

CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,

CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA APROBADO EL INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE REFORMA PARA EL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS, SIENDO DEL SIGUIENTE TENOR LITERAL:

-I-

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de enero de 2003 se ha recibido en este Consejo General del Poder Judicial Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, cuya finalidad, en atención a la Exposición de Motivos del texto remitido, es perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma de cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva.

La Comisión de Estudios e Informes, en su sesión de 16 de enero de 2003 designó ponentes del preceptivo informe a los Vocales Excmos. Sres. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar y D. Luis Aguiar de Luque. El informe fue estudiado en Comisión celebrada el día 30 de enero, en la que se acordó su remisión al Pleno del Consejo.

- II -

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas consta de una Exposición de Motivos, Cuatro Artículos, y Dos Disposiciones finales.

a) El Artículo primero modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Este artículo modifica los artículos 36,76,78,90 y 91 del Código Penal.

1. El artículo 36 CP es modificado para introducir el denominado “periodo de seguridad”, conforme al cual el penado no podrá acceder al tercer grado penitenciario hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta, cuando ésta sea superior a cinco años de prisión. Sin embargo, cumplida la cuarta parte de la pena, el Juez de Vigilancia podrá acordar bien su mantenimiento o bien la aplicación del régimen general de cumplimiento.

2. El artículo 76 del CP es modificado en el Anteproyecto añadiendo al vigente número primero dos nuevos apartados c y d) conforme a los cuales, el límite máximo de cumplimiento de las penas será de cuarenta años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al menos dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a veinte años o a dos o más delitos de terrorismo de la Sección 2ª del Capítulo V del Título XXII del Libro II y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años.

3. El anteproyecto reforma el artículo 78 para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de delitos especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

4. Los arts. 90 y 91 CP relativos a la libertad condicional se modifican para añadir al requisito del cumplimiento de las tras cuartas partes de la condena, el criterio de la satisfacción de las responsabilidades civiles en los supuestos y en los términos previstos en la ley Orgánica General Penitenciaria, y el de la colaboración activa en contra de la organización criminal cuando se trata de delitos de terrorismo y criminalidad organizada. Se añaden así dos

nuevos números 3º y 4º al artículo 90 y se da nueva redacción al artículo 91CP.

b) El Artículo segundo modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial.

El Anteproyecto añade un número 5 a la Disposición adicional quinta de la LO 6/1985, de 1 de julio, con la finalidad de establecer el efecto suspensivo de la interposición del recurso de apelación contra la resolución del Juez de Vigilancia que se refiera a clasificación de penados o concesión de la libertad condicional.

c) El Artículo tercero modifica la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Se introducen dos nuevos apartados en el artículo 72, los 5 y 6, en cuya virtud la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito y que muestre signos inequívocos de haber abandonado la actividad terrorista, colaborando activamente con las Autoridades en la lucha contra la organización criminal.

d) El Artículo cuarto modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se introduce un número 2 en el art. 989 LEC con la finalidad de facilitar la investigación patrimonial de los penados con el fin de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito o falta declarada en la Sentencia penal. A tal fin, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los jueces o tribunales podrán encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, los organismos tributarios de las Haciendas Forales, las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los

que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia.

e) La Disposición final primera atribuye a la Ley el carácter de Ley Orgánica, salvo el artículo cuarto que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

f) La Disposición final segunda establece la entrada en vigor de la ley al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

- III-

OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO INFORMADO

1. El límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión. Artículo 76 del Código Penal.

1.1. Alcance de la reforma proyectada

a) **El artículo 76 del CP establece determinadas limitaciones al sistema de acumulación material de penas.** La regla general es que a un sólo hecho corresponde la imposición sólo de *una pena* y que en el supuesto de pluralidad de hechos independientes, cada hecho merece una *pena individual* conforme al principio clásico *quot delicta, tot poenae*. Por ello dispone el art. 73 CP que al autor de las varias acciones “se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones”, esto es, la suma de las consecuencias jurídicas de las varias infracciones de la ley (*principio de acumulación*). Y cuando la suma resultante es de muy larga duración, precisamente el legislador penal establece determinadas correcciones **con el fin de hacer compatible el fin retributivo de la pena**, representado en una

concepción aritmética de su determinación, **y la posibilidad de resocialización del delincuente.**

La mitigación del sistema de acumulación material por el sistema de acumulación jurídica que establece el art. 76 se basa, pues, en la idea de la *necesidad de pena*, tratando de hacer compatibles todos los fines que constitucionalmente legitiman la pena, que no sólo se limitan a la prevención especial.

b) Como es conocido, **el sistema español del concurso real de delitos gira en torno a los principios de acumulación material**, esto es, el cumplimiento de todas las penas impuestas, **y el principio de acumulación jurídica** que establece limitaciones al cumplimiento sucesivo de las penas cuando la totalidad de las impuestas no sean susceptibles de cumplimiento simultáneo, como acontece señaladamente en el caso de varias penas privativas de libertad. De este modo, en el tratamiento del concurso real de delitos, el art. 76 CP contempla, junto a un **límite relativo**, integrado por el triple de la pena correspondiente a la infracción más grave, un **límite penológico absoluto ordinario**, y un límite **absoluto extraordinario** para los casos de concurso de delitos especialmente graves. El límite ordinario de veinte años se corresponde con la duración máxima de la pena de prisión que establece el art. 36 del Código. Pero de igual manera que este límite de la prisión encuentra importantes excepciones en determinados tipos de la parte especial, el art. 76 se ve necesitado de la correspondiente adaptación.

c) El artículo 76 del CP es modificado en el Anteproyecto añadiendo al vigente número primero dos nuevos apartados c) y d) conforme a los cuales, **el límite máximo de cumplimiento de las penas será de cuarenta años** cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al menos dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a veinte años o a dos o más delitos de terrorismo de la Sección 2ª del Capítulo V del Título XXII

del Libro II y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años.

1.2. Constitucionalidad de la medida

La ampliación de la duración máxima de la pena de prisión hasta los cuarenta años requiere reflexionar, en primer término, sobre su compatibilidad con la prohibición constitucional de someter al penado a tratos inhumanos y degradantes (artículo 15 CE), y en segundo lugar, su compatibilidad con el fin de resocialización de la pena privativa de libertad que establece el artículo 25 CE.

1.- En cuanto a la compatibilidad de la ampliación de la duración máxima de la prisión con la **prohibición constitucional de someter al penado a tratos inhumanos y degradantes**, debe tenerse en cuenta que incluso **los ordenamientos de nuestro entorno más próximo, el europeo, contemplan la cadena perpetua y ello es considerado compatible con las correspondientes Constituciones** que participan de valores comunes y cuyos Derechos penales nacionales están informados por los mismos principios básicos.

a) La constitucionalidad de la pena perpetua privativa de libertad se plantea originariamente en Alemania y es afirmada por la sentencia del *Tribunal Constitucional alemán* de 21 de junio de 1977 (BVerfGE 45, 187). En ella declaro el Tribunal que la pena perpetua resultaba necesaria para mantener en la población la conciencia del Derecho y el sentimiento de seguridad jurídica en el caso de delitos especialmente graves de extraordinario contenido de injusto y de culpabilidad. En ese caso las consideraciones humanitarias ceden a favor de la prevención general. Ahora bien, la constitucionalidad está condicionada a que la prisión perpetua no lesione la dignidad humana, y siendo cierto que toda prisión de larga duración puede producir trastornos de la personalidad, ello debe contrarrestarse con una configuración adecuada de la ejecución, y es presupuesto de esta

configuración que el condenado conserve la esperanza de ser liberado, aunque sólo sea después de largo tiempo.

b) En el mismo sentido se ha pronunciado la *Corte Constitucional italiana* (sentencias de 22 de noviembre de 1.974, 27 de septiembre de 1.983 y 28 de abril de 1.994). El TC italiano ha declarado de forma expresa la compatibilidad de esta pena de prisión perpetua con la exigencia, específicamente impuesta por el art. 27.3 de la Constitución italiana, de reeducación y reinserción social de los condenados, dado que el art. 176.3 del Código Penal admite la liberación condicional una vez cumplidos veintiséis años de condena.

c) La distinción entre prisión perpetua ineludible contraria a los derechos consagrados en el Convenio y prisión perpetua discrecional, que permite la excarcelación del condenado, es conforme a la doctrina del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Sentencias de 25 de octubre de 1990, caso Thynne, Wilson y Gurmell contra el Reino Unido, 18 de julio de 1994, caso Wyrine contra el Reino Unido y 16 de octubre de 2001, caso Einhorn contra Francia.

d) El Tribunal Constitucional español en la Sentencia 91/2000, de 30 de marzo, en una ocasión en la que analizó la extradición de un súbdito italiano, reclamado por las autoridades de su país de origen por hechos que podrían dar lugar a la imposición de la pena de "reclusión perpetua", desestimó el amparo por no apreciar lesión de los arts. 15 y 25 CE . Declaró el Tribunal Constitucional **que la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues "depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste**, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un

nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena" (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4).

