado en cualquiera de los grados previstos en la ley, excepto en el último de la libertad condicional, sin necesidad de tener que pasar por todos y cada uno de ellos y permanecer un mínimo o un máximo de tiempo en cada uno. En función de la evolución de la personalidad del interno y de sus avances o retrocesos en el tratamiento prescrito se producirán procesos de progresión o regresión en el sistema. Por otro lado, de acuerdo con cada uno de los grados de tratamiento en que el interno sea clasificado será destinado al establecimiento determinado que corresponda según al primero, segundo o tercer grado con un particular régimen de vida

(7) Vid. HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 154.

(8) Vid. BUENO ARÚS, F., «Notas sobre la Ley General Penitenciaria», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 220-223 (enero-diciembre 1978), pp. 131-132.

en cuanto a salidas, comunicaciones, horas de patio o permisos en los términos establecidos en el Reglamento Penitenciario (RP).

El sistema de clasificación debe basarse, pues, en la situación y evolución del interno en el tratamiento por lo que, según el art. 62 a) LOGP, este «estará basado en el 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 a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno». A partir de ese análisis, según establece el art. 62 b) LOGP se elaborará un diagnóstico de personalidad y un juicio pronóstico inicial, «que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales del sujeto». En consecuencia, el tratamiento, según continúa concretando el art. 63 LOGP, tendrá que ser individualizado, «consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno», complejo, programado y de carácter continuo y dinámico, «dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena». En consideración a su carácter individualizado el tratamiento va a determinar el grado de clasificación y el correspondiente régimen de vida aplicable al interno que, al margen de consideraciones o criterios objetivos, permita responder a sus necesidades y carencias.

Los procesos clasificatorios de progresión y regresión de grado tendrán que venir determinados en consecuencia por la evolución en el tratamiento. Así el art. 65.1 LOGP determina que «la evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen», con lo que, de acuerdo con el apartado 2 de este art. 65 LOGP, «la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno, y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad». Correspondientemente, por su parte, el art. 65.3 LOGP, que es objeto de ulterior desarrollo por el art. 106.3 RP, mantiene igual criterio para la regresión en grado, aunque con otras palabras, pues esta «procederá cuando

se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad» o «una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno», como establece el art. 106.3 RP.

Este sistema de individualización científica y la consiguiente clasificación en los distintos grados están sujetos al principio de revisión periódica, de modo que según el art. 72.4 LOGP «en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión». Por eso, a estos efectos, el artículo 65.4 LOGP, reproducido a la vez por el artículo 105.1 RP, establece que «cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para considerar su anterior clasificación...». Estas ulteriores clasificaciones, a diferencia de la inicial, van a depender ya directamente no tanto de la observación del interno como de su evolución en el tratamiento, lo que nos reconduce, fundamentalmente, a la evolución de la personalidad (9).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 65 LOGP para la evolución en el tratamiento y lo dispuesto en el artículo 63 para la clasificación inicial el proceso clasificador debe tener efectivamente su principal asiento en la personalidad del interno, es decir, como establece el art. 62 a), en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actividades del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad (10). Si, como señala MANZANARES, la clasificación se hace –en palabras del propio artículo 63– «para la individualización del tratamiento», y si este se dirige a la reeducación y inserción social del penado, pretendiendo que sea una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades (art. 59, 1 y 2 LOGP), ha de concluirse que lo que realmente interesa es la personalidad del reo. Todo lo demás solo servirá –al menos en principio– como síntomas o medios de conocimiento de dicha personalidad. Cuando el artículo 63 sitúa junto a la personalidad el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, olvida que, en buena técnica, esos últimos factores solo deben contar en tanto nos permitan conocer la personalidad del penado, y más exactamente el aspecto de la misma que

(9) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La clasificación», en Cobo del Rosal, M. (dir.) y Bajo Fernández, M. (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, p. 953.

(10) Vid. TAMARIT SUMALLA, J.-M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.ª J., *Curso de Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 260.

conecta con el comportamiento criminal. El anteriormente citado artículo 65.2 LOGP –reproducido esencialmente por el art. 106.2 RP– lo entiende de esa forma al disponer que «la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva», añadiendo que la modificación, «se manifestará en la conducta global del interno» (11). Dicha conducta juega en la progresión en grado el mismo papel sintomático o medial que en la clasificación inicial, que comienza precisamente con «la adecuada observación de cada penado» (art. 63 LOGP) (12).

Es evidente que esta vinculación entre tratamiento y clasificación puede suponer una restricción importante para el interno dejando en entredicho la voluntariedad del tratamiento en el sentido de que si no acepta someterse a él va a quedar al margen de los beneficios que suponga la progresión en grado. Pero a este respecto tanto el art. 239 del anterior RP (13) como el art. 112 del vigente han contribuido a desvincular tratamiento y clasificación (14). En este sentido el art. 112.3 RP 1996 establece que «el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado». Es decir, que el rechazo o la no colaboración en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, aparte de no dar lugar a consecuencias disciplinarias ni regimentales, no supondrá tampoco regresión alguna de grado. Pero ¿podrá privar al interno de la progresión en grado? En modo alguno. El apartado 4 de este mismo artículo del RP añade a continuación que «en los casos a que se refiere el apartado anterior, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes».

(11) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «La clasificación», en *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2.º, cit. (nota 9), p. 953.

(12) MANZANARES SAMANIEGO, *ibidem*, pp. 952-953.

(13) El artículo 239.3 RP de 1981 establecía que «el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado. La clasificación se realizará, en estos casos, en último término mediante observación directa del comportamiento y utilización de los datos documentales existentes».

(14) *Vid.* TAMARIT SUMALLA, *Curso de Derecho Penitenciario*, cit. (nota 10), pp. 259-260.

Ello es lógico porque en otro caso la ejecución de la pena al margen de la clasificación con la consiguiente exclusión de las consecuencias positivas que conlleva (permisos, comunicaciones, etc.) quedaría convertida en pura retención con olvido de la exigencia de la orientación de la pena a la reeducación y reinserción y la voluntariedad del tratamiento quedaría seriamente constreñida privando al interno del derecho que tiene, si se dan las condiciones para ello, a ser progresado en grado aunque rechace o no acepte el tratamiento (15).

III. ACCESO AL TERCER GRADO: EL PERIODO DE SEGURIDAD

De acuerdo con la filosofía propia del sistema de individualización científica el ordenamiento penitenciario no exige en principio ningún plazo o parte proporcional de extinción de la condena para poder progresar a tercer grado. Solamente el art. 104.2 RP dispone que «para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado».

Pero esta situación penitenciaria cambió a partir de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que llevó a cabo importantes restricciones para acceder al tercer grado de régimen abierto o semilibertad. En primer lugar, esta ley añadió un segundo apartado al art. 36 CP por el que se introdujo el llamado período de seguridad, procedente del derecho francés, una disposición de naturaleza penitenciaria que no tiene por qué ser objeto de regulación en el Código Penal (16). Y, en segundo lugar, incorporó los nuevos apartados 5 y 6 al art. 72 LOGP en los que se exige haber satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito o condiciones particulares para los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

(15) *Vid.* JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, cit. (nota 6), p. 147.

