

RENACIMIENTO DE LA FINALIDAD INCAPACITADORA DE  
LA PENA DE PRISIÓN A RAÍZ DE LA LO 7/2003.  
ANÁLISIS A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Wendy Mercedes Jarquin Orozco

*Profesora Invitada UCLM*

*Asesora Sala Constitucional de la Suprema Corte de Nicaragua*

SUMARIO

*I. Introducción.*

*II. Resocialización vs Incapacitación.*

*III. Endurecimiento de la respuesta punitiva a partir de la LO 7/2003  
y su consideración a la luz de la Constitución de España.*

*IV. Conclusiones.*

*Bibliografía.*

## *I. Introducción*

Las estrategias político-criminales se enfrentan hoy en día con una de las fobias sociales más arraigadas, la inseguridad, acrecentada por el temor hacia la delincuencia y caracterizada por una acusada preocupación por la seguridad personal.

La sociedad padece un abrumador temor de que no se castigue suficientemente a los sujetos activos del delito y este temor puede ser más frecuente que el miedo de llegar a ser víctima. Estudios demuestran que la inseguridad social es una preocupación genuina de la población, la cual ha llegado a tomar medidas de autoprotección, estas medidas conllevan a un aislamiento de las personas especialmente en las grandes urbes, no obstante, aunque se ha logrado disminuir los índices de delincuencia, la población exige la implementación de políticas criminales efectivas para hacer frente a esta situación. El Estado debe entonces demostrar que cumple con su misión de protección, por lo que se han venido adoptando políticas criminales que persiguen la disuasión mediante la imposición de una mayor severidad en el cumplimiento de las penas.

En este contexto ha surgido en España la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, con la que se pretende recuperar la confianza de la ciudadanía, no obstante, esta ley ha sido objeto de innumerables críticas, entre ellas, su distancia de los mandatos constitucionales como los de resocialización y proscripción de penas inhumanas.

En el presente trabajo se pretende realizar un análisis de las reformas impuestas por la ley en mención a fin de dilucidar si con la misma se ha vulnerado la Constitución, al implantarse lo que muchos afirman ser una lógica de incapacitación en contra del mandato de resocialización que establece el art. 25.2 C.E.

A fin de lograr tal objetivo nos basaremos en la propia Constitución, en doctrina nacional y extranjera y en un análisis comparado con algunos ordenamientos penales continentales, para poder concluir si existe tal vulneración constitucional por parte de la LO 7/2003.

## *II. Resocialización vs Incapacitación*

### **2.1. Pensamientos que influyen en la concepción de la política criminal de retribución**

### *2.1.1 Pensamiento actuarial:*

La sociedad disciplinaria nace en el s. XIX con la finalidad de obtener la sujeción y el dominio del cuerpo, a la vez que persigue transformar el alma mediante tecnologías de castigo.

Dentro de esas tecnologías de castigo la prisión es el instrumento principal, cuya finalidad primordial es la resocialización. Aquí la penalidad se torna útil para el modelo definido como correccional.

A partir de los años 70 fue desapareciendo el optimismo por la resocialización, se consideró que la rehabilitación y otros medios de control social no se mostraban efectivos para lograr la prevención de la delincuencia. Se produjeron incisivas críticas acusantes del fracaso de la prisión, entre las cuales prevalecía el hecho de que la cárcel se había convertido en una fábrica de delincuentes con altos índices de reincidencia. Con este orden de ideas y en contraposición con el modelo correccional de la sociedad disciplinaria, surge el modelo actuarial<sup>1</sup>.

El actuarialismo o gestión actuarial del riesgo está fuertemente vinculado con los ataques neoliberales contra el Estado de bienestar keynesiano. El actuarialismo emergerá como una herramienta de gobierno propio de la lógica mercantilista y neoliberal de la postmodernidad<sup>2</sup>.

La estrategia actuarial en materia de política criminal se remite a procedimientos de lógica económica de las empresas aseguradoras que acogen como finalidad la gestión del riesgo. Como presupuesto de su origen encontramos la incapacidad del Estado para derrotar a la criminalidad, en términos más generales, para garantizar la seguridad ciudadana. Como no se puede acabar con la delincuencia surge esta política criminal para manejar, valga la redundancia, la criminalidad. Al igual que se gestiona el tráfico vial, se realiza la construcción de grupos y categorías de riesgo (ejemplo: los inmigrantes), se publican listas de abusadores sexuales en páginas electrónicas.

Existe una racionalidad gerencial que preconiza una acentuada preocupación por el coste de la justicia y la contención del gasto público, los nuevos indica-

1. El término actuarial es definido por la Real Academia de la Lengua Española como: "Pertenciente o relativo al actuario de seguros o a sus funciones".

2. Rivera Beiras, Iñaki y Gemma Nicolás Lazo, "Crisis de welfare y sus repercusiones en la cultura política europea" en Política Criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas, Iñaki Rivera Beiras (Coord.), Ayuntamiento de Barcelona, 2005, pág.230.

dores del éxito tienden a concentrarse más en rendimientos que en resultados, es decir, más en lo que las instancias hacen que en los beneficios sociales que producen, no se preocupa por mejorar sino por gestionar. Así se resaltan indicativos tales como: número de personas atendidas o retenidas, número de fuerzas policiales dispuestas en determinadas operaciones, número de condenas dictadas. Restando atención a resultados específicos como disminución de la tasa de criminalidad o el crecimiento del porcentaje de penados resocializados<sup>3</sup>. Quizá esto encuentra su origen en la consideración de la criminalidad como un fenómeno social no susceptible de desaparición que debe ser gestionado en la búsqueda de obtener un impacto económico lo más leve posible.

Se abandona la idea de que la delincuencia existe como causa de determinadas privaciones o problemáticas sociales. No existe interés en las causas sociales del delincuente, al contrario se considera que el delito es una elección racional de éste, restaurando su responsabilidad sobre sus propios actos y esto viene a producir efectos sobre el castigo que se les debe imponer. Existe una modificación del precio o coste del delito sobre la base del reforzamiento de las penas para lograr la disuasión.

Podemos identificar algunos rasgos del sistema actuarial<sup>4</sup>:

1. La justicia actuarial tiende a la reducción de las circunstancias ambientales que favorezcan los comportamientos desviados, tratando de establecer límites a los grupos objeto de control y vigilancia. Uno de los métodos para lograrlo es la alteración directa del ambiente de las potenciales víctimas para evitar la comisión del delito<sup>5</sup>. Algunos autores denominan este mecanismo como prevención situacional<sup>6</sup>. Lo que interesa fundamentalmente es concentrarse en la prevención y no en la reacción.

2. Se deja de priorizar a las instituciones penales (prisión) como espacios de control, ya que asumen que la vigilancia debe extenderse a todos los espacios sociales.

3. Brandariz García, José Ángel, Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y de la crisis del Estado-Nación, Comares, Granada, 2007, pág. 85.

