

SUJETOS PELIGROSOS Y LIBERTAD CONDICIONAL

1.- LA LIBERTAD CONDICIONAL EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.-

2.- ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LA REFORMA.-

3.- DIFICULTADES PRÁCTICAS.-

4.- LOS SUJETOS PELIGROSOS Y LA LIBERTAD CONDICIONAL.-

5.- CONCLUSIONES.-

AUTORA: MARÍA MERCEDES FERNÁNDEZ SALDAÑA

ABOGADA ICAALM N° 1.789

Email: fs1789@icaalmeria.com

SUJETOS PELIGROSOS Y LIBERTAD CONDICIONAL

1.- LA LIBERTAD CONDICIONAL EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.-

La regulación de la libertad condicional en nuestro sistema jurídico tiene una finalidad preventivo-especial ya que intenta paliar, en parte, los efectos negativos que la reclusión puede causar en el individuo¹, por ello, la LOGP en su art. 72 la considera como la última fase del tratamiento y la encuadra dentro del sistema de individualización científica. El marco normativo se encuentra en los arts. 90 a 94 CP que han sufrido una importantísima reforma tras la LO 1/2015, así como en los arts. 192 y 201 RP. Una de las novedades introducidas por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo ha sido un nuevo concepto de la libertad condicional².

La libertad condicional deja de entenderse como tiempo efectivo de condena y, ahora es considerada como una forma de suspensión de la ejecución de la pena que le queda al penado por cumplir. Esto tiene sus ventajas e inconvenientes, ya que ya no se concibe la libertad condicional como el último grado de ejecución penitenciario, es decir, no se tiene en cuenta el tiempo transcurrido en situación de libertad condicional a efectos del cómputo del tiempo de cumplimiento de condena en caso de producirse la revocación de la libertad condicional (al contrario de lo que ocurría con anterioridad).

Por tanto, si durante el tiempo de suspensión de la condena, el juez o tribunal tiene que revocar la libertad condicional (a veces porque el penado ha cumplido un nuevo delito o porque no cumple las obligaciones que le han hecho cumplir durante el tiempo de libertad condicional), tras la reforma, ese tiempo pasado en libertad condicional no se va a tener en cuenta y el penado tiene que cumplir toda la pena que le restaba por cumplir. Es decir, ya no se va a concebir la libertad condicional como el último grado de ejecución penitenciaria. Sin embargo, por otro lado es destacable que no se ha reformado el artículo 72.1 de la LOGP.

Esta reforma ya se introdujo en 2003 en la reforma de la LO. 7/2003 de 30 de junio³, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, como excepción a la norma y sólo para los penados por delitos de terrorismo. Ahora, sin embargo, se extiende a todos los penados.

¹ MAPELLI CAFFARENA, B., Las consecuencias jurídicas del delito, 5ª. ed., 2011, p. 190; o NAVARRO VILLANUEVA, C., La reducción de los beneficios penitenciarios en la legislación vigente, en CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOÁN, E. (Coords.), 1997, p. 238.

² La libertad condicional ha dejado de ser una figura autónoma y pasa a convertirse en una modalidad de la suspensión condicional de la pena.

³ Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

La reforma del CP del 2015 establece los siguientes supuestos de la ejecución del resto de la pena de prisión y concesión de libertad condicional:

1.- Básico (artículo 90.1 del CP), para penados clasificados en tercer grado, que hayan extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta y hayan observado buena conducta.

2.- Adelantados (artículo 90.2 del CP), bien a las dos terceras partes de la condena o, bien hasta un máximo de 90 días por cada año de cumplimiento efectivo una vez extinguida la mitad de la condena (siempre que se trate de penados que hayan desarrollado actividades continuadas, con mejoramiento personal, con participación efectiva y favorable en programas y que cumplan los requisitos básicos del tercer grado, es decir, buena conducta).

3.- Excepcional (artículo 90.3 del CP), para penados primarios con condenas no superiores a 3 años, que hayan extinguido la mitad de la condena y cumplan el resto de los requisitos básicos. Este régimen no se puede aplicar a los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

4.- Terroristas y crimen organizado (artículo 90.8 CP), que demuestren signos inequívocos de haber abandonado la actividad delictiva. A estos no le son aplicables los supuestos adelantados ni excepcionales.