Basten pues estas breves consideraciones sobre una pena ciertamente más rigurosa que la que ahora se contempla en el Anteproyecto objeto de consideración para concluir que la adecuación o no a la Constitución de la elevación a 40 años del máximo de cumplimiento efectivo de la condena en supuesto de concurso de delitos no se sitúa tanto en el terreno de la noción de tratos inhumanos y degradantes, sino en el de la posibilidad o no de que ésta pueda satisfacer las exigencias que a las penas privativas de libertad impone el art. 25.2 CE, máxime si se tiene en cuenta que la cuestión que es objeto de este Informe no se sitúa en el terreno de la duración máxima de las penas (art. 36 CP), sino en el del cumplimiento efectivo de éstas en el caso de concurso de delitos (art. 76 CP).

2. La pena de prisión de larga duración puede compatibilizarse con el principio constitucional contenido en el art. 25.2 CE, conforme al cual las penas privativas de libertad han de hallarse orientadas a la reeducación y reinserción social.

a) El Tribunal Constitucional se ha ocupado en numerosas ocasiones de interpretar el inciso del art. 25.2 de la Constitución. De ellas se colige en primer término que dicha prescripción constitucional no puede ser interpretada como constitutiva de derecho fundamental alguno, entendida esta última expresión como generadora de posiciones jurídicas subjetivas de rango iusfundamental (así, por todas, cuando señala que *"el art. 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación"*. STC 28/1988). Igualmente es doctrina constitucional pacífica que los fines que allí se indican como orientativos de las penas privativas de libertad, no implica que sean éstos los únicos que aquellas deban cumplir (*"el art. 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación*

y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad”. ATC 780/1986). En particular, ha declarado el Tribunal Constitucional que **la CE no erige a la prevención especial como única finalidad de la pena, y que, antes al contrario, el artículo 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituyan, asimismo, una finalidad legítima de la pena** (STC 150/1991). Incluso se ha afirmado que la dificultad para cumplir las exigencias derivadas del artículo 25.2 se presenta con mayor intensidad en las penas privativas de libertad de corta duración, precisamente porque impiden el tratamiento reeducador, posible cuando en atención a la duración de la pena es posible programar una actuación rehabilitadora (STC 19/1988).

Pero lo que tampoco se puede desconocer es que el constituyente ha querido proclamar estos fines de un modo explícito; el fin resocializador de las penas es uno más, pero irrenunciable. La fórmula técnico-jurídica que adopta esta determinación de unos explícitos fines de las penas privativas de libertad es la del “mandato al legislador” (el art. 25.2 CE “no contiene un derecho fundamental a la reinserción social, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria” STC 75/98 de 31 de marzo), lo que irremediamente ha de acarrear consecuencias jurídicas no exentas de relevancia: en ningún caso el legislador (y menos aun el poder reglamentario) podrá establecer penas privativas de libertad que, sea por su duración, o muy particularmente por su modo de cumplimiento (régimen de beneficios penitenciarios, modalidades del tratamiento de al interno, etc) impidan u obstaculicen de modo significativo la reeducación y la reinserción social del condenado.

b) De la anterior doctrina constitucional se colige que **la ampliación del máximo de cumplimiento de treinta a cuarenta años no es per se contraria a los artículos 15 y 25 de la CE y constituye una opción del legislador establecer la pena proporcionada a la gravedad de los delitos realizados**. Y la fórmula mitigada empleada por el constituyente permite al

Estado en esa ponderación no renunciar a los fines de prevención general como objetivo de la pena privativa de libertad. Incluso es posible entender que el artículo 9.2 CE, en cuanto impone a los poderes públicos la función de “promover” y “remover” los obstáculos que impidan “que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos”, vincula el valor seguridad jurídica de forma directa con la idea de justicia. Modernamente se considera que **no es posible fundamentar en exclusiva la pena en la prevención especial o la general, sino que ambas necesidades deben coordinarse**, conforme al pensamiento de las teorías de la unión, para ofrecer una reacción punitiva que respetando la dignidad del penado sirva al mantenimiento de la validez de la norma, de la confianza de la comunidad en el ordenamiento jurídico.

c) Llegados a este punto la reflexión que surge es si el límite de treinta años de la legislación vigente garantiza suficientemente ese equilibrio de fines de la pena, o si ese equilibrio se ve afectado por la elevación del límite máximo absoluto a cuarenta años. En este punto, los estudios científicos ponen de manifiesto que toda pena de larga duración (la superior a quince o veinte años) puede afectar a la personalidad del condenado, sin que pueda establecerse científicamente un punto fijo a partir del cual ello es así efectivamente. Por lo que **la prolongación del plazo máximo de cumplimiento “ efectivo de la pena ” hasta los cuarenta años en caso de delitos especialmente graves, de gran contenido de injusto y de culpabilidad, puede ser la consecuencia de la ponderación del legislador sobre los intereses contrapuestos de la prevención general y especial**, y su compatibilidad con la prohibición de penas inhumanas se garantiza suficientemente con un moderno sistema de ejecución de penas como el que inspira nuestra legislación penitenciaria.

Por tanto, no puede objetarse a la ampliación del límite máximo de cumplimiento hasta los cuarenta años que ese límite sea ya inidóneo para garantizar adecuadamente el cumplimiento de los respectivos fines de la pena.

Además, para hacer el cálculo de los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se toma como referencia ese límite máximo en el sistema ordinario, al margen del supuesto excepcional del artículo 78 del que luego se dirá, lo que permitirá durante la ejecución que el penado pueda obtener de hecho un acortamiento de ese periodo máximo de cumplimiento en el caso de que presente un pronóstico favorable de reinserción social. De este modo la ejecución de la pena se configura de tal forma que no se hacen ilusorios los fines de resocialización que previene el artículo 25.2 CE. Pues, a estos efectos no es relevante la duración de la pena impuesta si el penado conserva la esperanza de poder ser liberado, aunque sea después de mucho tiempo, en caso de pronóstico favorable de reinserción.

2. El cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: el artículo 78 del Código Penal

2.1. Antecedentes y sentido de la reforma

El artículo 76 del nuevo Código Penal establece el “régimen general de cumplimiento”. Conforme a este sistema, los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional deben referirse ya al límite temporal determinado conforme al sistema de acumulación jurídica, es decir, deben calcularse sobre el periodo de cumplimiento que se comprende dentro de los límites impuestos por el art. 76.

Por el contrario el artículo 78 dispone:

"1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en

tercer grado, y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

3. En estos casos, el Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la Sección 2º del Capítulo V del Título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento".

El antecedente de este precepto se encuentra en la reforma penal de 1995, y tenía como fundamento el evitar el cómputo de la libertad condicional y demás beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de condena sobre la penalidad resultante de la aplicación de las reglas de acumulación jurídica contempladas para el concurso real de delitos en casos especialmente graves. De este modo, el alcance del precepto no es otro que referir tal cálculo, en vez de a esa magnitud, al total aritmético de las penas impuestas en la sentencia o sentencias en el caso de que, a consecuencia de las limitaciones del art. 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

La principal novedad de la reforma proyectada, con relación al anterior precepto, es que este cálculo es preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a) ,b) ,c) y d) del apartado 1 del art. 76, esto es, en los casos en los que operen las limitaciones absolutas de carácter extraordinario a las que se ha hecho referencia.

2.2. Cálculo de la libertad condicional en función de la totalidad de las penas impuestas

1.- Los números 1 y 2 del artículo 78 proyectado, frente al sistema vigente, establecen como regla general que los beneficios penitenciarios y la libertad condicional se refieran a la totalidad de la pena impuesta cuando la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. De este modo, el condenado a muchos años de prisión y que no presente un pronóstico favorable de reinserción social puede llegar a cumplir efectivamente un máximo de cuarenta años. Como se ha dicho, es compatible con la Constitución este límite máximo en la medida que el penado conserva la esperanza de ser liberado con anterioridad en el caso de que quede acreditada la reinserción social, compatibilizándose adecuadamente los distintos fines de la pena de prisión, y evitando que el nominal de la pena impuesta quede reducido en la práctica a una pena de prisión no proporcionada con la magnitud del contenido de injusto y de culpabilidad apreciado en la sentencia.

2.- Sin embargo, conforme a las reflexiones anteriores la ejecución de la pena debe configurarse de tal forma que no se hagan ilusorios los fines de resocialización que previene el artículo 25.2 CE. Y por ello se estima inexcusable para su correcta coherencia con el contenido del art. 25.2 CE, que se establezca un tratamiento diferenciado entre aquellos penados que, pudiendo reinserirse, no ofrecen en los términos que la ley establezca un pronóstico favorable de reinserción y aquellos otros que si ofrezcan tal pronóstico. Desde este punto de vista considera el Consejo que los términos en los que discurre la redacción del artículo 78 propuesta en el Anteproyecto debería prever la necesidad de tratamiento diferenciado, toda vez que puede darse el caso de que un penado, a pesar del pronóstico favorable de reinserción deba cumplir efectivamente el límite máximo de la pena de prisión, con la consecuencia de que la reinserción no tendría efecto jurídico alguno, y esto puede contradecir el artículo 25.2 CE.