4. *Ibidem*, pág. 88

5. Rivera Beiras, Iñaki y Gemma Nicolás Lazo, "Crisis de welfare y sus repercusiones...", pág. 240.

6. Esto se traduce en la proposición de políticas para la prevención de la victimización, por existir una acentuada preocupación para eliminar las oportunidades de ser víctima de un delito. Algunos ejemplos de estas políticas son: iluminación de cajeros automáticos, instalación de sistemas de seguridad.

3. La justicia actuarial no piensa en términos de culpabilidad sino de riesgos, por eso se persigue más la pertenencia de un individuo a un determinado grupo social, precisamente clasificado como riesgoso, antes que conductas o hechos concretos constitutivos de delito. El objeto primordial de neutralización recae en los grupos peligrosos.

### *2.1.2. Pensamiento del Análisis Económico del Derecho*

El Análisis Económico del Derecho (AED) es un pensamiento de corte neoliberal que tiene su origen en la ciudad de Chicago<sup>7</sup> de los años 70. Se configura como una aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos al examen de la formación, estructura y efectos de las leyes e instituciones jurídicas. Es una dirección del pensamiento metodológicamente análoga al pensamiento actuarial.

Este movimiento pretende realizar una explicación económica del derecho, configurando una teoría del comportamiento que pronostica cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes. Se asimila al pensamiento actuarial al considerar que el delito es una elección racional del sujeto, no obstante, esta línea del pensamiento persigue explicar que esta decisión racional le permite al individuo ponderar los costos –castigo– y los beneficios –ganancias– de tal conducta, llegando a concluir que si el sujeto delinque es porque considera que los beneficios que ello le depara son mayores que los perjuicios. Se realiza una valoración de la racionalidad económica del delincuente analizando el delito y la sanción<sup>8</sup>.

La finalidad que se persigue es obtener una modificación de los precios del delito para todos los delincuentes, sean potenciales o reales, en la medida que se considera que la función principal de la pena no puede ser otra más que la disuasoria, esto es la Prevención General Negativa<sup>9</sup>. La premisa radica en que es la duración de la condena y no su intensidad la que impulsa a no cometer críme-

7. Sobre los inicios de este pensamiento ver más en Congregado Ramírez de Aguilera, Emilio et. al., “Análisis Económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente” en Revista derecho y conocimiento: Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y el conocimiento, vol. 1, Facultad de derecho de la Universidad de Huelva, 2001, págs. 331-339.

8. En los modelos económicos, se parte de supuestos de racionalidad en los agentes económicos los sujetos eligen la mejor de las alternativas de que disponen. Sin embargo, en un buen número de ocasiones parece como si el comportamiento observado en los sujetos económicos, no obedeciera a este supuesto. Haciendo abstracción de los problemas de información asimétrica, el mercado suele penalizar los comportamientos irracionales o aleatorios, por lo que el incumplimiento de ese supuesto no es tan trivial como podría parecer. Ibidem, pág. 335.

9. Política Criminal de la Exclusión..., pág. 91.

nes, lo conveniente es tener certeza de la condena y que ésta sea extensa en el tiempo; por tanto, al incrementarse la severidad de las sanciones, el potencial infractor considerará que del acto delictivo derivan más perjuicios que beneficios, como se dijo anteriormente, la lógica estriba en la mayor certeza de la sanción, y con ello se espera operar una disuasión a no delinquir.

Los defensores de esta lógica persiguen minimizar los costes de aplicación de la responsabilidad punitiva, intentando que sean inferiores a los que se derivarían de soportar el delito.

No obstante, se señala que el AED no contempla el costo que causan penas severas y duraderas (como la prisión perpetua), sobre la base de asumir que tales soluciones son menos costosas que el reforzamiento de los órganos de persecución penal.

## **2.2. De la resocialización a la incapacitación**

Como expresamos anteriormente existen diferentes pensamientos que definen una nueva racionalidad en la finalidad del sistema penitenciario, la prisión ya no es vista desde la perspectiva de la función habilitadora sino que en este proceso de exclusión social y de inclusión selectiva, surge la finalidad de segregación social, de separación de la sociedad de aquellos individuos que se consideren peligrosos y que no son susceptibles de tratamiento extrapenitenciario.

Se habla de incapacitación selectiva y no absoluta, porque la prisión se reserva a los sujetos que no hayan podido ser tratados con penas no privativas de libertad<sup>10</sup>, si se eligiera la segunda opción de incapacitación absoluta se propiciaría un crecimiento excesivo de la población penitenciaria lo cual generaría un mayor gasto para el Estado, situación que pretende ser evitada por corrientes de pensamiento como la actuarial y el AED.

El principal dispositivo previsto para garantizar la función incapacitadora del sistema penal, y de la pena de prisión en particular, consiste en incrementar los límites máximos de cumplimiento de la privación de libertad, hacia el horizonte de su conversión en perpetua<sup>11</sup>. Y este es uno de los puntos criticables que en el presente trabajo analizaremos a partir de la LO 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

10. A los sujetos que no merecen ser tratados con pena de prisión se reservan penas como: arresto domiciliario, prohibición de acercarse a la víctima, etc.

11. Política Criminal de la Exclusión..., pág. 95.

Partiremos del estudio del art. 25.2 C.E. que establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social, por lo que cabe hacernos la pregunta de cuál es el alcance de este mandato constitucional, y a partir de esto analizar si el mismo configura un derecho fundamental y plantearnos cuál es la posición de la LO 7/2003 respecto a la Constitución.

### *2.2.1 Alcance del mandato constitucional del art. 25.2 CE a la luz del Tribunal Constitucional*

El artículo constitucional menciona como finalidades de las medidas privativas de libertad: la reeducación y la reinserción. Si hablamos de reeducación nos estamos refiriendo al proceso de adquisición de actitudes que el condenado a esta pena debe superar para ser capaz de reaccionar positivamente durante su vida en libertad, esto es de gran importancia pues la finalidad no debe ser introducir nuevamente a este sujeto excluido a la sociedad sino que para poder conseguir este objetivo es preciso brindarle los medios adecuados para que pueda instruirse y que le posibiliten una reintegración en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos.

El término resocialización es un concepto más genérico y moderno que el de reinserción, alude al objetivo de recuperación social del individuo inicialmente antisocial y se desarrolla a través de instrumentos educativos como de acciones que producen efectos sociológicos. Por tanto, se podría considerar que la norma constitucional española recoge estrictamente el proceso de resocialización, concretado en sus dos momentos: proceso educativo y resultado integrador<sup>12</sup>.