5.- Mayores de 70 años y enfermos con padecimientos incurables (artículo 91 CP), que tienen que estar clasificados en tercer grado y haber observado buena conducta, si bien no se exige el requisito del cumplimiento previo de un tramo de la pena, siempre que el juez valore que ha disminuido su peligrosidad o exista un peligro patente para la vida del condenado.

La STC 48/1996, de 25 de marzo, señala que la puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieron las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el CP, entre ellas la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva, no pietatis causa sino por criterios enraizados en la Justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite.

Se mantiene la diferencia entre la situación de enfermo muy grave con padecimientos incurables y de enfermo terminal en peligro de muerte. La diferencia es trascendental, pues significa que al enfermo muy grave con padecimientos incurables, el único requisito del que se le dispensa para la suspensión de la ejecución del resto de

la pena y la concesión de la libertad condicional es del cumplimiento del mínimo exigible (3/4, 2/3 o 1/2 de la condena) lo que supone que el penado deberá cumplir el resto de requisitos (3º grado, buena conducta, responsabilidad civil y pronóstico favorable). Sin embargo, cuando se trata de un enfermo terminal en peligro inminente de muerte se puede prescindir de cualquier requisito, incluido el 3º grado, aunque se precisará un pronóstico final del centro penitenciario, en el que se valoren las circunstancias personales del penado, la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

6.- Prisión permanente revisable (artículo 92 CP), cuando el penado haya cumplido 25 años de su condena, está clasificado en tercer grado y haya un pronóstico favorable de reinserción social.

Por último, manifestar que mientras esté vigente el artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario (RD 190/1996 de 9 febrero)⁴ puede seguir aplicándose esta vía de retorno voluntario de internos extranjeros no residentes legalmente en España o españoles residentes en el extranjero, para que puedan disfrutar de la libertad condicional en su país de residencia y siempre que presten su conformidad a las medidas de seguimiento y control que se propongan en cada caso.

En cuanto a la Duración, la suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado.

Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91 CP (prohibiciones, deberes y prestaciones).

El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

En lo que respecta a la Revocación, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

Las Revisiones podrán ser hechas:

1.- De oficio: extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el tribunal deberá

⁴ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional.

2.- A instancia de parte: el tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes.

2.- ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LA REFORMA.-

La libertad condicional se regula en el artículo 90 y siguientes del Código Penal. Según la reforma operada en dicho artículo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el *apartado 1*, se establece la posibilidad de la concesión de la libertad condicional por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando los condenados cumplan los siguientes requisitos: estar clasificados en tercer grado, haber extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta y haber observado buena conducta. La libertad condicional deja de entenderse como tiempo efectivo de condena y, ahora, tras la reforma es considerada como una forma de suspensión de la ejecución de la pena que le queda al penado por cumplir.

Sin embargo, en la legislación anterior, es decir el CP aprobado por la LO 10/1995 de 23 de noviembre, la libertad condicional era considerada una libertad en la que se seguía cumpliendo la condena. Durante ese tiempo en el que se seguía cumpliendo condena, se le imponían al penado unas condiciones especiales durante todo su tiempo de duración. Excepcionalmente, se le podía conceder dicho beneficio incluso a quien hubiera cumplido dos tercios de la pena, si había tenido buen comportamiento en las actividades laborales, culturales u ocupacionales (artículo 91 antiguo CP).

En el antiguo artículo 90 del CP, se establecían unos requisitos específicos, muy restrictivos. Entre ellos, era obligatorio satisfacer la responsabilidad civil. Por tanto, los reos insolventes, no podían acceder a esta libertad condicional (o sea, era discriminatorio). A los presos terroristas, además, se les exigía su desvinculación de los grupos terroristas, pedirles perdón a las víctimas y abandonar definitivamente la violencia (el juez podía pedir informes que acreditaran tales circunstancias). El artículo 72 de la Ley General Penitenciaria⁵ establece que el sistema es progresivo, en grados, siendo la libertad condicional el último de estos grados. Según el artículo 91.1 CP también se podía conceder dicha libertad condicional a los mayores de 70 años, aunque no hubieran cumplido las tres cuartas partes de la condena, siempre que cumplieran los requisitos de reinserción social y clasificación en tercer grado. La duración que se establecía de esta libertad condicional, era todo el tiempo que le restaba al condenado para el cumplimiento de la condena. Esa libertad podía ser revocada por el Juez de

⁵ Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Vigilancia Penitenciaria, si no cumplía con sus obligaciones y con las normas de comportamiento que le habían sido impuestas y, en esos casos, la libertad condicional era revocada, volviendo el reo a prisión, para cumplir el resto del tiempo que le faltara, pero eso sí, descontando el tiempo que había estado en libertad condicional.