Por ello se propone que en el artículo 78 –establecido para el caso de un concurso real de delitos, extraordinariamente grave en el que por razón de las limitaciones legales la pena a cumplir sea menor que la mitad del total de las penas impuestas- si se mantiene en el núm. 3 del artículo la excepción allí prevista para los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, debería introducirse algún tipo de mecanismo jurídico o de precisión legal que diferenciase de algún modo el tratamiento del delincuente que alcance la rehabilitación social de aquel otro que se encuentre en el caso contrario. Y todo ello dentro de las precisiones de los artículos 5 y 6 de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 22-6-02).”

2.3. Referencia de la clasificación en tercer grado y los permisos de salida a la totalidad de las penas impuestas

1. El artículo 78.1 CP proyectado también establece que los permisos de salida y la clasificación en tercer grado pueden referirse a la totalidad de las penas impuestas cuando el límite máximo de cuarenta años de prisión sea inferior a la mitad de la suma de la total de las impuestas. Lo que es preceptivo en el caso de que se trate de delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales. Este precepto debe coordinarse con el proyectado 36.2 CP en cuanto al llamado periodo de seguridad.

También en este extremo puede objetarse en la forma expresada antes el artículo 78.3, pues en el caso de un penado, incluso por delitos de terrorismo u organizados, que reúna los presupuestos para acceder al tercer grado requeridos por el nuevo artículo 72 LOGP, el cálculo del periodo de seguridad y el cómputo para el disfrute de permisos ordinarios (extinción de al cuarta parte de la condena, arts. 47 y 48 LOGP y 154 y ss. RP) debería referirse, no a la totalidad de las penas impuestas, sino al máximo de cumplimiento de los cuarenta años a que se refiere el artículo 76, pues en otro caso, a pesar del pronóstico favorable de reinserción social que se precisa para el tercer grado,

el penado se vería avocado a cumplir en régimen cerrado y sin permisos de salida durante todo el tiempo de su condena.

2.4. Otras precisiones técnicas sobre el artículo 78

1- Frente al texto vigente, que expresamente contempla el juicio sobre la peligrosidad criminal, la reforma del artículo 78.1 no establece los criterios que deberá tener en cuenta el Juez o Tribunal sentenciador para referir el cálculo de los beneficios penitenciarios a la totalidad de las penas impuestas. Al margen de los casos en que esta decisión es preceptiva, conforme al número 2, debería aclarar el legislador si ese juicio debe referirse a la naturaleza de los delitos cometidos, esto es, al hecho, lo que supone tener en cuenta razones de prevención general, o si ha de realizarse una prognosis de conducta futura del penado, esto es, si debe atenderse a razones de prevención especial. Probablemente esta prognosis sólo es posible durante la fase de ejecución tras el tratamiento reeducador y el cumplimiento del periodo de seguridad a que se refiere el proyectado artículo 36.2 CP.

2.- No aclara el artículo 78 qué debe entenderse por organización criminal, concepto éste no determinado tampoco en otras normas de derecho sustantivo.

Junto a un precepto genérico en el que se tipifica la asociación ilícita, que es definida simplemente como la asociación para cometer algún delito (artículo 515 CP), pero sin precisar las características que debe presentar su estructura organizativa, determinados tipos de la parte especial sufren agravaciones cuando se realizan en el contexto de una organización criminal, pero ésta tampoco es definida, por lo que la jurisprudencia ha tenido que determinar su alcance por vía interpretativa. Pero no existe aún una elaboración precisa del concepto en la jurisprudencia que pueda ser utilizado como concepto general. Sólo sectorialmente, a propósito del tipo agravado de organización referido al tráfico de drogas, la jurisprudencia presenta un concepto de organización criminal. El artículo 369. 6º. CP agrava la pena del

delito básico de tráfico de drogas cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aún de modo ocasional. El fundamento de la agravación punitiva se sitúa según la jurisprudencia en la superior capacidad de agresión al bien jurídico de la salud pública por la posibilidad de la supervivencia del propósito criminal que la organización representa (así, STS 22 de mayo de 2000).

Con el fin de distinguir el delito agravado de la mera coautoría en el delito básico, la jurisprudencia viene subrayando que la simple concurrencia de personas vinculadas por una decisión conjunta para la comisión del delito no puede ser subsumida sin más en el concepto de organización (TS. 18.04.1996). Por otra parte, la jurisprudencia ha manejado distintos conceptos de organización, aunque pueden establecerse como notas características, siguiendo la doctrina establecida, entre otras, en la STS de 19 de enero, “que los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando, al mismo tiempo, el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado naturalmente, por las características del plan delictivo. Lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente, de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una "empresa criminal". ”

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificada en este punto por la Ley Orgánica 5/ 1999 con objeto regular en España la figura del “ agente encubierto ” ofrece un concepto legal

de delincuencia organizada, pero insuficiente, como veremos, a los efectos del Anteproyecto informado.

El art. 282 bis. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, esto es, a los efectos de emplear la técnica especial de investigación relativa al agente encubierto, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delito de secuestro de personas previsto en los arts. 164 a 166 del Código Penal. b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts. 187 a 189 del Código Penal. c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. d) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312 y 313 del Código Penal. e) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los arts. 332 y 334 del Código Penal. f) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el art. 345 del Código Penal. g) Delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del Código Penal. h) Delito de falsificación de moneda previsto en el art. 386 del Código Penal. i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los arts. 566 a 568 del Código Penal. j) Delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 578 del Código Penal. k) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el art. 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Se observa en esta regulación que:

1) No todos los delitos a que se refiere contienen en todo caso una agravación en el Código penal por la pertenencia del culpable a una organización, por lo que se produce una disociación del tratamiento sustantivo respecto del procesal.

2) No se define propiamente lo que es la organización y no se destacan las exigencias de la estructura organizativa.

3) Se parte de un amplio concepto de delincuencia organizada, que permite comprender casos de realización de delitos *menos graves* según el Código Penal, de acuerdo con la clasificación contenida en los arts. 13 y 33 CP (así, delito básico de robo - art. 240 -, robo y hurto de uso de vehículos - art. 244 CP -, delitos relativos a la protección de la flora y la fauna - arts. 332 y 334 CP -, tráfico ilegal de mano de obra. art. 312 -, inmigración clandestina - art. 313 -, y delito de contrabando - art. 3 LO 12/ 1995, en relación con la Disposición Transitoria Undécima del CP).

Por lo tanto, no puede partirse de la definición dada en el artículo 282 bis 4, pues en todo caso el régimen extraordinario establecido en el Anteproyecto en los artículos 36,76,78,90.4 todos del CP, y 72 LOGP, debe referirse en todo caso a delitos con especial contenido de injusto y culpabilidad.

Por ello **debería el legislador proporcionar una definición autónoma de organización criminal con los fines establecidos en estos preceptos, limitando el alcance de los delitos a que se refiere en función de una determinada gravedad.**

3. El llamado “periodo de seguridad”: reforma del artículo 36.2 del Código Penal

La modificación de este precepto consiste en añadir a su anterior texto, conservado ahora como apartado 1 –sobre duración de la pena de prisión y cumplimiento según lo dispuesto en la Ley-, un apartado 2 compuesto de dos párrafos: en el primero se dispone como regla que en las penas superiores a cinco años será necesario haber cumplido la mitad de la pena impuesta para obtener el “tercer grado” del tratamiento penitenciario. En el segundo, sin embargo, se faculta al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en tales penas superiores a cinco años, para acordar la aplicación general del cumplimiento, a

quien, cumplida la cuarta parte de la pena, tenga pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Posibilidad facultativa que no alcanza a determinados delitos de terrorismo y de organización criminal, en los que rige de forma absoluta la exigencia del cumplimiento de la mitad de la pena, como periodo de seguridad previo al otorgamiento del posible tercer grado de cumplimiento.

Aunque no plantea en principio la nueva norma especiales problemas de interpretación suscita algunas cuestiones de interés práctico, que por razón de su naturaleza jurídica atañen a la corrección de su ubicación sistemática, al ámbito temporal de aplicación y a su relación con otros preceptos.

3.1. Naturaleza de la norma

En primer lugar **se trata de una disposición del Derecho de la ejecución de penas y no del Derecho penal material por cuanto afecta a la clasificación del penado y al régimen de cumplimiento de la prisión.** Es claro que el nuevo precepto nada dispone sobre la clase de pena procedente ni sobre su magnitud, individualización, duración o extinción. Si contempla el cumplimiento de la mitad de la pena sólo es como presupuesto de hecho que opera a modo de condición sin el que no cabe, en determinados casos, la concesión del tercer grado, dentro del sistema progresivo de ejecución de la pena de prisión. El cumplimiento parcial de las penas no es pues el objeto que se regula sino sólo la hipótesis de hecho que se contempla para establecer sobre ella la procedencia de conceder el “tercer grado”, que –ésta sí– es la materia disciplinada en la modificación legal. Por ello pertenece al Derecho de ejecución de penas y no al Derecho Penal material.