Cabe la duda sobre la vinculación jurídica de este mandato y siguiendo los hilos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional podemos concluir que este mandato constituye un principio sometido a las decisiones del legislador puesto que el texto constitucional no contiene disposiciones cerradas sino que define el marco constitucionalmente permitido para la libertad de configuración del legislador. Quizá este razonamiento se base en el hecho de que la Constitución no se puede presentar como un tema acabado sobre el cual no se deba hacer un desarrollo legal, no obstante, en este aspecto se hace necesario realizar un estudio más detenido para poder llegar a concluir la fuerza de obligar de este precepto partiendo de la base de que la configuración legal no puede ser ilimitada ni arbitraria.

12. Urías Martínez, Joaquín, "El valor constitucional del mandato de la resocialización", en Revista Española de Derecho Constitucional, año 21, núm. 63, septiembre-diciembre 2001, pág. 46.

En el tema de la resocialización seguimos avanzando en la interrogante a discutir de si se trata de un derecho fundamental, se ha planteado mediante recursos de amparo si el precepto contenido en el art. 25.2 C.E. venía a crear el derecho fundamental de los ciudadanos a que sólo se le apliquen penas privativas de libertad cuando sea plausible alcanzar una finalidad de reeducación social. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha vacilado nunca en negar esta posibilidad<sup>13</sup>. Así en ATC 15/1984, de 11 de enero, expresó que la reeducación y la reinserción son solo un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos.

Lo que aclara el Tribunal es que, aunque por ley se introduzca una institución que facilite la reeducación de los condenados, la congruencia de tal medida con la Constitución no la convierte automáticamente en un derecho fundamental<sup>14</sup>. El sentido del precepto 25.2 C.E. es ser un mandato a los poderes, no solo al legislador en la configuración de la pena sino también en el cumplimiento de las mismas. Lo anterior se traduce en que el precitado artículo no puede fundamentar un recurso personal para presentarse en el cumplimiento de una pena, ejemplo, la famosa petición de conmutación de pena por haber cumplido el penado con la finalidad de reeducación en la prisión. La búsqueda de la reeducación no puede llevar a desconocer la duración del castigo de la sanción penal privativa de libertad en cuanto lleva inherente la prevención general y defensa social, la reinserción social no es la única finalidad admisible en cuanto a la configuración de las sanciones penales pero sí es la finalidad primordial en la fase de ejecución.

### *2.2.2. En el derecho comparado*

En Italia el art. 27 párrafo tercero de la Constitución preceptúa: “las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado”. De la simple lectura de dicho precepto podemos deducir:

1. Al igual que en la Constitución española se señala la reeducación como orientación de las penas privativas de libertad, sin embargo, la norma constitucional apunta a la obtención de una finalidad reeducadora más que a la reinserción como resultado de la misma.

2. La norma configura un mandato constitucional al legislador, dirigido no a la configuración de la pena sino a su cumplimiento.

13. *Ibidem*

14. *Ibidem*, pág. 59.



3. Se configura un derecho fundamental del sujeto que cumpla una pena privativa de libertad para poder acceder a los mecanismos de reinserción.

En relación con lo anterior podemos convenir en que ese derecho fundamental es de configuración legal y se aplica a las normas que regulan el modo de cumplimiento de las penas. El legislador es el encargado de decidir sobre la oportunidad y diseño de las medidas reeducadoras, y el Tribunal Constitucional es el encargado de remover los obstáculos que impidan el acceso a las mismas. Este derecho fundamental, como bien es sabido en general, no es un derecho absoluto y lo que implica es la prohibición de que existan obstáculos que impidan el acceso al proceso de reeducación, no obstante, existen los límites que pueden impedir el acceso a dicho proceso, entre los que podemos citar la falta real de voluntad del reo.

El Tribunal Constitucional Italiano ha elevado a tal punto el alcance de este derecho reconociendo que el mismo se extiende a las condenas de cadena perpetua y que en tal caso, su ámbito de protección se relaciona con la posibilidad que tenga el reo de acceder a la libertad condicional, en STCI 274/1983 el Tribunal expresó que mantener el cierre a este acceso equivaldría a excluir a estos reos del circuito reeducativo lo que sería inconstitucional. Este aspecto es sumamente relevante en virtud de que se reconoce que aun aquellos sujetos que han sido condenados a la privación de libertad de por vida tienen el derecho de la reeducación, por tanto, si estos reos tienen derechos a penas que les permita acceder a los institutos y procedimientos penitenciarios de reinserción social (libertad condicional), más aún podríamos decir de aquellos sujetos cuyas penas de privación son menos rigurosas.

En Francia al igual que en Alemania la reinserción tiene rango legal. La doctrina suele distinguir tres funciones que se alternan en la ejecución de las penas privativas de libertad: educativa (duración máxima de 4 ó 5 años), inculcadora, y la de justicia. La aplicación de la pena proporcionada a la gravedad de la infracción busca la función intimidatoria, preventiva orientada al futuro, o las propiamente inculcadoras. Puede decirse, en general, que las penas privativas de libertad conjugan tanto los fines intimidatorios como preventivos (728 Código Procesal Penal), si bien la función de la pena se hace depender en gran medida por las formas y los medios de los órganos que las aplican. En sí misma, la pena connota un carácter retributivo que normalmente se ve favorecido por la aplicación real de las mismas, no obstante, desde el punto de vista del órgano judicial y la administración penitenciaria, como principio general, prevalece la prevención especial, sin perder de vista el contexto preventivo general de las mismas.

### ***III. El Endurecimiento de la respuesta punitiva a partir de la LO 7/2003 y su consideración a la luz de la Constitución de España***

#### **3.1. Elevación del límite máximo de prisión**

Con los episodios de ataques terroristas en España, en el horizonte legislativo surge la regulación establecida en la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que viene a modificar el régimen de acumulación de penas, el tope penológico de la pena de prisión, el régimen de progresión de grados, la libertad condicional y beneficios penitenciarios. Respecto de la elevación del tope penológico o del límite máximo de la pena, que anteriormente para el caso de concurso real de delito era de 30 años, fue elevado a 40 años de prisión.

El art. 36 del Código Penal reformado por el artículo primero de la LO 7/2003 establece como duración máxima de la pena de prisión el límite de 20 años, esto con la salvedad que dispongan los otros preceptos del mismo cuerpo de leyes, que ya en el art. 76 inciso 1 numeral c y d, señala como máximo de cumplimiento de las penas para los casos de concurso real de delitos el límite de 40 años. La literalidad de dicho precepto es la siguiente:

*“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será...c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años. d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años”.*

Algunos autores resaltan como rasgo caracterizador de esta reforma la diferenciación existente entre un régimen general –dentro de la excepcionalidad pues ya se ha dicho que el límite máximo de prisión es de 20 años que varía en los casos de concurso real de delitos– y un régimen particular, pensado para infractores que cometen el delito de terrorismo<sup>15</sup>.

15. Política Criminal de la Exclusión..., pág. 99.

En el voto particular presentado por el Dr. Luis Aguiar de Luque, respecto del Informe del Consejo Superior del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/2003<sup>16</sup>, señala que 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. Considera que este límite máximo es compatible con la Constitución 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.