(16) *Vid.* GARCÍA ALBERO, R. y TORRES ROSELL, N., «Artículo 36», en Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Código penal Español*, t. I, 7.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 438-439; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 107.

El apartado 2 del art. 36 CP, en su párrafo primero (17), establecía inicialmente 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», de modo que quedaba preceptivamente bloqueado en esas penas el acceso al régimen abierto hasta haber cumplido la mitad de la condena.

La posterior reforma llevada a cabo en este precepto por la LO 5/2010, de 22 de junio, tuvo lugar en dos direcciones diferentes: flexibilidad del periodo de seguridad, por una parte, y endurecimiento del régimen para determinado tipo de delincuencia, por otra. Efectivamente, la reforma de 2010 flexibilizó el régimen general de acceso al tercer grado al convertir el periodo de seguridad en facultativo, surgiendo entonces la cuestión de a qué criterios habrá de atender el juez o tribunal sentenciador para adoptar su decisión. Al no decirse nada en el texto legal habrá que acudir a los criterios generales que presiden la clasificación en el ordenamiento penitenciario, de modo que si tales criterios apoyan con claridad el acceso al tercer grado habrá que optar por permitir la clasificación en el mismo al margen de la duración de la pena. Este planteamiento viene también avalado por los criterios que se establecen en el último párrafo del apartado 2 del art. 36 CP para acordar la revocación del periodo de seguridad y la reversibilidad al régimen general de cumplimiento: las circunstancias personales del reo y la evolución en el tratamiento reeducador, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

Por otro lado, la reforma de 2010 endureció el régimen de ejecución de la pena en relación con determinados delitos al establecer que cuando la duración de la pena sea superior a cinco años y se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII de Libro II del Código penal; delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; delitos del artículo 183 (abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años ahora) y delitos del Capítulo V del Título VIII del Código Penal (relativos a la prostitución y corrupción de menores), cuando la víctima sea menor de trece años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena. Como acertadamente considera Rodríguez Yagüe, «se parte así bien del entendimiento de que se trata de una delincuencia que es impermeable

(17) Tras la reforma llevada a cabo en el precepto por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, este párrafo ha pasado a ser el segundo del apartado 2 del art. 36 CP.

al tratamiento y a las posibilidades de resocialización, bien de la reafirmación prioritaria de otros fines para estos casos como son la retribución, la prevención general o la inocuización en detrimento del de resocialización» (18).

No obstante, en el párrafo último del precepto, se le permite al Juez de Vigilancia acordar la reversibilidad de la decisión con la consecuencia de la revocación del periodo de seguridad y la aplicación del régimen general de cumplimiento en determinados casos. «El juez de Vigilancia, establece el art. 36.2 en su último párrafo, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior». Es decir, que en relación con aquellos delitos en los que es obligatorio o preceptivo el periodo de seguridad ya no es posible dicha reversibilidad; no solo en los delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo VII del título XXII del Libro II del Código penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, sino tampoco en los delitos del artículo 183 CP (abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años ahora) y delitos del Capítulo V del Título VIII del Código Penal (relativos a la prostitución y corrupción de menores cuando la víctima sea menor de trece años). Esta posibilidad de reversión, prevista ya por la LO 7/2003, se introdujo para acallar las posibles críticas respecto a la constitucionalidad de acuerdo con el art. 25.2 CE, ya que para acordar el periodo de seguridad se atendía solo al criterio de la gravedad de la pena impuesta sin consideración alguna a la perspectiva resocializadora que es la que está a la base de la clasificación penitenciaria.

En todo caso para la aplicación del periodo de seguridad se tendrá en cuenta únicamente la duración de cada pena de prisión individualmente, sin que puedan sumarse la totalidad de las penas de prisión impuestas ni el tiempo de privación de libertad procedente de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (19). Esta es también la interpre-

(18) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), p. 107.

(19) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), p. 107; Acuerdos de los JVP en la XIII Reunión, Valencia, marzo 2004; AAP Barcelona, 30 junio 2004.

tación que finalmente ha adoptado Instituciones Penitenciarias (Instrucción 2/2005, de 15 de marzo de la DGIP) (20).

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, continúa con la línea de regular en el Código Penal el acceso al tercer grado, ahora en lo tocante a la pena de prisión permanente revisable, de nueva incorporación al sistema de penas del Código. El nuevo apartado 1 del artículo 36 CP dispone ahora que «la clasificación del condenado en tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse: a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos». Y añade en un segundo párrafo que «en estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho de prisión, en el previsto en la letra b)». En este caso, pues, la intromisión «penitenciaria» del Código penal alcanza hasta los mismos permisos de salida.

Por su parte, el nuevo artículo 78 bis, introducido por esta última reforma en el Código Penal establece que «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento: a. de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años. b. de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años. c. de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigado con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más».

Desde el punto de vista político-criminal, el establecimiento preventivo de un «período de seguridad» para obtener la clasificación en tercer grado cuando se trate de penas superiores a cinco años, consti-

(20) *Vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), pp. 85-86.

tuye –según señalan Ramón García Albero y Nuria Torres Rosell– «un botón de muestra relevante del ocaso de las teorías de la reinserción y rehabilitación social ante el imparable auge de criterios preventivo-generales positivos que enmascaran, simple y llanamente, un neorretribucionismo mal disimulado, aun cuando pretendieran vestirse aludiendo al derecho del ‘ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta’. Un tal conocimiento, referido precisamente a la clasificación, como pretendía la ley, resulta conceptualmente inviable, salvo que se desnaturalice por completo el concepto, naturaleza y contenido de la clasificación misma» (21). No hay que olvidar que, de acuerdo con nuestro sistema penitenciario, la clasificación consiste en asignar al interno el régimen de vida más adecuado a su programa de tratamiento, que es individualizado y, por consiguiente, dependiente no tanto de la gravedad y duración de la pena, como de variables personales, como la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento (art. 102.2 RP). Por ello, como establece el art. 105.1 RP, «cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para estudiar y reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial», pues, según dispone el art. 72.4 LOGP, «en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión». Vincular exclusivamente el acceso al tercer grado a la gravedad de la pena impuesta supone –como señalan los autores citados– la introducción de un elemento extraño al sistema de individualización científica que convertirá en inútil la revisión semestral de la clasificación hasta que no se haya cumplido la mitad de la pena impuesta, salvo que el JVP decida volver –cuando ello sea posible– al cumplimiento general y revoque el periodo de seguridad. Obligar a cumplir la mitad de la pena para poder acceder al tercer grado, incluso en contra de un pronóstico resocializador favorable, supone, como señala Rodríguez Yagüe, «tanto una vulneración de lo establecido en el artículo 72.4 LOGP que impide mantener a un interno en un grado inferior al que se merece por su evolución en el tratamiento, como la inclusión de criterios referidos a la proporcionalidad de las

(21) GARCÍA ALBERO, R. y TORRES ROSELL, N., «Artículo 36», en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, cit. (nota 16), p. 437.

penas, que deben circunscribirse al ámbito legislativo y judicial, en una esfera, como la de la ejecución penal, que debe ser regida por el criterio de la resocialización» (22). En el mismo sentido reconoce Mapelli que el periodo de seguridad no solo aleja el sistema de progresión de las metas resocializadoras, sino que entra en contradicción con el principio programático del 72.4 LOGP (23).