3.2. La ubicación sistemática de la regla

De lo dicho ya se desprende la **conveniencia de que esta exigencia para la concesión del tercer grado penitenciario se establezca, al igual que sucede con las demás condiciones legales del mismo, en la Ley**

Penitenciaria. Sacar esta norma del Código Penal evitaría el riesgo de error en la calificación de su naturaleza jurídica y por consiguiente el riesgo de equivocarse en la determinación correcta de la vigencia temporal de la nueva norma –como posteriormente habrá ocasión de examinar- por cuanto la intertemporalidad de esta nueva disposición y los problemas que plantea su aplicación en el ámbito de la retroactividad depende en gran medida de la acertada calificación de su naturaleza jurídica.

La interrelación del nuevo párrafo segundo del artículo 36 con otros preceptos legales aconseja llevar a cabo la correspondiente adaptación de algunos de ellos. Así:

a) La duración de la pena es elemento a tener en cuenta para la clasificación del penado según el vigente artículo 63 de la LOGP. Si bien la duración de la pena perdió la importancia que tenía en el sistema progresivo, constituye un elemento a ponderar junto con las demás variables dependientes de la personalidad del autor. En la medida en que el art. 36.2 en la forma que se regula en el Anteproyecto supone dar prioridad a la duración de la pena en la clasificación en caso de delitos graves, el art. 63 debe ser convenientemente adaptado.

b) Además, la regla debe insertarse en la LOGP para evitar la contradicción con alguno de sus preceptos. De este modo, estima el Consejo que debería reformarse el artículo art. 73.2 LOGP conforme al cual : "Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los anteriores". Debería matizarse este precepto dejando a salvo los casos a los que se refiere el art. 36.2 del anteproyecto.

c) También debería reformarse el art. 72.4 LOGP) en cuanto establece la progresión de grado en base a criterios de evolución de la personalidad sin

ajustarse al cumplimiento de periodos mínimos: "En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por su evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión". Debe matizarse esta posibilidad por las razones de prevención general que inspiran la reforma, en el sentido indicado más arriba, de que el legislador puede establecer correcciones a las necesidades de prevención especial en el caso de delitos especialmente graves.

3.3. Alcance del denominado periodo de seguridad y su compatibilidad con los fines constitucionales de la pena

1.- El sistema de "individualización científica" que inspira nuestro sistema penitenciario, se caracteriza frente al anterior "sistema progresivo", por estar basado en la personalidad del interno y en el tratamiento penitenciario, y conlleva un régimen flexible conforme al cual el penado puede ser clasificado inicialmente en cualquiera de los grados excepto el último que es la libertad condicional. La libertad de grado en la clasificación inicial sin tener que pasar por grados anteriores se establece en el art. 73.2 LOGP. El Anteproyecto matiza ahora esta posibilidad en el sentido de impedir esa clasificación inicial en tercer grado en el caso de delitos graves, de modo que **ya no rige un sistema puro de individualización científica, sino que el sistema se limita en función de razones de prevención general positiva**, por lo que en realidad rige un sistema mixto, como afirma un sector importante de doctrina. La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1989 reconocía, en este sentido, que el sistema implantado por la LOGP no suponía una total ruptura con el sistema progresivo anterior, hasta el punto de que la duración de la pena seguía teniendo una gran trascendencia en la decisión sobre clasificación del penado.

2.- Esta limitación a la clasificación es una opción del legislador compatible con los fines constitucionales de la pena. Como se ha tenido ocasión de exponer, la prevención especial no es el único fin de la pena. Y como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina, en el modelo de Estado social

y democrático de Derecho de que arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, **la pena ha de cumplir una misión (política) de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos.** Y modernamente, la idea preventivo general no se agota en una simple amenaza o temor que se inspira al potencial delincuente para disuadirle de cometer hechos punibles (*prevención general negativa*), sino junto a ella, la prevención general ofrece la significación de robustecimiento de la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social a través de la pena (*prevención general positiva o prevención por integración*), restableciendo la confianza en el derecho mediante la contraposición simbólica de la pena.

Esta idea de la “ defensa del orden jurídico ” y el “sentimiento de la comunidad sobre la vigencia de la norma ”explica el establecimiento del llamado “periodo de seguridad” en el caso de delitos amenazados con pena superior a cinco años de prisión, conforme al cual la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta o en los casos en los que así lo decida el Juez de Vigilancia la cuarta parte, conforme al párrafo 2º del artículo 36.2 proyectado. Con ello se evita la aplicación del régimen abierto hasta que el penado haya estado efectivamente privado de libertad un periodo mínimo como compensación por el ilícito grave cometido, prevaleciendo durante ese periodo consideraciones de prevención general sobre las relativas a la prevención especial. La comunidad no entendería que el autor de un delito grave pudiera acceder a un régimen abierto desde el inicio de su condena, y, en consecuencia, el sentimiento de vigencia del ordenamiento jurídico podría resentirse. De acuerdo con lo expuesto, el art. 25.2 CE no impide que en la ejecución se tengan en cuenta otros fines de la pena distintos a la reinserción del penado, por lo que el establecimiento de un periodo mínimo de cumplimiento en el caso de delitos graves es compatible con los principios constitucionales que rigen la ejecución de penas privativas de libertad.

3.4 Precisiones técnicas

1.-En el art. 36.2 CP, párrafo último, en la forma que aparece redactado puede inducir a confusión: **debe aclarar el legislador si en caso de pronóstico favorable de reinserción social se exige en todo caso un periodo mínimo de seguridad de una cuarta parte de la condena, en cuyo caso debería suprimirse la remisión del segundo párrafo in fine al régimen general;** o si, por el contrario, en caso de prognosis favorable no se exige periodo mínimo de seguridad, en cuyo caso debe desaparecer la mención al requisito de haber cumplido una cuarta parte de la condena, pues, siendo cierto que en la práctica la regulación actual es interpretada en el sentido de que el tercer grado no se concede hasta el cumplimiento de una cuarta parte de la condena, no es requisito exigido en el art. 104 del Reglamento Penitenciario (RD 190/1996 de 9 de febrero) a cuyo tenor “3. 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 ”.

2. El artículo 36.2 establece una audiencia de las partes previa a la decisión del Juez de Vigilancia que no se establece para la adopción de decisiones análogas como las establecidas en los arts. 78 CP, 90 y 91 CP, o 72 LGP, sin que se aprecie un fundamento especial que justifique en este caso la previa audiencia de, por ejemplo, la acusación particular, si la hubiere.

3.5.Coordinación de los artículos 36.2 , 76 y 78 CP

El artículo 36.2 se refiere a los casos de pena de prisión impuesta superior a cinco años. **Debería aclarar el legislador que en el caso de que resulten de aplicación las limitaciones establecidas en el artículo 76 CP,**

este cómputo debe referirse a los correspondientes límites máximos de cumplimiento.

Cuando resulte de aplicación el artículo 78 CP, nos remitimos a las consideraciones hechas más arriba en cuanto a la necesidad de modificar el número 3 del artículo 78, con la finalidad de un pronóstico favorable de reinserción social permita que el cómputo se refiera a los límites máximos del artículo, y evitar de ese modo que a pesar de la prognosis favorable el acceso al tercer grado sea imposible en la práctica a pesar de darse las condiciones establecidas en el artículo 72 LOGP, pues si ha de referirse el periodo de seguridad que establece el artículo 36.2 a la totalidad de las penas impuestas, es probable que pueda sobrepasar el máximo de cuarenta años de cumplimiento. Por lo tanto, también a estos efectos resulta necesaria la reforma del artículo 78 CP.

Sin embargo, suprimida, como se propone, la excepción del artículo 78.3, considera este Consejo puede mantenerse la redacción del artículo 36.2 párrafo último, pues en este caso, puede establecerse un periodo de seguridad en el caso de delitos graves que sea de obligado cumplimiento, al margen de razones de prevención especial, para satisfacer las exigencias de prevención general atendida la naturaleza de los delitos cometidos.

Por lo tanto, coordinando los arts. 36.2,76 y 78, resultan las siguientes posibles decisiones del Juez de Vigilancia, en caso de prognosis favorable:

- 1) Puede tomar, en primer término, la resolución de referir el cálculo de estos periodos mínimos al máximo de cumplimiento previsto en el artículo 76 CP(límites relativos y absolutos) lo que considera este Consejo debe establecerse también para los delitos de terrorismo y realizados en el seno de organizaciones criminales cuando exista prognosis favorable de reinserción social y concurren los

presupuestos de acceso al tercer grado que establece la reforma del artículo 72 LOGP.

- 2) En segundo lugar, concurriendo pronóstico favorable de reinserción social, puede el Juez acordar razonadamente que el periodo de seguridad se limite a la cuarta parte de la condena.
- 3) En el caso de autor de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, esto es, en casos especialmente graves, se establece en todo caso un periodo de seguridad de la mitad de la condena, que en el caso de las limitaciones máximas del artículo 76 puede alcanzar los veinte años de prisión.

4. Los presupuestos de la libertad condicional: reforma de los artículos 90 y 91 del Código Penal

4.1. Sobre la naturaleza jurídica de la libertad condicional

El abordar la naturaleza de la libertad condicional resulta tarea necesaria para obtener conclusiones en la cuestión que se analizará más abajo sobre el ámbito de vigencia temporal de la nueva ley.