Desde su publicación el 24 de noviembre de 1995 el Código Penal pese a la vocación inicial de permanencia y estabilidad que se supone a toda reforma completa de un sector del ordenamiento jurídico, ha sido objeto de 28 reformas, 5 de ellas de enorme calado y con una indudable repercusión en el ámbito penitenciario: L.O 7/03 de 30 de junio, L.O. 11/03 de L.O. 15/03 de 25 de noviembre, L.O. 5/10 de 22 de junio y la reciente L.O. 1/15 de 30 de marzo.

Esta profusión de reformas no tiene comparación con ningún otro sector del ordenamiento jurídico y es objeto de rechazo prácticamente unánime de la doctrina y de los profesionales que desde diferentes ámbitos se relacionan con el Derecho Penal. Esta distinta concepción de la libertad condicional operada tras la reforma del 2015, supone un cambio fundamental en el concepto y aplicación de la libertad condicional, que rompe el modelo que existía desde el s. XIX, como pasamos a estudiar a continuación.

La clasificación se define como “El conjunto de actuaciones de la Administración Penitenciaria que concluyen en una resolución que atribuye al penado un grado de tratamiento, (clasificación inicial), o bien cambia uno que se le había asignado anteriormente, (progresión o regresión), y que determina el Establecimiento de destino”. (Alarcón Bravo)⁶.

Constituye la premisa fundamental para la aplicación del tratamiento adecuado en cada caso, tendente a posibilitar el logro de los fines marcados constitucionalmente: “la reeducación y la reinserción social”.

La clasificación, al llevarse a cabo mediante distintos grados de tratamiento, comporta para cada uno de ellos la aplicación de un diferente régimen de cumplimiento y el destino al Centro Penitenciario adecuado al mismo.

Los grados se denominan correlativamente, correspondiéndose el “primero” con un régimen de vida en el que las medidas de control y seguridad son más estrictas, (Régimen Cerrado), el “segundo” con un régimen en el que los principios de seguridad, orden y disciplina tendrán su razón de ser y su límite en el logro de una convivencia ordenada, (Régimen Ordinario), y el “tercero” con un régimen de vida en semilibertad, con ausencia de controles rígidos, basado en la confianza y autorresponsabilidad de los internos, (Régimen Abierto).

⁶ ALARCÓN BRAVO, J.: “El tratamiento penitenciario”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 2, 1978. IGNACIO G. CH., *El Tratamiento Penitenciario* 2017.

La L.O.G.P. haciéndose eco del principio constitucional regulado en el Art. 25.2, establece el “principio de individualización científica”, mediante el cual lo que impera no es el sistema, sino la personalidad de cada individuo en base a su rehabilitación, pudiendo por tanto, ser incorporado en cualquiera de los diferentes grados o periodos sin tener que haber pasado necesariamente por los anteriores, excepto en el de libertad condicional, y sin perjuicio de lo establecido en el Art. 92 C.P. para la prisión permanente revisable.

La Constitución Española (CE) menciona de modo expreso e inequívoco el genérico principio de legalidad en su Título Preliminar, concretamente en el apartado tercero del artículo 9; no obstante, esa claridad expresiva se diluye de modo notable a la hora de trasladar el principio a los campos penal y penitenciario.

El apartado segundo del artículo 25 de la CE sí alberga previsiones específicas para el ámbito penitenciario, fijando la orientación reeducadora y de reinserción social de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad y estableciendo las líneas maestras del estatus jurídico de aquellas personas que son condenadas a pena de prisión.

El artículo 25.2 CE reconoce al condenado a pena de prisión los derechos fundamentales recogidos en la Carta Magna, a la vez que establece una serie de restricciones de los mismos, limitaciones que tienen relación directa con la situación de reclusión a la que se ve sometido el sujeto como consecuencia de su comportamiento antisocial.

Este análisis sistemático no ha sido el seguido por el TC. La interpretación del contenido del artículo 25.2 CE relativo a la reinserción y resocialización del penado realizada por el citado Tribunal imposibilita su alegación en vía de amparo.