No se puede afirmar que se cumpla con el fin de la reinserción porque el penado guarde las esperanzas de salir de prisión algún día, pues existen casos en que el cómputo de los beneficios penitenciarios y la progresión de grados estará basado en la totalidad de la condena impuesta y no hay posibilidad alguna de acceder a ellos, con la LO 7/2003, se introducen una serie de obstáculos que imposibilitan la esperanza de ser liberado, ¿cómo entonces se puede hablar de resocialización?

### **3.2. Retroactividad de las normas desfavorables al reo y su confrontación con la Constitución**

La disposición transitoria única de la LO 7/2003 mandata: “lo dispuesto, conforme a esta Ley; en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena”.

Claramente se denota que existe una aplicación retroactiva de una legislación más severa en lo relativo a las circunstancias para acceder al tercer grado penitenciario y al régimen de libertad condicional, esto incluso cuando el reo hubiese sido condenado conforme a una legislación anterior o la fecha de inicio de cumplimiento de la condena impuesta estuviese en tal punto que se le debería permitir acceder a uno de los regímenes antes mencionados.

16. Voto particular que formula el vocal Luis Aguiar de Luque, respecto del Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, aprobado por el pleno del Consejo General del Poder Judicial en sesión del 4 de febrero de 2003.

Sobre este aspecto es evidente que se puede hablar de una vulneración del principio de la no retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 C.E.); del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) y del principio de legalidad penal que reza: “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa*” (art. 25.1 C.E.).

La Constitución no proscribe la retroactividad de todo tipo de leyes, esto equivaldría a negar el carácter dinámico del derecho, lo que hace es consagrar límites a la libertad de disposición del legislador, y en base a los principios antes mencionados encontramos la intención de darle una cierta estabilidad a las normas penales sancionadoras, que vaya más allá de las posibilidades de reforma.

En este aspecto, encontramos posturas que avalan lo preceptuado en la disposición transitoria, amparados bajo la diferencia que existe entre derecho penal material y derecho procesal de ejecución, considerando que sólo en la primera categoría se pueden configurar disposiciones sancionadoras que limiten o restrinjan derechos individuales o bien derechos fundamentales, por lo que sólo en ese caso se podría hablar de una negación a la irretroactividad de las penas.

Al respecto el jurista Luis Aguiar de Luque en el referido voto particular al Informe del Consejo Superior del Poder Judicial al Anteproyecto de LO 7/2003, manifiesta que tanto la norma que impone la pena cuanto la norma que la ejecuta, están reguladas por Ley Orgánica sobre la base de que ambas desarrollan un derecho fundamental como es el derecho de libertad del art. 17 C.E. Para él la ejecución de la pena forma parte de la pena, y por tanto, forma parte de las disposiciones sancionadoras.

El principio de irretroactividad de las normas sancionadoras restrictivas de derechos fundamentales busca evitar el hecho de que cada vez que se modifique una pena, se cambie la situación jurídica del reo, así en caso que éste hubiese avanzado en progresión de grados, se pretende que no existan obstáculos para lograr la materialización de dicho avance. Esto implica que al reo le deben ser aplicables las normas que le sean más favorables y para entender que normas le son más favorables al reo se ha de atender a los elementos concretos que integran su naturaleza, entre ellos, los que forman parte de su ejecución.

La jurisprudencia Italiana se ha inclinado por la negación de la retroactividad de las normas que se traduzcan en privación de beneficios ya conseguidos por el

reo en miras de la progresión de grado penitenciario. Según el Tribunal Constitucional italiano no se puede obstaculizar la consecución de la finalidad reeducativa impidiendo el acceso a determinados beneficios o a determinadas medidas alternativas a favor de quien, en el momento de entrada en vigor de una ley restrictiva, haya ya alcanzado todas las condiciones para gozar de tal medida o beneficio<sup>17</sup>.

Este caso es lo que podría suceder si un reo que estando en tercer grado penitenciario ya hubiese cumplido los requisitos para acceder al próximo grado, que sería la libertad condicional, pero conforme los nuevos requisitos de la LO 7/2003, se le impusieran más obstáculos para acceder a dicho grado. En este sentido se planteó un caso ante el Tribunal Constitucional italiano, sobre un reo que en todo momento había mostrado un comportamiento ejemplar en el interior de la prisión, lo que había llevado a calificarle al paso equivalente al tercer grado, permitiéndole salir a trabajar al exterior, pero con la entrada en vigencia de una nueva normativa pierde ese beneficio<sup>18</sup>. Existió aquí una aplicación retroactiva de una ley que venía a perjudicar al reo en su progresión de grados, ante esto, el Tribunal Constitucional consideró que la reinserción social es un proceso progresivo en el que a medida que avanza la reeducación del individuo debe ir avanzando en la escala de institutos de resocialización, vemos claramente que sobrepasa la valoración sobre la efectiva mejora que debe demostrar el sujeto privado de libertad para que pueda operar el régimen de progresión de grados. Para el Tribunal Constitucional italiano el tratamiento penitenciario se equipara a un tratamiento médico, y el reo tiene derecho a avanzar en ese proceso de curación, por tanto, no puede ser despojado de un determinado beneficio penitenciario ya adquirido, siendo inconstitucional que se aplique una norma que niegue un beneficio penitenciario o lo obstaculice a tal punto de impedir su realización, y más aún que se aplique tal norma a quienes ya hayan comenzado un proceso de reinserción en base a dichos beneficios.

Como toda regla general, la jurisprudencia italiana considera que si bien es cierto opera la inconstitucionalidad de la norma cuando esta trata de impedir el avance en la progresión de grados, dicha inconstitucionalidad se salva cuando se demuestre que la persona privada de libertad ha mantenido relaciones con grupos de criminalidad organizada. En este sentido, el legislador sí podría limitar el

17. El valor constitucional del mandato..., pág. 52.

18. Esta normativa negaba la obtención de beneficios penitenciarios a quienes se negaran a colaborar con la justicia, subordinando la progresión de grados a condiciones lejanas a la superación de la actitud delinencial del individuo.

derecho de acceder a los beneficios penitenciarios, porque lo haría en miras de proteger otros bienes constitucionales, como serían la seguridad de la sociedad en general.

Como se ve el mandato del legislador debe consistir en prohibir las normas que impidan la progresión en grados y la resocialización de determinados delincuentes, así el fundamento para aceptar tal intromisión por parte del legislador sólo puede estar basado en la protección de un bien constitucional que resulte perjudicado y que objetivamente se demuestre que el perjuicio se causa por la actitud del reo, ya sea por carecer de una real voluntad de reinsertarse o por mantener nexos con organizaciones criminales.