La libertad condicional reconocida en nuestro Derecho desde la Ley de 1914, es el último periodo en la ejecución de la pena privativa de libertad. En este sentido, el artículo 72.1 de la LOGP, declara que la libertad condicional es el cuarto o último grado del sistema de ejecución penitenciaria: “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”. Su fundamento, según pensamiento clásico, es el de servir de estímulo para la buena conducta y enmienda del penado; y por otro, es el *punte de tránsito* entre la vida penitenciaria y la vida libre o momento en que el Estado pone a prueba la aptitud del penado para la vuelta a la sociedad.

Por lo tanto, **la libertad condicional es una institución que afecta a la forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad, pero no puede confundirse con la pena misma ni afecta a su magnitud. Por ello, se establece la competencia del Juez de Vigilancia sobre su otorgamiento, a diferencia de otras instituciones como la suspensión condicionada de la pena o los sustitutivos penales, cuya decisión corresponde al Juez o tribunal sentenciador.**

4.2. Los presupuestos de la libertad condicional

a) La prognosis favorable de reinserción social

La liberación condicional de un penado tiene como presupuesto indiscutible que ofrezca garantías de hacer vida en sociedad de acuerdo con las normas convivenciales dadas por la comunidad. Por ello, la ley requiere una prognosis individualizada favorable, una valoración por el Juez acerca del probable comportamiento futuro. A tal fin, debe tener en cuenta el Juez de Vigilancia fundamentalmente circunstancias que afectan a la personalidad de penado. Por ello entiende este Consejo, como se analizará a continuación con más detalle, **que los presupuestos establecidos en el Anteproyecto, los números 3º y 4º del artículo 90 CP en relación con el artículo 72.5 y 6 LOGP, deben vincularse necesariamente al establecido en el número 2º del artículo 90**, a cuyo tenor es preciso para acceder a la libertad condicional que los sentenciados “ hayan observado buena conducta y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social”. Por ello el precepto debe emplear una fórmula como, por ejemplo, “A tales efectos, será preciso en cualquier caso: . . .” que garantice aquella vinculación de sentido.

b) La exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil

1. La exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación

económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado. La reparación del daño es signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado. Por ello, esta exigencia debe establecerse en forma análoga a la establecida en el vigente artículo 81 y 88 del Código penal, que no requieren para la suspensión o la sustitución de la pena de prisión, respectivamente, la efectiva reparación del daño, sino el esfuerzo serio dirigido a esa reparación, por lo que no debe ser obstáculo para la suspensión de la ejecución el estado de insolvencia del penado.

Esto quiere decir que en sí mismo el requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles para acceder al tercer grado o a la libertad condicional no puede ser establecido como condición absoluta para el disfrute del beneficio sino que **debe abordarse desde una perspectiva preventivo-especial, exigiendo que el penado haya puesto de manifiesto la tendencia a adecuar su conducta al respeto a la norma y a la víctima de su delito.** Ello es lo que engarza este requisito con el anterior relativo a la prognosis favorable de reinserción social. La prognosis social arrojará un sentido negativo cuando el sujeto que, pudiendo hacerlo, no repare el daño causado permaneciendo indiferente a las consecuencias de su acción.

Por el contrario, el Anteproyecto se pronuncia en términos que inducen a confusión en cuanto al alcance del requisito que establece. Entiende este Consejo que el acceso al tercer grado o a la libertad condicional no puede ser condicionado al previo pago de la indemnización señalada en la sentencia. La vía de apremio de la que dispone el Tribunal constituye suficiente garantía para la reparación del daño. Luego lo que debe exigirse es una colaboración activa del penado en esa reparación y no meramente inactiva como sujeto pasivo de una investigación patrimonial.

Se trata de que **el comportamiento postdelictivo observado por el penado es una circunstancia de especial significación a los efectos de**

realizar el juicio pronóstico de conducta futura, por lo que el legislador, al exigir la satisfacción de la responsabilidad civil debe hacerlo en el sentido del esfuerzo serio de la reparación, como circunstancia objetiva que concreta el juicio pronóstico que debe realizar el Juez.

Este requisito es susceptible también de ser explicado desde un punto preventivo general, en el sentido de que la comunidad no comprendería liberar al penado de su pena y no atender al mismo tiempo los derechos de la víctima, pues ello sería considerado por la población como una injustificada indulgencia que conlleva a una desconfianza hacia la eficacia del derecho. Por el contrario, el acceso a la libertad condicional en casos de insolvencia no hace que se resienta el sentimiento de vigencia de la norma.

Por todo lo anterior, sugiere el Consejo una redacción similar a la contenida en los artículos 81 y 88 vigentes del Código penal, que presentan el problema de una forma más precisa que el artículo 72. 5 LOPG del Anteproyecto.

En particular, la redacción dada al apartado 5 del artículo 72 no distingue convenientemente entre circunstancias que denotan una voluntad reparadora del recluso, como elemento que permite al Juez valorar una actitud positiva del penado de cara a su progresión de grado, y lo que son consecuencias perjudiciales derivadas del delito, ya valoradas en la determinación de la pena y de la responsabilidad civil derivada del delito, y que deben dejarse al margen en el juicio de prognosis que requiere la clasificación del penado, pues en este juicio no deben tomarse en consideración circunstancias relativas al hecho sino sólo las relativas a la personalidad del autor.

2. Aunque este es un requisito que, en el sentido expuesto, puede exigirse cualquiera que sea la clase de delito realizado, el legislador ha querido

resaltar que singularmente esta exigencia rige respecto de determinados delitos socioeconómicos que enumera en el número 2 del artículo 72.5 LOPJ.

c) La colaboración activa contra la organización terrorista

También **este requisito debe ser entendido en el sentido de signo inequívoco de resocialización, y por tanto debe referirse a la posibilidad de una colaboración exigible al penado**, y no como condición necesaria para el acceso a la libertad condicional entendida en términos de eficacia policial. En este sentido no supone la instrumentalización del penado sino una mera condición objetivable para formular el juicio pronóstico favorable en el caso de autores de delitos de terrorismo, y se refiere, por tanto, a la prevención especial.

Por ello, la fórmula escogida en la redacción del artículo 90.4º CP y 72.6º LOGP debería aclararse en el sentido de que es preciso que los condenados por delitos de terrorismo o por delitos realizados en el seno de una organización criminal presenten signos inequívocos de haber abandonado los y los medios terroristas, colaborando activamente con las Autoridades cuando puedan con su aportación impedir la producción de otros delitos atenuar los efectos de su delito, o colaborar en la identificación de otros integrantes de la organización y en la obtención de pruebas sobre las referidas organizaciones.

Hay que tener en cuenta que es posible que el penado por estos delitos, después de algunos años de cumplimiento no pueda proporcionar información eficaz sobre los extremos anteriores, por lo que la colaboración con resultado positivo no puede convertirse en requisito *sine quae non* para el disfrute de la libertad condicional.

El requisito, para satisfacer las exigencias que derivan del artículo 25.2 CE, debe ser entendido en el sentido de que **la prognosis de reinserción social no puede ser favorable cuando el penado, pudiendo hacerlo, no**

colabora activamente en paralelo con el interés social en la persecución de delitos especialmente reprochables, de gran contenido de injusto y repulsa común. Puede decirse que resocialización en estos casos tiene el sentido de que el penado obra en la misma dirección y participa del interés común en la represión de estos delitos. La mera desvinculación de la banda u organización no es suficiente, pues **la ausencia de colaboración, con la consiguiente reserva de información eficaz, es un signo claro de que el penado aún no ha tomado conciencia de la necesidad de contribuir a la finalización de tan graves ilícitos** por otros integrantes de la organización.

Y desde este punto de vista, la exigencia de colaboración es un elemento que debe valorar el Juez de Vigilancia como condición para realizar objetivamente un juicio pronóstico razonable. Y entendido en estos términos es un presupuesto razonable de la liberación condicional de los autores de los delitos a que se refiere.

d) Otras precisiones técnicas

En el artículo 90.4º se alude a los “fines y medios terroristas”. También se hace esta mención en el artículo en el apartado 5 del art. 72 de la LOGP. Considera este Consejo que es más adecuado el empleo de la palabra “finalidad” para lograr coherencia sistemática con el término empleado en la redacción de los tipos del Código penal. Así, por ejemplo, el art. 571 define el delito terrorista en función de la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. El art. 574 también alude a finalidades.

Por ello se propone que el texto haga referencia a las “finalidades y medios de la acción terrorista”.

5. Las condiciones de acceso al tercer grado penitenciario

Nos remitimos con carácter general a las observaciones formuladas más arriba a propósito de los requisitos de acceso a la libertad condicional.

6. Efectos suspensivos del recurso: reforma de la Disposición adicional quinta de la LOPJ

1. - Según el artículo 76.2.f de la LOGP es competencia del Juez de Vigilancia resolver los recursos referentes a la clasificación inicial y progresión y revisión de grado. Aprobada la clasificación por la Administración Penitenciaria el penado o el Ministerio Fiscal pueden recurrir ante el Juzgado de Vigilancia (art. 103 del Reglamento Penitenciario).