La flexibilización que introdujo la LO 5/2010 en el periodo de seguridad al convertir su aplicación en facultativa en lugar de preceptiva atenúa en parte las críticas que se pueden dirigir a esta institución, pero no las elimina. El periodo de seguridad, que sigue siendo preceptivo para los delitos indicados en el párrafo tercero del artículo 36.2 CP, viene a desnaturalizar el sistema de clasificación diseñado por el ordenamiento penitenciario, pues aquella no se hace depender de la duración o el tiempo de cumplimiento de la condena impuesta, sino de la evolución del interno. Se introducen así factores ajenos al sistema de clasificación de nuestro sistema de individualización científica. Además, según este sistema, el interno no tiene por qué empezar por un determinado grado en el cumplimiento de la pena para ir progresando por los sucesivos periodos hasta llegar al periodo final, sino que, si lo aconsejan las condiciones personales del penado, puede ser clasificado inicialmente en segundo o tercer grado (art. 102, 3 y 4 RP), sin perjuicio, como ya se ha indicado, de tener en cuenta determinadas cautelas para hacerlo directamente en el tercero (art. 104.3 RP). «El período de seguridad, entiende Rodríguez Yagüe, supone la inclusión de un elemento muy importante de rigidez en el carácter flexible del sistema de individualización científica que nos devuelve lamentablemente a los estadios del régimen progresivo de comienzos del siglo xx (24). No hay que olvidar, como recuerda esta autora que «la legislación penitenciaria ya dispone de mecanismos para evaluar las necesidades de progresión de un penado a partir de su evolución individual e impedir una excarcelación temprana no respaldada por la existencia de criterios basados en un pronóstico favorable de reinserción» (25).

Pero no solo ha sido el establecimiento del periodo de seguridad lo que ha endurecido el paso al tercer grado. En la misma reforma llevada a cabo por la LO 7/2003, se añadieron dos nuevos apartados 5 y 6 al artículo 72 LOGP que, como señala Rodríguez Yagüe, sólo tan-

(22) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), p. 84.

(23) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), p. 185.

(24) *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), p. 84.

(25) *Ibidem*, p. 106.

gencialmente responden a criterios de evaluación del tratamiento y de progresión del individuo (26). Según el nuevo apartado 5 de este precepto para la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento se requiere que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, norma que, según se establece en el precepto, se aplicará singularmente cuando el interno haya sido condenado por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas, los derechos de los trabajadores, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al XIX del Libro II del CP. En consecuencia, habrá que entender con flexibilidad este requisito poniendo el acento en el esfuerzo o el compromiso realizado por el condenado o como dice el mismo art. 72.5 LOGP «considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño o 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», por lo que las Juntas de Tratamiento tendrán que valorar ponderadamente sobre todo el esfuerzo, la actitud o el compromiso efectivos del interno tendentes a resarcir el daño ocasionado por el delito (véase en este sentido la Instrucción de Instituciones Penitenciarias 2/2004). En sentido parecido se pronuncia ahora, tras la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 80.2.3ª, en materia de suspensión condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad, al disponer que el requisito «se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine». Como sostiene José Luis Díez Ripollés, condicionar la suspensión de la ejecución de la pena, la progresión al tercer grado o la libertad condicional a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito resulta solo admisible en cuanto se integre en, o al menos no obstaculice, el proceso de reeducación y reinserción social

(26) *Ibidem*, p. 86.

del delincuente, objetivo que ha de predominar frente al de la mera reparación del daño cuando no sean compatibles» (27).

Según el art. 72.6 LOGP, en los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales para poder progresar a tercer grado de tratamiento penitenciario, además de satisfacer la responsabilidad civil, el condenado tiene que cumplir otras condiciones o requisitos adicionales. En concreto este precepto establece que «del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo VII del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonios 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 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». También este requisito solo tangencialmente obedece a criterios de evaluación del tratamiento y de progresión del interno.

Con ello además, como señala Rodríguez Yagüe, «se incorpora una institución de carácter premial como la colaboración, contenida como atenuación de la pena en el artículo 579.4 (ahora 579 bis.3) CP, al ámbito de la ejecución penal, lo que implica subordinar el cumplimiento a conductas de naturaleza delatora y, con ello, introducir criterios mercantilistas que contradicen los principios que rigen este ámbito. Asimismo, sigue diciendo esta autora, estos requisitos suponen una importante interferencia ideológica en el interno al margen de que puedan tener poca relevancia práctica en tanto el modelo de ejecución penitenciaria en este tipo de delincuencia (clasificación en pri-

(27) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos y penas en España*, Catarata, Madrid, 2015, p. 56.

mer grado, no asunción del tratamiento, ausencia de permisos, cumplimiento íntegro) no es el más propicio para obtener una actuación colaboradora por parte del penado». Como con razón pone de manifiesto esta autora se trata de «la inclusión de elementos morales como el arrepentimiento y, con ello, de una intervención ilegítima en su libertad ideológica, produciéndose así una instrumentalización del recluso que, además de poder comportarle una inexigible autopuesta en una situación de riesgo vital, es de difícil consecución, pues en muchos casos, y si se encuentra desvinculado de la banda terrorista o asociación criminal como también se exige, no va a disponer de información necesaria para prestarla» (28).

IV. LAS CONDICIONES PARA LA OBTENCIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

En la pena de prisión es preciso distinguir entre dos conceptos o magnitudes: por una parte, la pena nominal a la que se le condena al sujeto en la sentencia y, por otra, la pena real que consiste en la cantidad de pena que se ejecuta materialmente. Como advierte Mapelli, las diferencias entre estas dos magnitudes solo tienen sentido en un sistema orientado hacia la prevención especial (29). Dentro de este planteamiento hay que encuadrar la institución de la libertad condicional, último período del sistema de tratamiento penitenciario en el que el penado, aun cuando pueda ser sometido a determinadas obligaciones o deberes, ya es excarcelado, si bien sigue cumpliendo todavía su condena hasta alcanzar el tiempo de la pena nominal impuesta en la sentencia.

No obstante, la reciente reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 ha dado una orientación nueva a la libertad condicional que, más allá del último período del sistema de individualización científica, pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena para la que se establece el correspondiente plazo de suspensión de dos a cinco años, sin que en todo caso pueda ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento (art. 90.5 CP). En palabras de la Exposición de Motivos de la Ley (V) «al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, el

(28) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), pp. 89-90. En el mismo sentido considera Díez Ripollés, J. L. que se trata de la imposición de «una conversión moral en toda regla que va más allá del rechazo sincero a la violencia y sus promotores» (*Delitos y penas en España*, cit. (nota 27), p. 104).