### **3.3. Progresión de grados: tercer grado penitenciario y libertad condicional**

#### *3.3.1. Breve análisis del régimen de progresión de grados*

Las penas privativas de libertad se ejecutan según el sistema de individualización separado en grados. El grado es una de las cuatro fases que componen el status del interno:

Primer grado: régimen cerrado.

Segundo grado: régimen ordinario.

Tercer grado: régimen abierto.

Cuarto grado: libertad condicional.

En dependencia de la evolución del tratamiento del interno o de la modificación de los rasgos de su personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva, se producirá la progresión de grados, y por consiguiente, el traslado al establecimiento que corresponda o dentro de un mismo establecimiento a la sección que corresponda.

Someramente haremos una referencia a los diferentes tipos de grados penitenciarios:

Primer grado, habitualmente está destinado para reos de suma peligrosidad o que denotan una inadaptación a las normas de convivencia dentro de la prisión. Como se expresó este régimen es cerrado y está caracterizado por celdas indivi-

duales en la medida de lo posible, limitación de actividades y comunicaciones y control exhaustivo.

Segundo grado: se aplica a penados en quienes concurren circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia pero sin capacidad para vivir en semilibertad. Los internos tienen acceso a las actividades, comunicaciones y régimen general del establecimiento penitenciario.

Tercer grado: se aplica a reclusos que están capacitados para vivir en semilibertad y constituye el presupuesto inexcusable para obtener la libertad condicional. Este beneficio facilita la preparación de la vida en libertad al fortalecer los vínculos familiares y reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continua en prisión, viene a facilitar de forma gradual su reinserción.

Libertad condicional, es el último grado de cumplimiento y se traduce en el disfrute de un mayor grado de libertad.

Estos dos últimos grados serán abordados a continuación con mayor detenimiento.

### *3.3.2. Endurecimiento para acceder a la progresión de grados*

El art. 36.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modificado por el artículo primero de la LO 7/2003, establece como regla general, el límite máximo de la pena de prisión en 20 años, con las excepciones que se dispongan en el mismo cuerpo de leyes. Agregando el art. 76.1 que el máximo cumplimiento efectivo de la condena no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido el penado, declarando extinguidas las que procedan desde que se cumpla el máximo de 20 años, que puede verse aumentado en los siguientes casos:

A 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

A 30 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

A 40 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al menos dos de ellos estén castigados por la ley con penas de prisión superior a 20

años; o cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo y alguno de ellos esté castigado con pena de prisión superior a 20 años.

En base a estos dos preceptos el art. 78 del Código Penal establece que si a consecuencia del establecimiento del límite máximo de prisión de 20 años, o de las excepciones que lo establecen en 25, 30 ó 40 años en caso de concurso real de delitos, la condena efectiva a cumplir resultase menor que la mitad de la suma total de las penas impuestas, el cómputo de los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación a tercer grado o de libertad condicional, se establecerá tomando como parámetro la condena impuesta en la sentencia y no los límites de cumplimiento del art. 76.1 CP.

Como podemos observar la LO 7/2003 endurece al art. 78 CP en miras de obtener el cumplimiento íntegro de la pena de prisión de duración extrema, por ello se ha llegado a afirmar que el art. 78 es el elemento neutralizador por antonomasia del orden penal español<sup>19</sup>, afectando a los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación a tercer grado penitenciario y al cómputo de la libertad condicional.

Esto se traduce que en supuestos de condenas superiores a 50 años para el caso de límite máximo de 25 años; de condenas superiores a 60 años para el límite máximo de 30 años o de condenas superiores a 80 años en caso del límite máximo de 40 años; al ser estos límites máximos inferiores a la mitad de la condena impuesta, los beneficios penitenciarios, acceso a tercer grado y libertad condicional se computarán en base a la condena real impuesta, lo que se traduce en la configuración de una prisión materialmente perpetua (25, 30 ó 40) para un determinado segmento de delincuentes, sin posibilidad alguna de salir de prisión con lo que queda desvirtuada la afirmación del Dr. Luis Aguiar de Luque, de que se cumple con el fin de resocialización por guardar los penados la esperanza de recuperar su libertad.

El artículo 78.3 CP considera la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, valorando las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, pueda acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento, con la reserva de que esto no se podrá aplicar si se trata de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal.

19. Política Criminal de la Exclusión..., pág. 103.



A primera vista pareciese que con este inciso del art. 78 CP se quisiera acoplar la severidad de la norma con la finalidad resocializadora del art. 25 C.E., pues el mismo habla de valorar las posibilidades de reinserción social del penado y su evolución en el régimen de tratamiento penitenciario, no obstante, a continuación resalta el haz de la excepcionalidad para el caso de determinados infractores, como son los que han cometido delitos de terrorismo o que han actuado en el seno de organizaciones criminales.

Para este tipo de delincuentes, independientemente de la viabilidad de su reinserción social y de la voluntad de los infractores en esa vía, la norma les destina que sólo podrán acceder al tercer grado penitenciario cuando les quede por cumplir una quinta parte del límite máximo del cumplimiento de la condena; y a la libertad condicional cuando les quede por cumplir una octava parte del mismo. Lo que se traduce en el hecho de que siempre que no se estime procedente el esquema de prisión perpetua que configura el art.78 inciso 1 y 2 CP, el acceso al tercer grado será posible a los 32 años de prisión y a la libertad condicional a los 35 años, esto independientemente de que tengan un pronóstico favorable de reinserción.

Podemos concluir que en el caso que el límite máximo de cumplimiento de la pena sea inferior a la mitad de la totalidad de la condena impuesta, para que estos dos segmentos de delincuentes pudieran acceder al régimen abierto o al cuarto grado, el cómputo se debería hacer sobre el total de la condena impuesta, lo que haría imposible la progresión de grados en estos casos.

Evidentemente con el art. 78 CP se margina toda posibilidad de resocialización, lo cual podría ser un argumento para recurrirlo por inconstitucional. El Tribunal Constitucional ha manifestado que la resocialización no es el único fin de la pena, no es un derecho ni confiere derecho subjetivo, convirtiéndolo en un mero mandato al legislador. No obstante, parece acertado convenir que independientemente de que la resocialización no sea la única finalidad de la pena privativa de libertad, es la finalidad principal y debe estar presente en el momento de ejecución de la pena de prisión en consonancia con la prevención especial positiva que está dirigida a evitar que el delincuente vuelva a reincidir, por lo que se debe procurar conjurar las causas que lo llevaron a delinquir.