El Anteproyecto añade un número 5 a la Disposición adicional quinta de la LO 6/1985, de 1 de julio, con la finalidad de establecer el efecto suspensivo de la interposición del recurso de apelación contra la resolución del Juez de Vigilancia que se refiera a clasificación de penados o concesión de la libertad condicional.

Al respecto debe recordarse que esta posibilidad fue asumida como favorable en el informe que este Consejo emitió sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y de planta judicial, por el que se creaba el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

En él se dijo, que la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, se remite a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo relativo a la tramitación de los recursos. El art. 217 de la LECrim. al regular el recurso de apelación, prevé la admisión del recurso de apelación con efecto

suspensivo sólo cuando la Ley lo disponga expresamente. Y aunque el art. 223 LECrim. establece que “interpuesto el recurso de apelación, el Juez lo admitirá, en uno o en ambos efectos, según sea procedente”, esta disposición ha sido entendida en el sentido de que esta posibilidad del Juez tiene como presupuesto que la ley prevea expresamente la posibilidad de que el recurso tenga carácter suspensivo en el supuesto concreto de que se trate. El Anteproyecto que ahora se informa prevé de forma expresa este efecto suspensivo del recurso de apelación.

En cuanto a la justificación del efecto suspensivo del recurso, consideró el CGPJ en el informe precitado que “No desconoce este Consejo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia inmediata de las decisiones relativas a la libertad provisional, como asimismo resulta del art. 861 bis a) que dispone la puesta en libertad del reo, a pesar de haberse interpuesto recurso de casación, en el caso de que se hubiere dictado sentencia absolutoria, de donde resulta que en este caso la interposición del recurso no tiene efectos suspensivos. Sin embargo, a diferencia de la libertad provisional, que es la situación ordinaria del sometido al proceso penal, de modo que excepcionalmente sólo por razones de seguridad y otros fines constitucionalmente legítimos puede transformarse en prisión, en el caso del cumplimiento de penas de prisión, el internamiento es la consecuencia inherente de la pena impuesta, luego, **no hay óbice constitucional para que la resolución que decreta la excarcelación anticipada del penado como consecuencia de una progresión de grado puesta en tela de juicio en el recurso de apelación, no sea de ejecución inmediata con el solo dictado de la resolución recurrida**”.

2.-El anteproyecto garantiza asimismo la preferencia y urgencia que ha de regir la tramitación de estos recursos, por lo que queda garantizado que el penado obtendrá una pronta decisión firme sobre su clasificación o la libertad condicional, armonizando de ese modo su derecho a la eventual libertad y la certeza jurídica derivada de una resolución firme.

7 . Sobre la vigencia y aplicación de la ley y la retroacción de sus consecuencias

7.1 Consideraciones preliminares: La distinción entre retroactividad en sentido propio y retrospección o retroactividad impropia.

Determinar si una norma es aplicable a situaciones jurídicas anteriores a su entrada en vigor, requiere, en primer lugar, depurar el concepto de retroactividad, por un lado, y de ley sancionadora por otro. En segundo término, el ámbito de aplicación del artículo 25 y del artículo 9.3 CE.

Abordando la primera de las cuestiones enunciadas, la doctrina constitucional ha reconocido los distintos conceptos de la retroactividad y la retrospección, aunque con la distinta denominación de **retroactividad auténtica y retroactividad impropia**. Ha declarado, por ejemplo, la STC 126/1987, que a estos efectos **resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas**. O como dice la STC 227/1988, una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 CE, cuando incide sobre “relaciones consagradas” y afecta a situaciones agotadas.

En el primer supuesto -retroactividad auténtica-, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo -retroactividad impropia-, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico.

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

7.2 Alcance de la prohibición constitucional de retroactividad del artículo 25 de la Constitución

A tenor del artículo 25 CE “nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

El ámbito propio del artículo 25 CE se relaciona con el principio de legalidad de los delitos y las penas. A los efectos de aplicación de este precepto debe tenerse en cuenta la fecha de realización del delito, pues es en ese momento cuando el culpable ha debido poder prever las consecuencias de su acción. **Y desde este punto de vista, son irretroactivas las normas que describen delitos o determinan la magnitud penal con que debe ser sancionado el hecho, esto es, se refiere al Derecho penal material.**

Como es conocido, el principio de legalidad de los delitos y las penas, una de cuyas consecuencias materiales es la prohibición de la retroactividad de la ley penal, tiene un fundamento jurídico-político, y un fundamento jurídico material. En el primer sentido, expresa la vinculación del Juez a la Ley, como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional, en sentencia 133/ 87, que ha

declarado que el principio de legalidad es una concreción del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido, se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la intervención del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad, así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 CE, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley». De este modo, dice el TC, el principio de legalidad impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador.

En segundo término el principio de legalidad se relaciona con el principio de culpabilidad, en el sentido de que la influencia psíquica pretendida respecto de potenciales delincuentes sólo es posible en la medida en que antes del hecho pueda conocerse precisamente la acción prohibida. Más modernamente, desde el punto de vista de la prevención general positiva, se entiende que sólo puede estabilizarse la fidelidad al Derecho de la población por la definición expresa de lo prohibido y la norma cuya validez debe afirmarse.

Y desde un punto de vista constitucional, puede afirmarse que la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal supone una limitación del ius puniendi del Estado en función de razones de seguridad jurídica. De este modo, el principio se refiere a la calculabilidad de la acción del Estado respecto de medidas que afectan al ámbito de la libertad del individuo. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones (SSTC 42/1987 de 7 abril, 3/1988 de 21 enero, 101/1988 de 8 junio, 29/1989 de 6 febrero y 69/1989 de 20 abril), afirmando que el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 CE incorpora la regla "nullum crimen nulla poena sine lege", extendiéndola al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y

de las sanciones correspondientes, mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables.

La prohibición del artículo 25 se concreta en el Código penal español, mediante la formulación clásica de que «*no hay delito sin ley*» (la llamada garantía criminal) y «*no hay pena sin ley*» (garantía penal). La primera garantía se encuentra formulada en el art. 1.1.º CP, a cuyo tenor «no será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración», y la garantía penal (*nulla poena sine praevia lege*) se regula en el art. 2 CP a cuyo tenor «no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración».

A los efectos de aplicación de estos preceptos debe distinguirse con carácter general entre el Derecho penal material, que regula los presupuestos de la punibilidad y las penas, medidas y consecuencias accesorias, y el Derecho de ejecución de penas, que comprende todos los preceptos jurídicos relativos al inicio, cumplimiento y control de las penas y medidas ejecutoriamente impuestas. Para esta distinción no es relevante el lugar donde formalmente se inserte el precepto, pues no todas las normas contenidas en el Código penal pertenecen al Derecho Penal material. El principio de legalidad y la prohibición de la retroactividad rige plenamente cuando se trata del Derecho penal material, y, en particular, respecto de todos los presupuestos de la punibilidad y la consecuencia jurídico-penal asociada a la comisión del delito o falta.

Cuando se trata del Derecho de ejecución el principio de legalidad tiene el sentido de que «no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales» (art. 3.1 CP). Además, la garantía en la ejecución se expresa en el art. 3.2 CP cuando dispone que «tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la

ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto». Por su parte, el art. 36, párrafo 2.º requiere que el cumplimiento de la pena de prisión se ajuste a lo dispuesto en las Leyes y en el propio Código Penal.

En estos casos no se hace la salvedad de que la ley reguladora sea la vigente al tiempo del comienzo de la ejecución, pues en ese caso el legislador hubiera dispuesto que no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de la legislación vigente en el momento del dictado de la ejecutoria. Ello significa que el artículo 25.2 CE no alcanza al derecho de ejecución sino sólo a la fase de declaración en sentencia de la culpabilidad y a la medida de la misma. Sin perjuicio de que respecto de la modificación del derecho de ejecución deba reflexionarse sobre la distinta prohibición contenida en el artículo 9.3 CE, que no se fundamenta en el principio de legalidad sino en el de seguridad jurídica.

En este último sentido, ha declarado la STC 133/1989 que el artículo 25.1 no consagra el principio de seguridad, sino el de legalidad material, y que el valor de la seguridad jurídica está proclamado, junto con otros principios constitucionales, en el artículo 9.3 CE.

7.3. Alcance de la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 de la Constitución: la tutela de la seguridad jurídica y la ponderación de situaciones.

La STC 42/1986 ha declarado que **lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia de los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad.** Por ello, no está prohibida constitucionalmente la aplicación de la nueva ley, aunque sea una ley desfavorable, cuando no se trata de retroactividad auténtica, en el sentido indicado más arriba, sino sólo de retrospección. Esta idea es relevante para nuestro análisis, toda vez que no puede invocarse de forma automática el

artículo 9.3 CE para impedir toda retroacción de la nueva ley por la sola circunstancia de que se refiere a la pena privativa de libertad y, en consecuencia, incida sobre el derecho fundamental de la libertad del individuo. **Pues la prohibición del artículo 9.3 CE requiere, primero, que se trate propiamente de retroactividad, en los términos indicados más arriba, y en segundo término, que la nueva disposición sea restrictiva de derechos, lo que supone la previa existencia de un derecho y no de una mera expectativa.**

7.4 Aplicación de las anteriores consideraciones a las distintas disposiciones normativas del Anteproyecto en función de su naturaleza jurídica.