(29) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), p. 106.

tiempo en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado período de tiempo: si, durante ese tiempo, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; por el contrario, si durante ese período de libertad condicional (o de suspensión de la ejecución del resto de la pena) comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba». Es decir, el tiempo de libertad condicional ya no es tiempo de cumplimiento de la pena, como propiamente requiere el sistema de individualización científica, sino tiempo de suspensión de la ejecución del resto de la pena y, en consecuencia, se extiende a toda la institución la norma que con carácter excepcional venía rigiendo para los condenados por terrorismo desde la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (30). En consecuencia, en caso de revocación de la libertad condicional por incumplimiento de las condiciones, con este cambio sustancial en la naturaleza de la institución, el tiempo transcurrido en libertad condicional ya no se computa como tiempo cumplido y descontado del resto de la pena a cumplir al ingresar en prisión, sino que el interno tendrá que cumplir el tiempo de pena que ha pasado en libertad condicional y el que le quede aún por cumplir. Esto supone cumplir doblemente este período de la pena en cuanto que durante el tiempo pasado en libertad condicional ha estado sometido también a determinados deberes u obligaciones que no son tenidos en cuenta al ingresar de nuevo en prisión. Una solución ciertamente disfuncional y regresiva que viene a desnaturalizar por completo la naturaleza de la libertad condicional. Como atinadamente reconoce C. Rodríguez Yagüe, «se trata de una medida meramente retributiva y contraria no sólo al principio de reinserción, sino también al principio de cosa juzgada y al de seguridad jurídica» (31).

(30) De acuerdo con ello el artículo 90.6 CP dispone ahora que «la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena».

(31) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), p. 91. Para MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. «esta trascendental modificación supone relegar la histórica orientación preventivo especial de la institución en beneficio de las exigencias retributivas que consideran que la pena cumplida en libertad condicional no es suficientemente aflictiva (*Derecho Penal. Parte General*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 625-626).

En consecuencia, la libertad condicional se ha desnaturalizado por completo habiendo dejado de ser ahora una forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad de acuerdo con el principio de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, según consagra el art. 72. 1 LOGP. Como afirma Fernández Bermejo, «la libertad condicional se desnaturaliza, perdiendo la esencia con la que surgió, arrumbando el sistema de individualización científica, y alejándose de la finalidad perseguida por la Ley Penitenciaria y la Constitución Española, que no es otra que la conexión de los penados con la sociedad, acercándoles progresivamente a la libertad, y todo ello en aras de la consecución de la reinserción social» (32).

A la libertad condicional no se accede de manera automática, por el mero transcurso del tiempo, sino que se exigen determinadas condiciones o requisitos que tienen como base las posibilidades de reinserción social del condenado. En concreto, el artículo 90.1 CP exige que para que el juez de vigilancia penitenciaria acuerde la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y conceda la libertad condicional el penado deberá encontrarse clasificado en tercer grado, haber extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta y haber observado buena conducta.

El requisito temporal de haber cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta –o en su caso las dos terceras partes (art. 90.2 CP) o incluso la mitad de la condena (art. 90.2 y 3 CP) (33)– constituye uno de los criterios tradicionales para poder obtener la libertad condicional. Es razonable que así sea tanto desde el punto de vista de poder verificar sobradamente las posibilidades de reinserción social del penado como desde el punto de vista de la prevención general, sobre todo en relación con penas largas de prisión que correrían el riesgo de quedar desnaturalizadas si se pudiera acceder en cualquier momento a la libertad condicional. No hay que olvidar además que el paso a la libertad condicional supone un salto cualitativo desde el punto de vista del sistema de individualización científica. Esto determina, por otra parte, que para acceder a la libertad condicional haya que estar previamente clasificado en tercer

(32) FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «La desnaturalización de la libertad condicional a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal», *La Ley Penal*, núm. 115 (julio-agosto 2015), p. 17.

(33) La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal, ha introducido una modalidad más de libertad condicional al haber extinguido la mitad de la condena para quienes, siendo su primera condena de prisión, esta no supere los tres años.

grado, lo cual no deja de ser una garantía de la no comisión de delitos al llegar el momento de la excarcelación (34).

Otro requisito tradicional, el de la buena conducta, no deja de plantear problemas desde la filosofía propia del sistema de individualización científica ya que, como se viene concibiendo tradicionalmente en la doctrina y en la jurisprudencia acerca más la libertad condicional a su naturaleza premial que al objetivo de la reinserción social. Ante la ausencia de una definición legal de la buena conducta, nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado que no deja de suscitar problemas interpretativos a la hora de su delimitación. No obstante, tanto la doctrina mayoritaria como la práctica jurisprudencial y penitenciaria han venido interpretando el requisito en conexión con el comportamiento disciplinario, como ausencia de sanciones por faltas graves o muy graves sin cancelar. En la práctica este requisito se ha automatizado al relacionarlo, no con el análisis de la actitud general del interno frente a las normas sobre el orden en el interior del establecimiento, sino con la simple constatación de la existencia o no de expedientes disciplinarios, por infracciones de faltas de las enumeradas en los arts. 108 y 109 del RP de 1981 –artículos que han conservado su vigencia por la disposición derogatoria única, apartado 3, del vigente RP– sin cancelar o sin prescribir (arts. 258 a 263 del RP) (35). Pero en modo alguno el requisito de la buena conducta puede convertirse en un premio a la adaptación a la vida carcelaria, sino que, yendo al fundamento y razón de ser de la libertad condicional, debe tratarse de un comportamiento del que pueda inferirse una vida en libertad –aunque no sea todavía definitiva– respetuosa con el orden normativo. No es de extrañar, pues, que incluso algún sector doctrinal llegue a cuestionar la oportunidad y procedencia del requisito al considerar que se trata de una valoración más propia del viejo sistema progresivo que del actual sistema de individualización científica, en el que lo que importa no es el buen comportamiento carcelario y el simple transcurso del tiempo, sino las exigencias del tratamiento resocializador o la proximidad a la meta resocializadora (36).

Teniendo en cuenta el fundamento y la razón de ser de la libertad condicional el requisito de la buena conducta no debería desvincularse

(34) GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 161.

(35) RODRÍGUEZ SÁEZ, J. A. y GARCÍA-BORES ESPÍ, J., «El tratamiento penitenciario», en Rivera Beiras, I. (coord.), *La cárcel en el sistema español. Un análisis estructural*, 2.ª ed., M.J. Bosch, Barcelona, 1996, p. 214.

(36) *Vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Artículo 90», en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, Trivium, Madrid, 1997, p. 1295.

del tratamiento, por lo que tendría que acercarse más a la conducta global del condenado que a su conducta meramente disciplinaria, en línea similar al planteamiento que se realiza con la clasificación penitenciaria dirigida a la individualización del tratamiento. No se ha de olvidar además que la libertad condicional, en concreto, constituye el último grado del sistema de individualización científica. Pues bien, la progresión y regresión de grado –al menos según las previsiones legales– no dependen del buen comportamiento penitenciario o disciplinario, sino de la conducta global relacionada con el tratamiento y la evolución de la personalidad del penado. Desde el punto de vista de la individualización científica lo que interesa –como señala Manzanares Samaniego– es la conclusión real sobre la madurez de la personalidad del reo en cuanto a su reeducación y reinserción social (37). La conducta –como conducta global del condenado, no solo disciplinaria– se ha de tener en cuenta y valorar como signo externo o manifestación de la evolución de su personalidad a efectos de poder medir su capacidad para vivir en libertad alejado del delito durante el disfrute de la libertad condicional.