Si para el común de los ciudadanos las limitaciones del ejercicio de sus derechos fundamentales han de venir marcadas por una norma con rango legal -que en todo caso debe respetar el contenido esencial de los mismos- y cuya interpretación ha de ser restrictiva, tal y como ha declarado el TC⁷, para el caso de los penados las modulaciones del ejercicio de sus derechos fundamentales provendrán de tres vías distintas establecidas en el texto constitucional: el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

⁷ STC 159/1986, de 16 de diciembre, en la que se asienta el criterio de interpretación restrictiva de las normas limitadoras de los derechos fundamentales; así, el FJ. 6 de la referida resolución dispone: “Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.

Para el caso español resulta obligado traer a colación la alusión constitucional contenida en el primer inciso del artículo 25.2 CE a la reinserción social y la reeducación. La referencia constitucional a este aspecto positivo de la prevención especial no puede ser entendida como un derecho subjetivo del penado o como una apuesta del legislador constituyente a favor de una determinada finalidad punitiva, a la luz de lo establecido por la jurisprudencia del TC⁸. Se conceptualiza, por el citado Tribunal, como un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria⁹, por lo que habrá de compatibilizarse con otras funciones también encomendadas a la institución carcelaria, como es el caso de la retención y custodia de los internos, aludida en el artículo 1 de la *Ley Orgánica General Penitenciaria* (LOGP). Así lo entiende el TC, que en numerosas resoluciones¹⁰ ha avalado la legalidad de ciertas restricciones de derechos de los penados -contrarias a la orientación punitiva marcada por la CE- en base al mantenimiento de la seguridad y el buen orden regimental del centro de reclusión.

⁸ SSTC 112/1996, de 24 de junio y 150/1991, de 4 de julio. La primera de las resoluciones citadas afirma lo siguiente en su FJ. 4: “(...) Este Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que estos sean su única finalidad (ATC 15/1984, 486/1985, 303/1986 y 780/1996 y STC 2/1987 y 28/1988). Pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora, precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena”. La segunda de las resoluciones del Alto Tribunal establece en su FJ. 4: “Tampoco la CE erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituye, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término, el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles -prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.- ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad”.

⁹ Así lo conceptualiza también la doctrina constitucionalista en las pocas ocasiones que ha tratado esta cuestión. Vid. DELGADO RINCÓN, L., “El art. 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº extraordinario, 2004, p. 353; URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional del mandato de resocialización”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 63, 2001, p. 78

¹⁰ Vid. entre otras las SSTC 57/1994, de 28 de febrero; 129/1995, de 11 de septiembre; 35/1996, de 11 de marzo; 119/1996, de 8 de julio.

La adquisición de la condición de preso o penado por parte de un ciudadano, motivada por su ingreso en un centro penitenciario, provoca el nacimiento de una relación jurídica –no de naturaleza penal sino administrativa- entre éste y la Administración Penitenciaria, de la que nacen derechos y deberes recíprocos. La mayoría de la doctrina española coincide en incluir estos vínculos jurídicos entre los reclusos y el Estado dentro de la categoría de relaciones de especial sujeción¹¹, entendiendo por tales “las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantías, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”¹². Se trata de una noción compleja e imprecisa que alberga dentro de sí múltiples relaciones entre el ciudadano y la Administración de índole diversa.

La jurisprudencia del TC, desde sus primeras resoluciones, calificó de relación de sujeción especial la establecida entre la Administración Penitenciaria y los reclusos; no obstante, se ha mostrado incapaz de ofrecer una definición precisa de la misma, admitiendo de modo expreso la imprecisión del citado concepto¹³. El citado tribunal, a pesar de admitir esta restricción de los derechos fundamentales de los internos en centros penitenciarios más allá de la tolerada para el común de los ciudadanos, también recuerda el carácter excepcional¹⁴ de estas prácticas y la necesidad de su compatibilidad con el valor preferente de los derechos fundamentales.

3.- DIFICULTADES PRÁCTICAS.-

¹¹ El término relaciones de especial sujeción no es aceptado de manera unánime dentro de la doctrina española. Así, hay autores que prefieren emplear otras denominaciones, como relaciones de poder especial, relaciones vitales especiales, estatuto especial o vinculación especial jurídico- pública. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *El principio non bis in idem*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 33 y ss.; GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo, vol. II, Parte General: conclusión*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 121., LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de especial sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, p. 26

¹² La categoría tiene simplemente un alcance aproximativo, descriptivo y coloquial, sin ningún tipo de exactitud dogmática. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de derecho administrativo*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 352. El TC ha englobado en esta categoría las relaciones entre la Administración y, entre otros, los profesores, los farmacéuticos, los miembros de la Policía Nacional y Policía Local o los abogados. Vid. SSTC 47/1990, de 20 de marzo, FJ. 4; 153/1996, de 30 de septiembre, FJ. 3; 234/1991, de 10 de diciembre, F.J. 2; 195/2005, de 18 de julio, FJ. 5; Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 141/2004, de 26 de abril, FF.JJ. 3 y 4.