1. En cuanto al **artículo 36 CP**, para resolver el problema de su aplicación en el tiempo sería incorrecto decir que se trata de una norma de Derecho Penal material, no beneficiosa para el reo, y que como tal sólo podría aplicarse a las “acciones” delictivas posteriores a su entrada en vigor. Por el contrario **se trata de la modificación de una norma penitenciaria que afecta al modo de ejecución de la pena** como ya se dijo anteriormente. Por ello su irretroacción se satisface en cuanto se aplique sólo a las futuras hipótesis de hecho penitenciarias que en la norma se contemplan. Esto implica que sólo sería retroactiva su aplicación si afectase a efectos anteriores ya producidos, según el régimen anterior, por hechos anteriores, o si a tales hechos pretéritos anudase la norma nueva consecuencias legales no establecidas en la norma anterior. En definitiva **habría retroacción si la nueva norma condujera a dejar sin efecto terceros grados ya concedidos anteriormente según las exigencias legales del régimen previo, o a no conceder el tercer grado a quienes, sin haberlo obtenido aún, tuvieran cumplidas, al tiempo de entrar en vigor la nueva norma, los requisitos que para su concesión estableciera el régimen anterior.** Pero no habría retroacción si la nueva norma penitenciaria se aplicase –aparte de los condenados en el futuro por hechos futuros, o por hechos pasados- a los presos actuales condenados en el pasado, que sin haber obtenido, al entrar en vigor la nueva norma, el tercer

grado penitenciario, ni reunir en ese momento las condiciones para obtenerlo según la regulación anterior alcanzasen después de ese momento las exigencias de hecho –entre ellas el cumplimiento de la mitad de la pena superior a cinco años- de la nueva norma, denegándose en cambio a quienes no cumplieren tales requisitos hasta tanto no estuviesen en la situación de hecho establecida en la nueva norma para conceder el tercer grado.

En síntesis: el llamado periodo de seguridad introducido por el apartado 2º del artículo 36 del Código Penal sería así de aplicación: al cumplimiento de las penas: a) por delitos futuros; b) por condenas futuras de delitos pasados; y c) por condenas pasadas respecto a los presos que al entrar en vigor la norma no hubiesen obtenido aún el tercer grado ni estuviesen en ese momento en condiciones de obtenerlo según el régimen legal anterior a la modificación.

2. A propósito del **artículo 76 CP**, estima este Consejo que son plenamente irretroactivas las disposiciones del Anteproyecto que entran dentro del ámbito propio del artículo 25.1 CE. En particular, considera este Consejo que ello sucede con el artículo 76 CP, pues **este precepto afecta a la medida de la pena que debe ser declarada en sentencia en el caso de concurso de delitos, por lo que rige la prohibición relativa a que no puede imponerse pena alguna que no esté prevista por la ley en el momento de la comisión del delito.**

El artículo 76 a diferencia de lo que sucede con el artículo 36 es norma de Derecho Penal material en cuanto disciplina, como límite al inicial sistema de acumulación material de penas del artículo 73 del Código Penal, la acumulación jurídica de penas en el concurso real de delitos, estableciendo un máximo de cumplimiento efectivo de las penas impuestas y declarando la extinción de las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo. La novedad legislativa radica en la ampliación del límite máximo en determinados casos. **En tal sentido se trata de una norma penal no**

beneficiosa y por consiguiente irretroactiva, lo que se traduce en que su aplicabilidad se contrae a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigor.

3. El **artículo 78 CP** establece determinadas restricciones para el cálculo de los beneficios penitenciarios y la libertad condicional, y aunque no afecta a la duración de la pena impuesta en sentencia, y no se refiere por ello al artículo 25.1 CE, se trata de un precepto complementario al artículo 76, en cuanto el Juez o Tribunal sentenciador debe conformar el título de la ejecución en función de las circunstancias a que se refiere dicho precepto. Desde ese punto de vista **aplicar la nueva ley respecto de penados que ya hubieren comenzado a cumplir su condena puede conllevar la modificación ex post del título de la ejecución. Sin embargo no se aprecia razón para que no rijan los nuevos presupuestos de la ejecución respecto de condenas impuestas tras la entrada en vigor de la ley**, al margen de la fecha de comisión del delito, irrelevante a estos efectos, porque, como se ha dicho, la fecha de comisión del delito sólo es relevante cuando se trata del principio de legalidad a que se refiere el artículo 25.1 CE.

4. Mención especial requiere el análisis de la cuestión en cuanto a la aplicación de los **artículos 90 y 91 CP** y artículo **72 de la ley Orgánica General Penitenciaria**. La cuestión nuclear en orden al problema de la retroactividad de estas disposiciones puede plantearse en los siguientes términos, y con estas posibles variantes:

a) Determinar si las nuevas exigencias relativas al acceso al tercer grado y a la libertad condicional sólo son aplicables a penados por hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la ley.

b) Si el nuevo sistema es aplicable con relación al cumplimiento de penas impuestas con posterioridad a entrada en vigor de la ley, con independencia de la fecha de comisión del delito.

c) Si, por el contrario, resulta irrelevante para la aplicación del nuevo régimen la fecha de comisión del delito y la fecha de la ejecutoria, resultando de aplicación la nueva norma a la toma de decisiones sobre clasificación del penado a partir de la entrada en vigor de la ley.

4.1.- La posición extrema enunciada en primer lugar no distingue entre retroactividad en sentido propio y retrosección. De acuerdo con lo dicho, lo que la Constitución prohíbe en el artículo 25 de manera tajante es que el delincuente a la fecha de comisión del hecho no haya podido calcular las consecuencias penales de sus actos, pero en ese cálculo anticipado no entran las posibilidades de acortamiento de la condena en el futuro en función de criterios de reinserción social. Y en este sentido puede decirse que el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el principio de legalidad no tiene el sentido de decirle al ciudadano cuánto tiempo la pena impuesta será de cumplimiento efectivo y cuánto tiempo podrá cumplir la pena en régimen de semilibertad. Por ejemplo, la doctrina ha discutido si la prohibición de la retroactividad rige en cuanto a los términos de la prescripción precisamente por no ser susceptible la materia de cálculos previos.

Ello no significa que no rija la prohibición general de la arbitrariedad y la debida tutela de la seguridad jurídica. Pero para determinar si el supuesto entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 9.3 de la Constitución, debe indagarse la naturaleza de las disposiciones que concretan las condiciones para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional.

4.2. La prohibición de retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de la punibilidad del *Derecho material*. También rige respecto de la pena y las medidas de seguridad (art. 2.1 CP) y, aunque el Código no lo diga expresamente, de las consecuencias accesorias.

Los artículos 90 y 91 CP y el artículo 72 LGP no inciden en la magnitud de la consecuencia penal, por lo que no afecta al principio de legalidad de las penas. El artículo 25 CE garantiza la irretroactividad de la ley que amenaza con una determinada pena un determinado comportamiento. Es la ampliación del ius puniendi lo que se trata de limitar con la prohibición de la retroactividad. Pero como se ha expuesto, la liberación condicional de los penados a largas penas de prisión supone un modo de cumplimiento en libertad de la pena de prisión, pero en modo alguno un acortamiento de la condena, por lo que no afecta a la magnitud penal, sino al régimen de cumplimiento de la pena de privación de libertad.

De acuerdo con ello, la aplicación de los artículos 90 y 91 del Código Penal no pertenece al ámbito de la retroactividad en sentido propio a la que se ha hecho referencia más arriba.

4.3. Los nuevos requisitos establecidos en el Anteproyecto son en realidad medidas que limitan la discrecionalidad del Juez de Vigilancia en la apreciación de la prognosis favorable de reinserción social en orden a la clasificación del penado y el otorgamiento de la libertad condicional. Si se interpretan las nuevas exigencias para el acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional como elementos objetivables que permiten al Juez formar un juicio razonado de reinserción social, puede entenderse que la prognosis favorable va condicionada a que el penado presente signos inequívocos de normalización social, con la reparación del daño o la desvinculación de la organización terrorista mediante la colaboración activa para combatir a la organización criminal.

Estos requisitos de acceso a la libertad condicional pueden ser exigidos también por el Juez de Vigilancia de acuerdo con la normativa vigente, pues el artículo 90.1.3ª exige un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, sin que la norma actual concrete los criterios para que esta valoración sea posible.