La buena conducta ha de quedar subordinada, pues, a un pronóstico favorable de reinserción, lo cual plantea la necesidad de poder entender el requisito más allá de lo meramente disciplinario y de la ausencia de sanciones. A este respecto no se ha de pasar por alto que el anterior art. 90.1 CP no mencionaba el requisito de la observancia de buena conducta de forma autónoma e independiente sino dentro de la misma letra c) en conexión con el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, de modo que había de atenderse, más allá de la mera buena conducta carcelaria o disciplinaria, a aquella conducta global del penado –incluyendo la evolución en el tratamiento– que permitiera, como indicador, formular un pronóstico de reinserción favorable, en línea con el sistema individualizador, para el que lo decisivo es «que haya razones para suponer que (los penados) no volverán a delinquir» (38).

(37) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 37.

(38) *Vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Individualización científica y libertad condicional*, cit. (nota 37), p. 38. En cambio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. considera que la formulación conjunta de los requisitos de buena conducta y pronóstico individualizado y favorable de reinserción social sugiere que aquella es algo diferente de la evolución en el tratamiento (*Los permisos ordinarios de salida. Régimen jurídico y realidad*, Edisofer, Madrid, 2002, p. 38).

Pero llegados a este punto sería más razonable prescindir sin más de este requisito por anacrónico, espurio y perturbador (39). Desde el punto de vista *de lege ferenda* la «buena conducta» debería sustituirse por la «evolución favorable en la personalidad y en la conducta global del interno», en la línea de lo establecido para la clasificación penitenciaria y en un sentido que permitiera a la conducta servir de indicador –junto a otros– para poder formular el pronóstico favorable de reinserción social y de hacer vida en libertad al margen del delito. En este sentido, la LO 1/2015, de 30 de marzo, elimina del art. 90.1 c) CP el requisito de «que exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social», aunque se siga conservando la exigencia de un cierto pronóstico de esta naturaleza al establecer una serie de indicadores que manifiesten o permitan inferir «los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas». Efectivamente «para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional» se exige ahora que «el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, *su conducta durante el cumplimiento de la pena*, sus circunstancias familiares y sociales». Entre esos indicadores concretamente se incluye expresamente «la conducta del penado durante el cumplimiento de la pena», ya sin ninguna adjetivación, de modo que con ella es posible entender la conducta global del penado en un sentido que permita inferir, junto al resto de indicadores, su capacidad para vivir en libertad alejado del delito. Pero llegados a este punto ya no tiene ningún sentido exigir además como requisito autónomo e independiente la «buena conducta» –ahora inequívocamente referida al comportamiento disciplinario o penitenciario y a la idea de premio o recompensa–, lo cual hará de ella un requisito, aparte de anacrónico y espurio, más perturbador e inoportuno que en la anterior redacción del art. 90.1 CP. La reforma de 2015 ha perdido, pues, una excelente ocasión para prescindir definitivamente de la «buena» conducta como requisito autónomo de la libertad condicional.

Pero, además, las reformas habidas en el CP han introducido requisitos excepcionales, sobre todo en relación con determinados tipos de delincuentes, que, aparte de endurecer considerablemente el

(39) Vid. GALLEGO DÍAZ, M., «La buena conducta y sus variantes en el ordenamiento penal y penitenciario español: un requisito anacrónico y espurio», *Revista de Derecho Penal*, n.º 40, tercer cuatrimestre 2013, pp. 9-36.

acceso a la libertad condicional, malamente se compadecen con el sistema de individualización científica.

A los requisitos generales exigidos por el art. 90.1 CP para la concesión de la libertad condicional la Ley orgánica 7/2003 añadió un nuevo párrafo por el que se establecía que «no se entenderá cumplida la circunstancia anterior (la buena conducta y el pronóstico favorable de reinserción social) si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria». La redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo al párrafo tercero del art. 90.1 CP mantiene esta exigencia al establecerse que «no se concederá la suspensión de la ejecución del resto de la pena si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria», pero deja de vincular la satisfacción de la responsabilidad civil a la buena conducta y al pronóstico favorable de reinserción social.

A partir de 2003 se vino presumiendo, pues, *iuris et de iure* que no se cumplía con el requisito del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social hasta que el penado no hubiera satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos en esos preceptos de la LOGP. Sin embargo esta exigencia en realidad nada tiene que ver con el citado pronóstico, pues como señaló Mapelli Caffarena, reparar o indemnizar a la víctima puede ser una estrategia para obtener el beneficio pero no indica nada desde una perspectiva resocializadora (40). Por ello, como ya se ha indicado, la regulación actual, tras la reforma de 2015, mantiene la exigencia de haber satisfecho la responsabilidad civil, pero desconectada del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (41).

En todo caso, según dispone el último párrafo del artículo 90.1 CP, la exigencia de la satisfacción de la responsabilidad civil ha de interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72.5 LOGP, en el sentido de valorar «la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios mate-

(40) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), p. 194.

(41) Como ponen de manifiesto MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., el pago de dicha obligación es una cuestión distinta del pronóstico de futuro que valora las posibilidades de reinserción social en el que se basa la libertad condicional [*Derecho Penal. Parte General*, cit. (nota 31), p. 626].

riales 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». De acuerdo con ello en modo alguno deberá exigírsele al condenado la plena satisfacción de la responsabilidad civil en términos estrictamente económicos, sino siempre valorando sus esfuerzos y las posibilidades concretas de hacer frente a ella (42). En este sentido el artículo 90.4 CP establece ahora que «el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión del resto de la pena cuando el penado...no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado...».

Llama la atención que el legislador reitere este requisito de haber satisfecho la responsabilidad civil para obtener la libertad condicional cuando ya lo ha exigido para progresar a tercer grado y constituir este periodo del tratamiento penitenciario una condición indispensable para obtener la libertad condicional. «No obstante –indica Mapeλλι–, puede que el legislador haya estimado conveniente mantener esta reiteración de requisitos a la vista de que no se trata de una mera constatación objetiva, sino que se realizan juicios de valor («considerando a tales efectos la conducta efectivamente...») y a la vista de que procede de órganos distintos: en el caso del tercer grado, de la Administración penitenciaria y, en el caso de la libertad condicional, del JVP» (43).

La LO 7/2003, de 30 de junio, en paralelismo con lo que se establece en el art. 72.6 LOGP para la obtención del tercer grado, exigió también requisitos especiales para obtener la libertad condicional cuando se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, de modo que mientras el condenado no muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado con las autoridades no podrá obtener la libertad condicional. «En el caso de

(42) SALAT PAISAL, M., «Artículo 90», en Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Código penal Español*, t. I, 7.ª ed., cit. (nota 16), pp. 679; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. (nota 31), p. 627.