¹³ Vid. SSTC 61/1990, de 29 de marzo, FJ.6; 120/1990, de 27 de junio, FJ. 6; 137/1990, de 19 de julio, FJ. 4.

¹⁴ Vid. entre otras SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ. 6; 137/1990, de 19 de julio, FJ. 4; 35/1996, de 11 de marzo, F.J. 2; 175/2000, de 26 de junio, FJ. 1; 140/2002, de 3 de junio, FJ.

En un primer momento, hay que manifestar que surgieron numerosas dudas tras la reforma, debido a que existían problemas de aplicación práctica de la misma, entre otras cosas por el escaso tiempo que se fijó en las disposiciones finales referentes a esta reforma de la LO 1/2015, de vacatio legis (sólo 3 meses)¹⁵, lo que ha provocado, dificultades por ausencia de planificación y de preparación en todas las Administraciones implicadas (justicia y penitenciaria). Además, el hecho de no haber reformado también artículos de la legislación penitenciaria, que se ven afectados por la reforma del CP, no hace sino aumentar los problemas de interpretación de las normas, especialmente en lo relativo a la libertad condicional.

Uno de las dificultades que surgen es considerar si la nueva norma es más beneficiosa o menos que la anterior y, en consecuencia, si se debe aplicar con carácter retroactivo o no el nuevo artículo 90.6 del CP, es decir, la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento (el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de condena).

En un primer momento, se dictó por parte de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias una Instrucción al respecto que abogaba por la aplicación del nuevo sistema a todos los penados desde la entrada en vigor de la reforma (Instrucción 4/2015)¹⁶. Sin embargo, no en todos los casos dicha reforma del sistema de libertad condicional es beneficiosa para el penado. Por tanto, no se puede aplicar automáticamente para todos los penados la retroactividad, ya que si las normas son perjudiciales, lo que impera es la irretroactividad (artículo 9.3¹⁷ de la Constitución Española, artículo 2.2¹⁸ del CP)¹⁹.

La nueva regulación no se puede afirmar que, en su conjunto sea más favorable que la anterior, ni tampoco que sea menos favorable. Objetivamente, sin estudio concreto del caso, el régimen de revocación que establece es más perjudicial para el

¹⁵ Disposición final octava de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo: Entrada en vigor. La presente Ley Orgánica entrará en vigor el 1 de julio de 2015.

¹⁶ Instrucción 4/2015, Indicaciones para la adecuación de la reforma del Código Penal al cumplimiento de la condena.

¹⁷ Art. 9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹⁸ Artículo 2.2 CP: “No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”.

penado, pues, es una norma penal con efectos directos sobre la pena impuesta y contiene una medida más restrictiva de los derechos individuales como es la libertad, que la anterior regulación. La nueva regulación supone una pérdida del tiempo que se está en libertad condicional, si ésta es revocada. Por tanto, no se puede aplicar automáticamente, sino que, como mínimo habría que oír al penado en trámite de audiencia para conocer su opinión sobre si considera más o menos favorable la aplicación del artículo 90 del CP. Además, sólo debería consultarse a los penados condenados por hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la reforma del 2015, puesto que, los penados por hechos cometidos con posterioridad de la reforma, por aplicación del principio de seguridad jurídica, les sería aplicable ésta. Para el caso de que el penado entendiera que le son más favorables las normas vigentes en el momento en que cometió los hechos, éstas se aplicarían en bloque, para lo bueno y para lo malo (por ejemplo, no se podría solicitar la aplicación del artículo 90.3 actual que establece la posibilidad de adelantamiento de la libertad condicional a la mitad de la condena y, a la vez el régimen de revocación más favorable del antiguo artículo 90.3. O sea, o uno u otro, pero no los dos sistemas mezclados).

Otro problema que surge tras la reforma, es el peso que se otorga a los factores de naturaleza estática sobre los de naturaleza dinámica. Se confunde el mayor o menor riesgo de reincidencia con la gravedad de la delincuencia, además de echar en falta cualquier referencia a los resultados obtenidos en la intervención realizada en prisión, cuando, sin embargo, la probabilidad de reincidencia debe centrarse no sólo en los factores de riesgo sino en los factores de protección y dinámicas de cambio, siendo fundamental la labor de los profesionales del trabajo social sobre todo en el inicio del proceso de reincorporación al medio, como fórmula para detectar los apoyos y fortalezas con las que cuenta el penado.