En palabras de Manuel Jaén de Vallejo<sup>20</sup>, “esto no es una cuestión nueva, y las opciones teóricas son bien conocidas: las teorías absolutas o de la retribución,

20. Jaén Vallejo, Manuel, “Suspensión y Libertad condicionales: dos formas de inexecución de la pena privativa de libertad” en VII encuentro de la Comisión redactora del Código Penal tipo iberoamericano, Bogotá, 2003, pág. 2.

las teorías relativas o de la prevención, las mixtas, y las más modernas de la prevención general positiva, o funcional retributiva. En cualquier caso, hoy no se niega que, independientemente de la función que acompañe a la pena, la de restaurar la paz jurídica (Roxin), o la estabilidad del sistema (Jakobs), o la de responder a la culpabilidad del autor y mantener las condiciones fundamentales de la coexistencia social e identidad normativa de la sociedad (Lesch), desde las últimas perspectivas teóricas mencionadas, tal función debe ir acompañada también, al menos en el momento de ejecución de la pena, de la prevención especial, dirigida a evitar que el delincuente vuelva a delinquir, a través de su «resocialización»”.

En lo relativo a la configuración de la prisión material perpetua, algunos partidarios han esgrimido las legislaciones penales de países como Italia y Alemania que contemplan penas de cadena perpetua, no obstante, olvidan que si bien esto es cierto, la libertad condicional se puede alcanzar en Italia a los 26 años y en Alemania a los 15 años de prisión, por lo que el ordenamiento español supera los límites de duración efectiva de la pena de privación de libertad de estos países que sí contemplan mecanismos que permiten la excarcelación antes de que transcurran unos períodos tan severos como los que imponen los art. 76 y 78 CP.

#### 3.3.2.1. Período de seguridad

El período de seguridad se traduce en la imposibilidad de acceder al tercer grado penitenciario hasta tanto no se haya cumplido la mitad de la pena impuesta en aquellos casos en que ésta sea superior a 5 años.

Lo establece el art. 36.2 CP modificado por la LO 7/2003, que a la literalidad dice: *“Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta”*.

Lo que se traduce que en caso contrario, si la pena de prisión impuesta es inferior a 5 años se permite desde su inicio la clasificación del reo a tercer grado de tratamiento penitenciario, y la realización de vida que dicho grado lleva aparejado.

El mismo artículo en mención contempla la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, pueda acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo que se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una orga-

nización criminal, es decir, que el período de seguridad está pensado para reos a quienes se les imponga una pena superior a 5 años y que no muestren pronósticos favorables de reinserción y directamente para los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, a estos no se les tomará en cuenta su comportamiento, circunstancias personales y evolución del tratamiento reeducador.

A continuación presentaremos algunas de las justificaciones plasmadas en la exposición de motivos de la LO 7/2003 respecto a esta figura:

En primer lugar se dice que el período de seguridad es una figura necesaria para evitar que a consecuencia de la progresión de grados, la pena fijada en la sentencia para determinados delitos de cierta gravedad quede distante de la que se cumpla efectivamente. Aquí cabe preguntarnos si el régimen abierto de tratamiento penitenciario o la libertad condicional no son una forma de cumplir la pena de privación de libertad.

En segundo lugar, de la misma exposición de motivos podemos inferir que la incorporación del período de seguridad se fundamenta en la idea de que una mayor certeza de la pena, basándose no en la crueldad sino en la infalibilidad de las mismas, puede ser una solución a los altos índices de criminalidad y reincidencia. Se dice que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el que podría provocar el temor a otro castigo más severo pero con posibilidades de ser incumplido, resaltando aquí uno de los postulados de la política del actuarialismo.

Podemos concluir que la implantación del período de seguridad en el ordenamiento penal español se fundamenta exclusivamente en la gravedad de la pena sin tomar en consideración el criterio de personalidad del penado y su pronóstico favorable o desfavorable de reinserción, contrario *sensu* de países como Italia en el que ya hemos expresado que el único criterio restrictivo admisible para impedir el acceso a la progresión de grados es que el penado muestre pronósticos desfavorables de reinserción o bien se demuestre que éste mantiene nexos con la delincuencia.

Desde el punto de vista político-criminal, el establecimiento de un período de seguridad para obtener la clasificación en tercer grado cuando se trate de penas superiores a cinco años, constituye un claro detrimento de las teorías de la reinserción y rehabilitación social frente a un cada vez mayor aumento de criterios

preventivo-generales positivos que, en realidad, enmascaran un neoretribucionismo aun cuando ello pretenda ampararse bajo el derecho “del ciudadano a conocer con certeza cual es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuestas”.

La progresión de grados debe venir determinada por la evolución en el tratamiento del interno<sup>21</sup>, en la modificación de los rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva, su historial, el medio al que retornará y la duración de la pena, encontrándonos con el art. 36.2 CP que toma como único criterio de aplicabilidad para acceder a la progresión al régimen abierto, la duración de la pena. Este es uno de los puntos claros en donde se puede demostrar que con la reforma introducida por la LO 7/2003, tanto en el Código Penal cuanto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, se menoscaba la lógica preventiva especial positiva que sirve de guía medular a la normativa penitenciaria, sustituyéndola por una regla general que responde a la racionalidad incapacitadora<sup>22</sup>.

Además es importante agregar que el período de seguridad no debería ser aplicado a los condenados por hechos anteriores a la entrada en vigencia de la reforma del art. 36 CP, en razón de que la ley no puede tener efectos retroactivos cuando perjudique al reo que fue condenado por hechos anteriores a su entrada en vigencia.

### 3.3.2.2. Otros requisitos para acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario

Además de los requisitos que establece el Código Penal para acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario, la LO 7/2003 añade la satisfacción de la responsabilidad civil.

El art. 72.5 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria reformado por el artículo tercero de la LO 7/2003 establece:

“La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos en el Código Penal, que el penado haya satisfecho la res-

21. En este sentido Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de mayo de 2004; Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 y 19 de mayo de 2004; Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de junio y 4 de noviembre de 2004; y la Instrucción 2/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Ver también Cervelló Donderis, Vicenta, “Los fines de la pena en la Ley Orgánica General Penitenciaria” en Jornadas en homenaje al XXV Aniversario de la LOGP, Madrid, 2005, pág. 249.

22. Política Criminal de la Exclusión..., pág.107.

ponsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición...”

Esta norma se aplicará especialmente a los condenados por delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico, derechos de los trabajadores, contra la Hacienda Pública y la Administración Pública.

Encontramos un nuevo obstáculo para el acceso a este régimen al incluir en la fase de ejecución de la pena de prisión, en concreto de progresión de grados, ese género de intereses<sup>23</sup>. Esta parece ser consecuencia de una confusión de criterios de responsabilidad penal y civil.

El establecimiento de este requisito resulta ajeno en este momento de ejecución de la pena que debe estar regido por factores de reintegración. Recordando que en delitos como los de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal sólo se puede acceder al tercer grado una vez cumplidos 32 años de la pena de prisión, es inconcebible que se pretenda perpetuar la condición de víctima hasta esta etapa tan avanzada de la ejecución de la pena, incentivando una concepción vindicativa del derecho penal.