(43) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), pp. 194-195.

personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código –establece el art. 90.8 CP–, la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la 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». Para que en relación con estos delitos se pueda conceder la libertad condicional se requieren, pues, dos condiciones: signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haber colaborado con las autoridades. Esta colaboración podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de las actividades delictivas, el abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas del delito cometido y, además, mediante los informes técnicos que acrediten la desvinculación de la organización y del entorno de la misma. «Esta nueva exigencia, según Tamarit Sumalla, hasta cierto punto razonable en abstracto, dado que la vinculación con una organización delictiva difícilmente puede considerarse compatible con un pronóstico favorable de resocialización, ha sido introducida con una mentalidad punitiva y restrictiva de beneficios que se percibe en la Exposición de Motivos de la Ley y que se hace presente en diversos aspectos de la norma comentada, hasta el punto que el legislador se extralimita al incurrir en lo que se ha denominado «prohibición de la simpatía», como se refleja en la alusión al abandono de los fines de la actividad terrorista y en la demanda de desvinculación del entorno» (44). «Con esta previsión –como indican Muñoz Conde y García Arán– se endurece todavía más el acceso a la libertad condicio-

(44) TAMARIT SUMALLA, J. M., «Artículo 90», en Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Código penal Español*, t. I, 6ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 622.

nal para dichos condenados, que en casos de penas graves también son tratados de manera diferente por los artículos 78.2, segundo párrafo, y 78 bis. 3 CP», al fijarse su libertad condicional en el momento en que les quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento (art. 78.2) o hayan extinguido un mínimo de veintiocho o de treinta y cinco años de prisión, según los casos (art. 78 bis 3) (45). Exigir que, en este momento, como señalan estos autores, se proporcione información útil a las autoridades es ilusorio y si, además, debe satisfacerse una responsabilidad civil que no se ha podido ejecutar durante treinta y cinco años, es fácilmente deducible que el precepto pretende eliminar la libertad condicional en estos supuestos (46). Como ya se indicó a propósito del acceso al tercer grado, las interferencias ideológicas y moralizantes no son las más adecuadas para obtener una actuación colaboradora (47).

V. EL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 78 DEL CÓDIGO PENAL

Durante el régimen franquista las penas privativas de libertad eran especialmente largas, pudiéndose llegar también a penas de reclusión de hasta 40 años (además de contar con la pena de muerte). Pero la redención de penas por el trabajo reducía considerablemente el tiempo de la condena al considerar redimidos un día de pena por cada dos de trabajo, con lo que si a estos efectos se unían los de la forma extraordinaria de la institución y los de la libertad condicional, el resultado solía ser la excarcelación prácticamente a la mitad del cumplimiento de la condena. Por otro lado, esta reducción del tiempo de la condena se producía de forma automática e indiscriminada, con independencia de que el condenado efectivamente hubiera desempeñado algún trabajo en el establecimiento. Este panorama cambió radicalmente con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 que, a efectos de garantizar el cumplimiento efectivo de las penas, suprimió la institución de la redención de penas por el trabajo. De esta manera ahora, si se hace abstracción del indulto, los condenados cumplen íntegramente la pena impuesta sin perjuicio de que en su último

(45) Vid. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. (nota 31), p. 627.

(46) MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *ibidem*, pág. 627.

(47) En esta línea vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., GUIASOLA LERMA, C. y ACALE SÁNCHEZ, M., «Libertad condicional: Artículos 90, 91, 92 y 93 CP», en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 390-391.

período puedan salir excarcelados al amparo de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, cuyas condiciones de obtención, como ya se ha indicado, fueron también particularmente endurecidas por las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo.

Pero además el CP 1995 incluyó una norma sin precedentes en nuestro Derecho: el artículo 78. La regla básica de este artículo se dirige a restringir, cuando no a eliminar abiertamente, el acceso a la libertad condicional, los beneficios penitenciarios, los permisos de salida y el régimen abierto en aquellos casos en los que el límite de cumplimiento fijado en el artículo 76 para la acumulación de penas en los concursos de delitos sea inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. En estos supuestos el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que el cómputo para la obtención de la libertad condicional, los beneficios penitenciarios, el régimen abierto y los permisos de salida se refiera a la totalidad de las penas impuestas (100 o 200 años, por ejemplo) y no al límite máximo de cumplimiento (25, 30 o 40 años, por ejemplo). De este modo carecerán de efectividad la libertad condicional y los beneficios penitenciarios y, en consecuencia, el condenado cumplirá de modo íntegro y efectivo la pena hasta haber alcanzado el límite máximo legal, sin haber podido progresar al tercer grado (período de semilibertad) y quizá sin haber podido disfrutar siquiera de permisos de salida.

El artículo 78 CP trae origen de la polémica surgida a propósito de establecer el cumplimiento efectivo de la pena para ciertas clases de delincuentes, como terroristas, traficantes de drogas o miembros de organizaciones criminales (48). Con él se trata de evitar que los límites de cumplimiento del artículo 76 CP vengán a desvirtuar la condena impuesta en los supuestos concursales, ya que en estos casos se produce un distanciamiento entre el tiempo nominal de la pena impuesta en la sentencia y el tiempo efectivo de permanencia en prisión, sin contar, además, que estos límites de cumplimiento pueden verse a su vez reducidos en cuanto al tiempo efectivo de internamiento por algunas instituciones, como la libertad condicional o los beneficios penitenciarios. La consecuencia de ello es que las condenas no se cumplen en su totalidad o que, al menos, una parte de su cumplimiento no se ejecuta en régimen de privación de libertad. Esta situación suele provocar, particularmente en relación con determinados delincuentes, reacciones

(48) Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, cit. (nota 36), p. 1240; GARCÍA ALBERO, R., «Artículo 78», en Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Código penal Español*, t. I, 7.ª ed., cit. (nota 16), p. 608.

contrarias en la opinión pública (falta de credibilidad y confianza en la justicia y en el sistema penal) que han generado un movimiento a favor de que el alcance de esa consecuencia no se extienda a la libertad condicional y a los beneficios penitenciarios.

A partir de estos presupuestos el CP 1995, por medio del artículo 78, introdujo una especie de correctivo en la aplicación de la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios que hiciera posible el cumplimiento efectivo por parte de los condenados a penas de prisión, muy particularmente de larga duración, por el procedimiento de calcular los cómputos de tiempo para alcanzar la concesión de aquellas instituciones no sobre los límites de cumplimiento, sino sobre la totalidad de la condena y, de esa manera, poder acortar la distancia entre la duración de la pena impuesta en la sentencia y la efectivamente cumplida (49). Según el párrafo primero del artículo 78 CP, en su versión originaria, «si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente» en lugar de a la pena a cumplir establecida según los límites del concurso de delitos establecidos en el artículo 76. Así, en concreto, cuando, a consecuencia de las limitaciones establecidas en este artículo para los supuestos de concurso, la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, la libertad condicional y los benefi-

(49) En su Sentencia de 6 de febrero de 2001 (RJ Aranzadi 497) el Tribunal Supremo definió al artículo 78 como «un mecanismo de corrección de la regla de acumulación jurídica de penas establecido para actuaciones delictivas de extrema gravedad que atenten contra una pluralidad de bienes jurídicamente tutelados, con el fin de procurar que la aplicación mecánica de dicha regla acumulativa puede desembocar en una generalizada conciencia de impunidad de las actuaciones criminales que superen el límite prevenido en el art. 76: es decir que a partir, por ejemplo, de uno o dos homicidios, la privación de la vida de cualquier otra persona carezca en la práctica de efecto punitivo alguno porque las primeras agresiones ya han superado el límite legal». Sobre la imputación de beneficios penitenciarios en supuestos de refundición de condenas referidos a hechos cometidos bajo la vigencia del Código Penal, Texto Refundido de 1973, véase Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006 [*La Ley*, 2006, tomo 1 (JURIS 338), pp. 1039-1045] y comentarios a la misma en SANZ MORÁN, Á., «Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (A propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, n.º 197/2006, de 28 de febrero)», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 18 (mayo 2006), Editorial Lex Nova, pp. 11-43; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación al denominado *caso Parot*», *La Ley*, 2006, tomo 2, pp. 1325-1327.

cios penitenciarios se podrían referir a esa totalidad, es decir, que los cálculos necesarios para su concesión (por ejemplo, las tres cuartas partes de la condena para poder alcanzar la libertad condicional) podrían calcularse en relación con la totalidad de las penas impuestas en lugar de hacerlo a partir de los límites de cumplimiento.