Otra cuestión importante es quién es el encargado de aportar esa información el Juez de Vigilancia Penitenciaria, ya que se omite la referencia al Informe de la Junta de Tratamiento, deduciéndose que se prescindiría de los profesionales que han realizado el seguimiento del penado durante el tiempo de condena y se deja en manos del órgano jurisdiccional dicho pronóstico.

También se ha modificado el requisito relativo a la responsabilidad civil²⁰, ya que anteriormente se exigía como uno de los elementos que permitía acreditar la voluntad de reintegración en la sociedad. Sin embargo, al desaparecer el informe pasa a regularse como requisito autónomo. Parece que lo que se exige ahora es una conducta expresiva de la voluntad de reparación, pero no la reparación. Junto a ello y

²⁰ Se sigue exigiendo la satisfacción de la responsabilidad civil derivada de delito, y en realidad, se trata de las mismas exigencias ya previstas en el art. 72.5 y 6 LOGP para poder ser calificado en tercer grado. Sin embargo no se puede olvidar el carácter flexible que debe presidir en la valoración de la conducta efectivamente observada y las garantías que ofrezca el condenado en orden a restituir, reparar e indemnizar.

condicionado probablemente por el rechazo social de los delitos relacionados con la corrupción, el apartado 4 del artículo 90, establece unas normas específicas para evitar que los penados accedan a la libertad condicional cuando existan indicios sólidos de que han tratado o tratan de eludir el cumplimiento de este requisito (si se comprueba que tratan de mantener fuera del alcance del Estado, el producto de su actividad ilícita).

Otra reforma introducida en la LO 1/2015 es referente a la competencia, ya que se mantiene ésta en el Juzgado de Vigilancia (sea ordinario o sea central), salvo cuando se trate de la pena de prisión permanente revisable, en el que la competencia se pasa al Tribunal que la impuso.

Otro cambio introducido en 2015 es referente a quién puede tener la iniciativa de la solicitud de suspensión, ya que anteriormente dicha iniciativa le correspondía a la Administración Penitenciaria, pero ahora, el artículo 90.7 del CP dispone que “ el Juez de Vigilancia Penitenciaria resolverá de oficio sobre la suspensión ...a petición del penado”, es decir, que se deja en manos de los penados la petición de dicha solicitud, que habrá de ser expresa y, podrá, una vez informado de las características y consecuencias del nuevo régimen, acceder a solicitar o no a la libertad condicional o continuar el cumplimiento de la condena en tercer grado.

El nuevo régimen de libertad condicional que se introduce tras la LO 1/2015 implica un cambio de procedimiento, ya que ésta se identifica ahora con la suspensión que pretende evitar el ingreso en prisión de una persona, mientras la libertad condicional lo que pretende es la anticipación de la excarcelación, lo que en nuestro ordenamiento es consecuencia de la reeducación y reinserción social del delincuente, conforme al art. 25.2 de la CE, hasta el punto de que históricamente se consideraba como el 4º grado del sistema penitenciario, junto con los otros tres previstos en la normativa penitenciaria.

En orden al procedimiento, el art. 90.7 CP suprime la tramitación de oficio del expediente de libertad condicional y lo supedita a la instancia del penado y así, el juez de Vigilancia Penitenciaria resolverá de oficio sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado. En el caso de que la petición no fuera estimada, el Juez o Tribunal podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada.

No obstante, existe cierta contradicción, y no se deja claro si la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión debe ser acordada de oficio, una vez se cumplan los requisitos del artículo 90 y exista un pronóstico favorable, como así parece indicar la dicción del 90.1 («El Juez de Vigilancia Penitenciaria acordará...»); o si es a instancia del penado, como parece que se establece en el número 7 del art. 90 («El Juez de vigilancia resolverá sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado»).

Además, no se han reformado los artículos 194 y 198 Reglamento Penitenciario que establecen la obligación de incoación de oficio del expediente de libertad condicional.