Así entendida **la norma contenida en el Anteproyecto**, el legislador limita la discrecionalidad que la norma vigente concede al juez de Vigilancia, y ello, aunque conlleve en la práctica corregir determinadas interpretaciones judiciales de la norma vigente, **no puede quebrantar expectativa alguna del penado, ni menos aún derecho adquirido alguno, pues el penado, incluso el que ya está cumpliendo condena, no tiene derecho a que se consolide una determinada interpretación judicial en función de amplios márgenes de discrecionalidad que permite la ley vigente.** Y ello enlaza también con la cuestión de la retroactividad en relación con la jurisprudencia. No puede invocarse que la nueva norma generará una jurisprudencia más desfavorable, pues, la prohibición de retroactividad no alcanza el modo en que una norma es interpretada.

En suma, entiende este Consejo que los arts. 90 y 91 CP y el artículo 72 LOGP, en la medida en que puedan concebirse como normas que interpretan y aclaran en caso de delitos especialmente graves los criterios a tener en cuenta para formar el juicio pronóstico de resocialización que requiere el acceso a la libertad condicional, son normas que pueden observarse en las futuras decisiones sobre acceso al tercer grado y la libertad condicional, sin que ello suponga retroactividad alguna ni merma del principio de seguridad jurídica.

8. Reforma del artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

1. El Anteproyecto modifica el artículo 989 para adaptar, en primer término, la regulación de la ejecución provisional de los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y en particular a los arts. 524 y ss. de la nueva Ley, a los que debe entenderse referida la remisión. Ello no requiere más observaciones.

2. Se introduce un número 2 en el art. 989 LEC con la finalidad de facilitar la investigación patrimonial de los penados con el fin de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito o falta declarada en la Sentencia penal. A tal fin dispone en nuevo número que “ 2. A efectos de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito o falta y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los jueces o tribunales podrán encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, los organismos tributarios de las Haciendas Forales, las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia.”

Debe tenerse en cuenta a tales efectos que este nuevo precepto concreta o explicita una posibilidad de actuación judicial ya habilitada por la legalidad constitucional y ordinaria. El derecho a la tutela judicial efectiva comporta, tal y como dispone el art. 117.3, la *obligatoriedad de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales* (SSTC 119/1988, 33/1987, 33 y 34/1986, 15/1986, 176/1985, 155/1985, 106/1985, 65/1985, 109/1984, 67 y 61/1984, 77/1983, 32/1982). Por ello, el art. . 117.3 de la Constitución reconoce a Jueces y Magistrados no sólo la función de juzgar sino también la de *ejecutar lo juzgado*. Y para tal función, los Jueces y Magistrados podrán recabar la colaboración requerida para ejecutar aquella función, sobre la base de que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes (art. 118 CE), en sus propios términos, como reza el art. 18.2 LOGP, incluidos los pronunciamientos civiles.

En este mismo sentido, declara el art. 17.1 LOPJ que “ Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la Ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y *en la ejecución de lo resuelto*, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del

resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley”. Declarándose asimismo que “Las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares *respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias* y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes” (art. 17.2 LOPJ).

En este contexto, a tenor del art. 990 LECrim. “Corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia”, debiendo adoptar sin dilación las medidas necesarias para esa ejecución sea posible. Y el artículo 984 párrafo último se remite a la vía de apremio de Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de los pronunciamientos civiles. A este precepto se remite el art. 974 para la ejecución de la responsabilidad civil en el caso de condena al pago de cantidad líquida.

Del mismo modo que se ha modificado el apartado primero del art. 989 el art. 984 debería ser modificado para adaptar sobre la misma materia la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la ley de Enjuiciamiento Civil 1/2002. La nueva LEC regula con detalle la ejecución dineraria, y en particular su art. 590 se refiere a la investigación judicial del patrimonio del ejecutado. A esta regulación se remite el art. 989.2 que permite una amplia actuación en la investigación patrimonial pues el art. 590 LECivil permite dirigirse para facilitar la ejecución a entidades financieras, organismos y registros públicos con el fin de recabar la información patrimonial de que dispongan.

Sin embargo el Anteproyecto no se limita a posibilitar al Juez o tribunal la obtención de información sobre datos que ya se dispongan en la correspondiente Administración o registro público, sino que autoriza a encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las Haciendas Forales, las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto la renta o

patrimonios del penado presentes y futuros. Ello supone de hecho poner al servicio de la Administración de Justicia a los Servicios de Inspección de la Administración tributaria.

La puesta a disposición de la Administración de Justicia de estos funcionarios cualificados para la investigación patrimonial forma parte del deber de colaboración a que se refiere el artículo 17.1 LOPJ.

- IV-

CONCLUSIONES FINALES

De todo cuanto antecede, este Consejo valorando positivamente el Anteproyecto informado, formula las siguientes precisiones técnicas:

- 1) La materia que es objeto de regulación en el artículo 36.2 CP proyectado debe ser objeto de regulación en la Ley Orgánica General Penitenciaria.
- 2) Deben adaptarse convenientemente al llamado “periodo de seguridad” los preceptos de la LOGP relativos a la clasificación, en particular los arts. 63, 72.4 y 73.2 LOPGP.
- 3) Para la aplicación del artículo 36.2 CP debe aclarar el legislador que en el caso de que resulten de aplicación las limitaciones establecidas en el artículo 76 CP, este cómputo debe referirse a los correspondientes límites máximos de cumplimiento.

- 4) El párrafo 2º *in fine* del art. 36.2 debe aclararse en el sentido indicado en el informe.
- 5) Si se mantiene en el núm. 3 del art. 78 la excepción allí prevista para delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales debería introducirse algún tipo de mecanismo jurídico o precisión legal que diferenciase de algún modo el tratamiento del delincuente que alcance la rehabilitación social de aquel otro que se encuentre en caso contrario.
- 6) Debe definirse por el legislador el concepto de organización criminal a los efectos de lo dispuesto en los artículos 36.2,78.3,90.4, todos del CP, y 72 LOGP.
- 7) Los presupuestos establecidos en los números 3º y 4º del artículo 90 CP en relación con el artículo 72.5 y 6 LOGP, deben vincularse necesariamente con el establecido en el número 2º del artículo 90, en unidad de sentido, mediante una fórmula del siguiente tenor: “ A tales efectos, será preciso en cualquier caso:” o semejante.
- 8) La exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil para el acceso a la libertad condicional y al tercer grado debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado. Sugiere el Consejo una redacción similar a la contenida en los artículos 81 y 88 vigentes del Código penal.

- 9) La exigencia de colaboración a que se refiere el artículo 90.4º CP debe ser entendida como colaboración activa de quien puede proporcionar información relevante a los efectos de evitar la continuación de la actividad delictiva de la organización, dejando a salvo los supuestos de imposibilidad de colaboración.

- 10) Se propone que en el texto del artículo 90.4 CP y 72.5 LOGP se haga referencia a las “finalidades y medios de la acción terrorista”, en lugar de a “fines y medios terroristas”.

- 11) El artículo 984 debería ser modificado para adaptarlo a la ley de Enjuiciamiento Civil 1/2002.

Es todo cuanto tiene a bien informar este Consejo General del Poder Judicial.

INDICE

ANTECEDENTES.....	1
ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO.....	1
OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO INFORMADO.....	4
1. El límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión. Artículo 76 del Código Penal.....	4
1.1. Alcance de la reforma proyectada.....	4
1.2. Constitucionalidad de la medida	6
2. El cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: el artículo 78 del Código Penal.....	11
2.1. Antecedentes y sentido de la reforma.....	11
2.2. Cálculo de la libertad condicional en función de la totalidad de las penas impuestas.....	13
2.3. Referencia de la clasificación en tercer grado y los permisos de salida a la totalidad de las penas impuestas.....	14
2.4. Otras precisiones técnicas sobre el artículo 78.....	15
3. El llamado “periodo de seguridad”: reforma del artículo 36.2 del Código Penal.....	18
3.1. Naturaleza de la norma.....	19
3.2. La ubicación sistemática de la regla	19
3.3. Alcance del denominado periodo de seguridad y su compatibilidad con los fines constitucionales de la pena.....	21
3.4. Precisiones técnicas	23
3.5. Coordinación de los artículos 36.2 , 76 y 78 CP.....	23
4. Los presupuestos de la libertad condicional: reforma de los artículos 90 y 91 del Código Penal.....	25
4.1. Sobre la naturaleza jurídica de la libertad condicional.....	25
4.2. Los presupuestos de la libertad condicional.....	26
5. Las condiciones de acceso al tercer grado penitenciario	31
6. Efectos suspensivos del recurso: reforma de la Disposición adicional quinta de la LOPJ.....	31
7 . Sobre la vigencia y aplicación de la ley y la retroacción de sus consecuencias.....	33
7.1 Consideraciones preliminares: La distinción entre retroactividad en sentido propio y retrospección o retroactividad impropia.	33
7.2 Alcance de la prohibición constitucional de retroactividad del artículo 25 de la Constitución.....	34
7.3. Alcance de la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 de la Constitución: la tutela de la seguridad jurídica y la ponderación de situaciones.	37

7.4 Aplicación de las anteriores consideraciones a las distintas disposiciones normativas del Anteproyecto en función de su naturaleza jurídica.....	38
8. Reforma del artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	43
CONCLUSIONES FINALES.....	46

Y para que conste, extiendo y firmo la presente en Madrid, a cuatro de febrero de dos mil tres.