A través de este mecanismo se consigue establecer para determinados condenados un régimen de acceso a la libertad condicional y a los beneficios penitenciarios distinto del aplicable con carácter general pudiéndose llegar a cumplir de forma efectiva los límites de cumplimiento establecidos en el artículo 76.1 CP, límites temporales que en ningún caso se pueden rebasar (50). Este régimen de acceso a la libertad condicional y a los beneficios penitenciarios para determinados supuestos, distinto del aplicable con carácter general en casos de acumulación de penas, supone una restricción de la aplicación de los mismos y en algunos supuestos puede llevar a su desaparición (51), acercando así la duración de la pena efectivamente cumplida a la duración de la pena impuesta en la sentencia.

La situación amparada por el artículo 78 se vio también notablemente endurecida por la LO 7/2003, de 30 de junio, al establecer, por un lado, que el acuerdo a que facultativamente podía llegar el juez o tribunal sentenciador se convertía en preceptivo en los supuestos de los límites extraordinarios de cumplimiento (de 25, 30 o 40 años) del artículo 76.1 CP y, por otro, que la aplicación del precepto, además de a la libertad condicional y a los beneficios penitenciarios, se extendía también a los permisos de salida y a la clasificación en tercer grado. Por ejemplo, si un sujeto era condenado por la comisión de cuatro asesinatos a dos penas de veinte años de prisión por dos de ellos (art. 139) y a otras dos de veinticinco años por los otros dos delitos (art. 140), el límite máximo de cumplimiento no podía exceder de cuarenta años (art. 76.1.c). Pero como este máximo de cumplimiento era infe-

(50) Vid. NAVARRO VILLANUEVA, C., «La reducción de beneficios penitenciarios en la legislación vigente», en Cid, J. y Larrauri, L., *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 246. Los límites del artículo 76 no pueden ser rebasados y al alcanzarse los mismos deberán declararse extintas todas las penas acumuladas, aunque la mitad de su suma exceda del límite que se haya fijado en el caso concreto de acuerdo con aquel precepto (CONDE-PUMPIDO, C., en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, cit. (nota 36), p.1243).

(51) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), pág. 205; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 44; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. PG*, cit. (nota 31), p. 591; GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 34), pp. 161-162.

rior a la mitad de la suma (cuarenta y cinco años), el Juez o Tribunal debería acordar obligatoriamente que la libertad condicional y los beneficios penitenciarios se refirieran a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia y no a los cuarenta años de cumplimiento efectivo. De este modo, en casos de penas muy altas quedaban sin efectividad los beneficios penitenciarios, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional, y aun los permisos de salida, y, en consecuencia, el condenado sería excarcelado al alcanzar el límite máximo de cumplimiento de los 25, 30 o 40 años, efectivamente cumplidos, sin haber podido progresar al tercer grado y quizá sin haber podido disfrutar de permisos de salida (52). Afortunadamente la LO 1/2015, de 30 de marzo ha eliminado del artículo 78 la aplicación preceptiva de ese régimen oclusivo en los supuestos de límites extraordinarios del artículo 76.1 CP.

No obstante, en el apartado 2 del artículo 78 se prevé la desactivación razonada de este régimen de cumplimiento y el retorno al régimen general por parte del 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..., oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes». Pero este regreso al régimen general de cumplimiento se ha visto en general seriamente endurecido por la LO 7/2003, en relación con los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de grupos u organizaciones criminales dejando muy poco margen a la rehabilitación social del condenado. A este respecto el apartado 2 del artículo 78, en su párrafo segundo, sigue disponiendo que «si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII 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». En estos delitos, pues, la posibilidad de volver al régimen normal de cumplimiento sólo será aplicable, según establece el art. 78.2, al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional. Pero en realidad tal posibilidad desaparece casi por completo, pues el régimen abierto sólo se podrá obtener cuando quede

(52) GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 34), pp. 161-162, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*. PG, cit. (nota 31), p. 591.

por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena y la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte. Es decir, en el supuesto de que un terrorista fuera condenado a penas que suman 100 años (dos de 25 años y cinco de 10 años, por ejemplo), de acuerdo con el artículo 76.1 d), el límite máximo de cumplimiento efectivo será de cuarenta años. En consecuencia, la única posibilidad con que cuenta el Juez de Vigilancia es acordar el acceso al tercer grado al cumplir 32 años y la libertad condicional al cumplir los 35 años. Nada dice el precepto, en cambio, de los permisos de salida y de los beneficios penitenciarios, pero el artículo 90.8 CP, en su último párrafo, excluye expresamente a esta categoría de condenados de los supuestos de adelantamiento de la libertad condicional que, de acuerdo con el artículo 202.2 RP, tienen la consideración de beneficios penitenciarios.

El artículo 78 CP ha sido objeto de una crítica casi unánime por parte de la doctrina ya desde 1995 por los efectos restrictivos que comporta. Pues bien, la reforma llevada a cabo por la LO 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, vino a hacer aún más insostenible la situación, ya que, además de que el acuerdo de aplicar el régimen excepcional tuviera que ser preceptivo en los supuestos en que el límite máximo de cumplimiento superara los 20 años (art. 78.2 CP), extendió el alcance de la regla también a la clasificación en tercer grado y a los permisos de salida.

Estos efectos llegaron a ser calificados de inhumanos (53) a pesar de que se permita el regreso al régimen normal de cumplimiento, posibilidad de reversibilidad que lógicamente pretende salvar una posible inconstitucionalidad del precepto por no atender al mandato del artículo 25.2 CE de orientar las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social del penado (54). Pero, en todo caso, en los

(53) Vid. NAVARRO VILLANUEVA, C., «La reducción de beneficios penitenciarios en la legislación vigente», cit. (nota 50), p. 246.

(54) Vid. CONDE-PUMPIDO, C., en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, cit. (nota 36), p. 1243; CERVELLÓ DONDERIS, V., «Restricción de beneficios penitenciarios en el Código Penal de 1995», cit. (nota 5), p. 39. En su Sentencia de 6 de febrero de 2001 (RJ Aranzadi 497) la Sala Segunda del Tribunal Supremo recuerda que esta norma «recibió un sentido más en consonancia con los principios generales del Derecho Penal al establecerse como una regla general y no discriminatoria para una tipología de autores», adaptándose «a la función rehabilitadora de la pena mediante el establecimiento de un paliativo consistente en que si a la vista del tratamiento penitenciario resultase procedente la superación de esta medida especial, el Juez de Vigilancia Penitenciaria valorando las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento».

supuestos de terrorismo o de crimen organizado, la vuelta al régimen general de cumplimiento supone no disfrutar de ningún beneficio penitenciario ni de permisos de salida, como ha quedado expuesto.