La Instrucción 4/15 de Instituciones penitenciarias²¹ ante la duda de si, a partir del 1 de julio de 2015, la iniciativa es exclusiva del interno, sostiene que debe descartarse esa interpretación restrictiva, pues el precepto establece como alternativa la actuación de oficio del Juez de Vigilancia, cuyo conocimiento puede ser activado por la remisión de expediente de propuesta de libertad condicional, elevado por la dirección del centro penitenciario, tal y como sucedía con anterioridad. En dicha Instrucción se detalla la forma de proceder.

Además, anteriormente, hasta el momento de la concesión venían interviniendo exclusivamente el penado y el Ministerio Fiscal, pero tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley 4/2015 de 27 de abril que regula el Estatuto de la Víctima del delito²², en su artículo 13 se contempla la intervención de la víctima en el incidente de ejecución tanto en fase previa a la resolución como en la fase posterior, otorgándole la posibilidad de recurrir el auto de concesión.

4.- LOS SUJETOS PELIGROSOS Y LA LIBERTAD CONDICIONAL.-

El Código penal español establece en el artículo 95.1.2º CP que, *“del hecho delictivo y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”*. Es decir, recoge un concepto de peligrosidad criminal contemplada como previsión para el futuro de comisión o no de nuevos delitos y ello determinaba la concesión o no de beneficios penales en el cumplimiento de las penas. Posteriormente, en 2003, además se añadieron límites especiales para el cumplimiento de las penas, según lo establecía el artículo 76.1 CP. Además, se añadió la posibilidad para el Juez de Vigilancia penitenciaria de modificar el régimen de cumplimiento de las penas, tras un procedimiento de valoración y estudio tanto de las circunstancias personales del reo, la evaluación del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, siempre teniendo en cuenta de que la modificación ha de estar suficientemente motivada y siempre, previo haber oído a las partes (incluido Fiscal e Instituciones penitenciarias). Dicha reversión, sin embargo, se vetó a ciertas tipologías delictivas. En la LO 5/2010, se estableció que: *“si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la*

²¹ Instrucción 4/2015, Indicaciones para la adecuación de la reforma del Código Penal al cumplimiento de la condena.

²² Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Jefatura del Estado «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015 Referencia: BOE-A-2015-4606.

anterior posibilidad sólo será aplicable: Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.”

La peligrosidad criminal en el concepto que se la entiende en el derecho español, recoge la corriente de criminología clínica de Jean Pinatel, sobre todo en el concepto de personalidad criminal, considerando que el delincuente es un enfermo social, y como enfermo es susceptible de observación, de diagnóstico, de pronóstico y de tratamiento.

Según recoge, Luis Fernández Arévalo²³, *“el tratamiento debe partir de la observación del delincuente mediante un estudio científico de la personalidad del penado, del que se concluye (en terminología psicológica de dicha corriente) un diagnóstico de personalidad criminal –art. 62.b) LOGP- que se traduce (en terminología jurídica formulada en el art. 64 LOGP) en un doble diagnóstico de capacidad criminal –que Pinatel derivaba de rasgos tales como egocentrismo, agresividad, labilidad e indiferencia pasiva- y de adaptabilidad social –que Pinatel desprendía de variables de personalidad tales como los rasgos relativos a la actividad, las aptitudes físicas, intelectuales y los rasgos dinámicos relativos a las necesidades instintivas y que permiten al individuo adaptarse al medio en el que vive con mayor o menor eficacia-, de cuya interacción se extraería el juicio pronóstico de peligrosidad criminal o reincidencia.*

Esta doctrina encuentra su eco en el inciso inicial del art. 62.b) LOGP, que dispone que “el tratamiento guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial...”, y se completa en la fórmula contenida en el art. 64.2 LOGP, cuando señala que “una vez recaída sentencia condenatoria, se completará la información anterior con un estudio científico de la personalidad del observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda.” Así, en el ámbito del tratamiento penitenciario, la peligrosidad criminal pasa a entenderse como sinónimo de pronóstico de reincidencia”.

La peligrosidad criminal hay que analizarla, pues, en los diferentes momentos que son relevantes a efectos prácticos de aplicación de la legislación penal y penitenciaria. Son tres los momentos más relevantes:

1.- La clasificación.- A su vez, dentro de la clasificación se debe analizar la peligrosidad en diferentes etapas de dicha clasificación:

1.1.- **Propuesta de clasificación.** Los criterios de clasificación se formulan en los términos de los apartados 3, 4 y 5 del art. 102 RP.

²³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, LUIS, *“Control de la peligrosidad criminal y libertad vigilada postpenitenciaria”*, pp. 8.