Así cabe preguntarnos ¿Hasta qué punto la falta de abono de una responsabilidad civil puede traducirse en un pronóstico desfavorable de reinserción del penado? Partiendo de que ese sería el único criterio razonable para prolongar su custodia en prisión, más aún con una ley que no prevé claramente el supuesto de insolvencia del penado.

Por otra parte, siguiendo la línea de la política de exclusión el artículo 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece una nueva excepción para los

23. Su exigencia en la clasificación no solo desvirtúa el espíritu del sistema de individualización científica sino que condiciona la evolución penitenciaria a un criterio civil meramente compensatorio que no puede coincidir con las expectativas de reinserción salvo en los casos de manifiesta voluntad de impago. Los fines de la pena..., pág. 4.

condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal a quienes se requerirá muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas<sup>24</sup>, con lo que se persigue una desvinculación material e ideológica de carácter activo de su pasada incardinación orgánica; además de ello se requiere que el penado por esos delitos haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Se configura una medida propia del derecho penal premial, que existe en el ordenamiento penal español, para miembros de organizaciones terroristas que acometen una conducta de arrepentimiento, no obstante, estas conductas que se buscan muchas veces no son realizables por circunstancias como el limitado protagonismo del reo en la estructura orgánica o el paso de décadas en prisión, que dificultarían el cumplimiento de tales requisitos, o al menos existirían grandes dudas sobre su fiabilidad.

Con este nuevo requisito se persigue una transformación no sólo de la conducta sino de la convicción ideológica y ética, siendo rechazable porque se penetra en la disposición moral del penado, que renuncia no sólo a su actividad delictiva sino también a su conciencia<sup>25</sup>.

Joaquín Urías Martínez en el valor constitucional del mandato de la resocialización al referirse a la resocialización<sup>26</sup> de los terroristas señala:

“En el caso de reclusos cuyos delitos traían una motivación aparentemente política –en el sentido de fundarse en un disenso sobre la estructura y conformación del poder en la sociedad– no puede pretenderse las renunciaciones a estas ideas políticas como requisito para considerar cumplida la resocialización y posibilitar su salida de prisión. Igual sucedería con los objetores de conciencia o insumisos condenados a pena de prisión. En todos estos casos

24. Vicenta Cervelló en los fines de la pena... considera que esta es una nueva manera de irrupción de la víctima en la ejecución penitenciaria denominándola “satisfacción moral” en contraposición con la “satisfacción civil”.

25. *Ibidem*, pág. 113.

26. *Op. cit.*, pág. 76.

la sistemática constitucional impide equiparar resocialización con uniformización ideológica...el concepto de resocialización ha de ser entendido como disposición inmediatamente futura a no cometer delitos similares; más aún debería bastar la disposición a integrarse en su grupo social, interactuando con otros individuos sobre la base del respeto mutuo. E incluso así no puede impedirseles el disfrute de beneficios penitenciarios sino en los mismos casos que el resto de reclusos, considerados <<enfermos>> en vez de <<rebeldes>>”.

No es posible justificar una medida de esta índole ni aún para el caso de los terroristas –delincuentes de conciencia o convicción– o como en muchos casos se puede decir sin conciencia, no es admisible que se agrave la pena basándose en factores como el delito cometido o la condena impuesta, trayendo esto reminiscencias del inaceptable derecho penal del autor.

#### 4.3.2.3. El acceso a la libertad condicional

Para el acceso al cuarto grado o libertad condicional, que es el grado en que se goza de un mayor disfrute de libertad, el art. 90 de la LO 10/1995, establece los mismos requisitos que se exigen para acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario: satisfacción de la responsabilidad civil y colaboración con las autoridades. La identidad de ambas regulaciones se puede basar en la búsqueda de evitar que sujetos que se encontraban en el tercer grado al momento de entrar en vigor la reforma pudieran acceder a la libertad condicional, sin cumplir con los requisitos plasmados en la nueva regulación. Sería un nuevo momento para controlar lo ya erigido para la concesión del tercer grado, sin embargo, esto debe analizarse en contraste con la retroactividad de esta ley para hechos acontecidos antes de su entrada en vigor.

Este último grado de tratamiento penitenciario no debería contener los mismos requisitos de acceso que el tercer grado porque la libertad condicional encierra –como ya se ha señalado– un mayor grado de libertad, por tanto, lo único que podría explicar la postura del legislador es la racionalidad incapacitadora tendente a dificultar que el sujeto abandone el establecimiento penitenciario, añadiendo un obstáculo más al de por sí difícil acceso a la libertad condicional.

Repetidamente encontramos una muestra de la excepcionalidad para delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal, ya que el art. 91 CP contempla que cumplidos los requisitos a y c del apartado 1 del art. 90

CP<sup>27</sup>, el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede acordar adelantar la libertad condicional a los reos que hayan cumplido las 2/3 partes de la condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales. De nuevo quedan excluidos estos dos grupos de delinquentes del régimen de adelantamiento de libertad condicional.

El art. 92 inciso 2 CP establece las condiciones específicas para mantener la libertad condicional para los infractores por delitos de terrorismo, para ellos se tomará en cuenta:

- Que vuelva a delinquir.
- Que inobserve las reglas de conducta.
- Que incumpla las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional.

Se hace un monitoreo casi constante de la actitud interna del penado que tuvo que haber renunciado a su ideología para poder acceder al tercer grado y a la libertad condicional.

Se debe destacar que para el caso de terroristas, a diferencia de otros delinquentes, de llegar a revocarse la libertad condicional, ese tiempo no se tomará en consideración y el penado deberá cumplir el tiempo de condena que reste con la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de Italia ha declarado inconstitucional algunas normas que establecían medidas para el caso de incumplimiento de la libertad vigilada, ejemplo, una norma que impedía determinar el tiempo de la pena aún por cumplir tomando en cuenta el transcurrido en libertad condicional y el comportamiento mantenido<sup>28</sup>. Asimismo, declaró inconstitucional otra que impedía volver a otorgarle este beneficio a quien ya le había sido revocado una vez, aspecto que no se regula en la reforma promovida por la ley en estudio.

27. Art. 90 CP: “Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b) Que se hallan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c) Que hallan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

28. Ibidem, pág. 51.



Es evidente, que con la regulación establecida después de la entrada en vigencia de la LO 7/2003, la legislación penal española se inclina hacia una clara preferencia de la prevención general positiva que provoca un desplazamiento de la reinserción social que se ve obstaculizada por estas medidas incapacitadoras, neutralizadoras, que persiguen aislar o segregar a determinados grupos de delincentes de la sociedad.

#### *IV. Conclusiones*

La LO 7/2003 evidencia la presencia de la lógica incapacitadora inspirada por la prevención del delito y por procurar la legitimación estatal frente a la ciudadanía, sobre todo por delitos tan sentidos en España, como son el terrorismo o los cometidos en el seno de una organización criminal, a quienes le aplican el régimen de la excepcionalidad. El legislador mediante la aplicación de sanciones como las anteriormente expuestas busca demostrar a la ciudadanía inmersa dentro de la sociedad del miedo, que aún tiene autoridad frente a la criminalidad.