Por razones retributivas y de prevención general es razonable y lógico que las penas se cumplan efectivamente, pero ello no significa que tengan que desaparecer los principios de la clasificación penitenciaria y los beneficios penitenciarios, pues constituyen una institución de prevención especial necesaria y esencial para el sistema de individualización científica en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, con tal que no se apliquen de forma automática e indiscriminada. No se ha de olvidar que la duración de la pena puede ser excesivamente larga o resultar ya innecesaria o incluso contraproducente de acuerdo con la evolución del tratamiento, por lo que instituciones como la clasificación en tercer y cuarto grado y los beneficios penitenciarios que, renunciando a la retribución y prevención general por razones de prevención especial, acorten la condena, o al menos la mitiguen o reduzcan el tiempo de cumplimiento efectivo de la pena, pueden venir a remediar estas situaciones. El propio sistema penitenciario no puede dejar enteramente cerrada la esperanza al penado. Tiene que ofrecerle posibilidades de acortamiento de la condena o de reducción de la duración efectiva de la pena creando en él estímulos que le ayuden a colaborar en el tratamiento para avanzar en la línea de su reeducación y reinserción de acuerdo con el mandato constitucional.

Con el artículo 78 CP, aparte de dar entrada subrepticamente a una prisión perpetua, como señala C. Rodríguez Yagüe, «se quebranta el principio de reinserción social, al excluir *a priori*, en función de un criterio como la gravedad de la condena, la posibilidad de acceso a figuras como los beneficios penitenciarios o la libertad condicional, diseñados para lograr la vuelta a la sociedad del interno y para reducir la dureza de la vida en prisión. También el criterio de la gravedad del delito choca con el principio de individualización científica, que exige la adecuación de la ejecución en sede penitenciaria a las condiciones individuales del sujeto y a su respuesta ante el tratamiento penitenciario» (55). «El legislador olvida además –sigue diciendo la citada autora– que la normativa penitenciaria ya cuenta con mecanismos para lograr un resultado similar en el sentido de que aquellos internos que no cumplan los requisitos establecidos para ello, a partir de un examen individualizado sobre su situación, no podrían acceder al tercer grado, a los beneficios penitenciarios o a la libertad condicional, lo que debería alejar el miedo a una aplicación automática e indis-

(55) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), pp. 74-75.

criminada de estas figuras por parte de la Administración penitenciaria y de los Jueces y Tribunales que produzca nuevamente ese temido vaciamiento de la condena» (56).

Como con razón considera Mapelli, «aparte de las dudas de constitucionalidad y eficacia que suscitan dichas normas, en la medida que la finalidad resocializadora se aplica por igual a todas las penas privativas de libertad, sea cual sea su duración, y a todos los penados independientemente del delito cometido, el contrasentido de la disposición es manifiesto, ya que se ponen obstáculos para aplicar esos instrumentos precisamente allí donde más se necesitan. Tratar de enmendar estas graves objeciones dándole posteriormente competencias al JVP para que las corrija en el transcurso de la ejecución no es arreglar nada y, además, introduce un procedimiento de corrección difuso que se presta a todo tipo de arbitrariedades» (57).

VI. CONCLUSIÓN CRÍTICA

El sistema de ejecución de la pena de prisión vigente en España responde a las características del modelo de individualización científica, como lo denomina el art. 72.1 LOGP, orientado a la reeducación y reinserción social del penado, de acuerdo con el mandato constitucional (art. 25.2 CE). Pero las situaciones que se han analizado en este trabajo y que son fruto de determinadas reformas habidas en el Código Penal van abiertamente en una línea distinta. Las trabas para el acceso al tercer grado o a la libertad condicional, los efectos oclusivos del art. 78 en relación con estas situaciones y el acceso a los beneficios penitenciarios, así como la situación excepcional de mayor severidad en relación con el terrorismo y los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, para los que se excluye de entrada también el beneficio del adelantamiento de la libertad condicional del art. 90.2 y 3 CP (art. 90.8, segundo párrafo), suponen una desnaturalización del Derecho penitenciario por parte del Derecho penal. El sistema de individualización científica se ha ido desnaturalizando progresivamente en la medida en que para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional ya no se tiene en cuenta la evolución del condenado, es decir, criterios de prevención especial, sino la clase o gravedad del delito, es decir, criterios de prevención general o simplemente de retribución.

(56) *Ibidem*, p. 75.

(57) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), p. 84.

Las reformas llevadas a cabo en el Código penal en 2003 y 2010, particularmente la LO 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, están orientadas, en palabras de Mapelli, «a desmontar la idea de la resocialización como principio universal» y «a favorecer y consolidar este modelo de política penitenciaria de orden y seguridad» (58). «Y es que, a fuerza de creación de excepciones al sistema –señala Rodríguez Yagüe–, éste deja de ser garantizador de los principios en los que el modelo de ejecución penitenciaria ha estado hasta ahora fundamentado (humanidad, resocialización, proporcionalidad) materializándose así una clara política legislativa que crea un nuevo modelo de mayor dureza» (59). En esta línea se sitúa la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, además de en la desnaturalización llevada a cabo con la libertad condicional, en lo que se refiere también a la introducción en el catálogo de penas de la mal llamada prisión permanente revisable. Los efectos de la prisionización, el sometimiento a la disciplina del centro y la alta desocialización que supone esta pena de prisión, por mucho que se hable de posibilidades de revisión y muchas esperanzas que pueda albergar el condenado de salir algún día en libertad, hacen que resulte muy difícil que el condenado pueda volver a reintegrarse en la sociedad en condiciones aceptables. A ello hay que sumar el hecho de que en el mejor de los casos el condenado no pueda acceder al tercer grado hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva y a la libertad condicional hasta que no haya cumplido veinticinco años de su condena tratándose de instituciones que constituyen instrumentos para ayudar a conseguir la reeducación y reinserción social.

Una de las consecuencias más claras de la política criminal que ha inspirado las reformas llevadas a cabo en el Código penal vigente ha sido el aumento de la población penitenciaria. Y no tanto por haberse aumentado las penas –aunque en algunos casos también– como por las dificultades para obtener el tercer grado o la libertad condicional, dando lugar de ese modo a un aumento del tiempo medio de permanencia en prisión así como a situaciones de hacinamiento y superpoblación carcelaria que impiden cualquier clase de tratamiento. Esta situación contrasta abiertamente con nuestra tasa de criminalidad que, desde hace ya un tiempo, va reduciéndose de año en año.

En su afán por consolidar ese modelo de orden y seguridad el legislador pasa por alto que el propio sistema de individualización científica no es automático, sino que dispone de sus propios mecanismos y dis-

(58) MAPELLI CAFFARENA, B., *ibidem*. pp. 101-102.

(59) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1) pp. 100-101.

positivos en la valoración individualizada de los requisitos establecidos para el progreso al tercer grado, la concesión de la libertad condicional o el disfrute de permisos y beneficios penitenciarios sin tener que recurrir a excepciones y oclusiones generalizadas.

Después de las reformas de que ha sido objeto desde su promulgación, especialmente las llevadas a cabo por la LO 7/2003 pero también por la LO 1/2015, el CP queda muy alejado de aquellos propósitos del legislador de 1995 de conseguir «una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna» (60).

(60) Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.