En el presente caso es muy criticable la vulneración que se ha cometido sobre el art. 25.2 C.E., en razón de resultar evidente que esta reforma ha venido a obstaculizar las posibilidades de resocialización que deben tener los penados, según la máxima norma de la nación, si bien es cierto que ésta no debe ser tomada como el único fin de las penas privativas de libertad, en la ejecución penitenciaria debe ser tomada como la finalidad primordial y prioritaria. También es cierto que no se puede aceptar que independiente del delincuente de que se trate o de los delitos que se tomen en consideración al momento de configurar una política criminal, el legislador pase por encima de la Constitución. No podemos ser radicales al tomar una postura ante la criminalidad –ni aún hablando de delitos como el terrorismo–, sin duda, el legislador actuó con carácter absolutista, cuando debió moderar la regulación de la ejecución de la pena tomando posturas conciliables con lo mandatado en la norma suprema, la prevención general positiva no puede ser tomada como estandarte ni justificación para una actuación tan restrictiva.

En España a raíz de la reforma introducida por la LO 7/2003, se ha configurado una prisión materialmente perpetua superando los límites de duración efectiva de la prisión de libertad vigentes en aquellos órdenes jurídicos continentales que sí tienen formalmente prevista la prisión perpetua, estos regímenes no proscriben la posibilidad de reinserción de estos penados, más bien permiten que

atendiendo a su comportamiento y conducta puedan acceder a beneficios penitenciarios, en plazos más lógicos y pronto que los establecidos en la legislación española. Asimismo, es totalmente inaceptable que se configure una legislación tan restrictiva reconociéndosele un carácter retroactivo, a pesar del mandato constitucional que prohíbe la retroactividad de normas sancionadoras perjudiciales para los reos. Se condiciona el acceso a los beneficios penitenciarios a situaciones ajenas a la verdadera función y finalidad de las penas privativas de libertad, ejemplo de ello, es el cumplimiento de la responsabilidad civil en una fase tan avanzada de ejecución y la exigencia de abandonar la ideología del reo.

No cabe duda, que pese a que se pueda considerar que tenemos una sobrevaloración de la inseguridad actual, existe la necesidad de solucionar lo relativo a crímenes tan detestables como los de terrorismo, pero la solución a ello no puede encontrarse legislando en contra de la Constitución Política ni saturando las prisiones. No podemos responder a violaciones legales con violaciones constitucionales, mucho menos aún con la vulneración de principios como el de resocialización y de prohibición de penas inhumanas o degradantes. Es evidente que incluso en los casos más graves, la prisión no es la solución si no se le da un contenido resocializador apropiado.

### ***Bibliografía***

#### Obras:

Brandariz García, José Ángel, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y de la crisis del Estado-Nación*, Comares, Granada, 2007.

#### *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*

Rivera Beiras, Iñaki y Gemma Nicolás Lazo, “Crisis de *welfare* y sus repercusiones en la cultura política europea” en *Política Criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Iñaki Rivera Beiras (Coord), Barcelona Ayuntamiento, 2005.

Sánchez, Ricardo, *La responsabilidad Civil en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2004.

Silva Sánchez J.M., *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro en homenaje a Claus Roxin, José María Bosh, Barcelona, 1997.

Artículos:

Aguiar de Luque, Luis, voto particular respecto del Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, aprobado por el pleno del Consejo General del Poder Judicial en sesión del 4 de febrero de 2003.

Cervelló Donderis, Vicenta, “Los fines de la pena en la Ley Orgánica General Penitenciaria” en Jornadas en homenaje al XXV Aniversario de la LOGP, Madrid, 2005.

Congregado Ramírez de Aguilera, Emilio et allí, “Análisis Económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente” en Revista derecho y conocimiento: Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y el conocimiento, vol. 1. Facultad de derecho de la Universidad de Huelva, 2001.

Jaén Vallejo, Manuel, “Suspensión y Libertad condicionales: dos formas de inexecución de la pena privativa de libertad” en VII encuentro de la Comisión redactora del Código Penal tipo iberoamericano, Bogotá, 2003.

Urías Martínez, Joaquín, “El valor constitucional del mandato de la resocialización”, en Revista Española de derecho constitucional, año 21, N°63, septiembre-diciembre, 2001.

Artículos en internet:

Artículo monográfico de las penas privativas de libertad: la pena de prisión. [http://www.acaip.info/docu/reformas\\_cp/penas\\_privativas\\_libertad.pdf](http://www.acaip.info/docu/reformas_cp/penas_privativas_libertad.pdf). Consulta de 15 de mayo de 2009.

“Problemas aplicativos del denominado período de seguridad”, en Revista electrónica de derecho penal, derecho procesal penal y criminología . <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,525,0,0,1,0>. Consulta de 30 de mayo de 2009.

De la resocialización a la neutralización e incapacitación. <http://www.uba.ar/encrucijadas/43/sumario/enc43-resocializacion.php>. Consulta de 15 de junio de 2009.

“Clasificación penitenciaria” en Revista Ateneo Virtual. [http://www.alasbarricadas.org/ateneovirtual/index.php/Clasificac%C3%B3n\\_penitenciaria](http://www.alasbarricadas.org/ateneovirtual/index.php/Clasificac%C3%B3n_penitenciaria) Consulta de 30 de junio de 2009.

Bergoglio, María Inés y Carballo Julio R, “Inseguridad. Impacto en la estructura social” en Revista: Anuario: N° 1, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/argentina/cijs/SEC1002.HTML>. Consulta de 15 de julio de 2009.

Legislación:

Constitución de España de 1978.

LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Jurisprudencia:

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de mayo de 2004.

Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 y 19 de mayo de 2004.

Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de junio y 4 de noviembre de 2004.

Resumen: El artículo presenta un estudio de la LO 7 /2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, por medio de la cual se imponen restricciones en la progresión de grados afectando mayoritariamente a dos grupos: los condenados por delito de terrorismo y los miembros de una organización criminal. El análisis se plantea a la luz de la finalidad resocializadora de la pena de prisión que establece el art. 25 C.E. y de la legislación comparada, a fin de dilucidar si las reformas introducidas contienen o no visos de inconstitucionalidad.

Palabras claves: Resocialización, constitución, prisión, inseguridad, incapacitación, política criminal

Abstract: The article presents a study of the LO 7/2003, reform measures for full enforcement of criminal sanctions, through restrictions which are imposed on the progression of grades mainly affects two groups: those convicted of crime terrorism and members of a criminal organization. The analysis raises in light of the purpose resocializing of imprisonment established by Art. 25 C.E. and compared legislation, to elucidate whether or not reforms contain constitutional overtones.

Key words: Resocialization, constitution, prison, insecurity, disability, criminal policy