1.2.- Régimen cerrado. Se aplicará en los casos de penados de peligrosidad extrema, en base a causas objetivas establecidas en el art. 102.5 RP.

1.3.- Acceso al Régimen Abierto y al Tercer Grado. El sistema de individualización científica se asumió en la LOGP en 1979, cuyo art. 72.1 señaló que *“las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.”* Los requisitos para acceder al tercer grado penitenciario fueron endurecidos a partir de la reforma de la LO 7/2003 que introdujo el “periodo de seguridad”, lo que ocasionó no pocos problemas interpretativos sobre el alcance retroactivo de la norma, finalmente zanjados por la STS 748/2006, de 12 de junio. El “periodo de seguridad” era en realidad un *régimen especial de cumplimiento* asociado a la magnitud de penas que individualmente excedieran de 5 años que impediría el acceso del reo al tercer grado en tanto no alcanzara el cumplimiento de la mitad de esa pena. La LO 7/2003 modificó las condiciones de acceso al tercer grado añadiendo dos apartados al art. 72 LOGP, fijando en primer lugar la exigencia de satisfacción de responsabilidades civiles por el penado –art. 72.5 LOGP-, y exigiendo el abandono –art. 72.6 LOGP- de la disciplina del grupo terrorista o de la organización criminal, lo que supone la definición de la superación de un caso especial de peligrosidad criminal. La reforma de la LO 5/2010, por su parte, estableció dos modalidades de periodos de seguridad: un periodo de seguridad facultativo para el Tribunal, que requiere un pronunciamiento expreso, imponible discrecionalmente por éste y en segundo lugar, un periodo de seguridad imperativo, en el que la ley no menciona la necesidad de pronunciamiento expreso del tribunal, asociado a ciertas tipologías delictivas. En cuanto a la reversión al régimen general de cumplimiento se contempla para los casos de imposición facultativa, pero no para los casos de periodo de seguridad imperativo como efecto reflejo de la ley.

2.- La Concesión de los permisos. El art. 156.1 RP señala que *“el informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento”*.

3.- El Pronóstico final y la libertad condicional. El art. 67 LOGP señala que *“concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional.”* Por su parte, el art. 90.1.c) LOGP, que señala como requisito *“que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un*

pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

La Criminología y otras ciencias han intentado construir metodologías para la medición y evaluación de la peligrosidad criminal, como, por ejemplo la *Escala de respuesta individual criminológica* basada en la teoría de la personalidad criminal, con fuertes connotaciones de la Criminología Clínica y el diagnóstico psiquiátrico y psicológico. Dicha teoría se basa en 5 fases:

- 1.- Construcción de la prueba.
- 2.- Validación de la *facie* (inter-jueces).
- 3.- Validación del constructo
- 4.- Determinación de confiabilidad temporal.

5.- Resultados: es una herramienta de uso preferente en instituciones penitenciarias, que ofrece resultados sólidos en cuanto a la posibilidad de estimar la probabilidad de comisión de nuevos hechos delictivos pero, no arroja conclusiones definitivas, sino sólo posibilidades de aparición de conductas.

Actualmente, se manejan manuales, guías y herramientas de diagnóstico que incluso inciden en determinadas tipología delictivas normalmente asociadas con la peligrosidad criminal. Así, entre otras HCR-20 (Guía para la valoración de la peligrosidad criminal); SVR-20 (Manual de valoración del riesgo de violencia sexual), SARA (Guía para la evaluación de riesgo de “asalto conyugal”).

Respecto a la efectividad de los pronósticos de peligrosidad modernos, como expone Martínez Garay (2016)²⁴, hay que tener en cuenta que en toda predicción de comportamientos futuros pueden producirse dos clases de errores: los falsos positivos, que son los sujetos respecto de los cuales se ha predicho la ocurrencia de un fenómeno X (por ejemplo, que delinquirá en el futuro) y, sin embargo, dicho evento finalmente no se produce. Los falsos negativos, por el contrario, son aquellos sujetos respecto de los que se predijo que el fenómeno X no ocurriría (que no delinquirían), y sin embargo en realidad sí que tiene lugar. Indica la autora citada que en España existen muy pocos estudios sobre el grado de acierto de estos pronósticos, pero los que existen, aun valorados con todas las cautelas necesarias, arrojan datos sobrecogedores sobre el grado en que la peligrosidad se sobreestima sistemáticamente.

²⁴ MARTÍNEZ GARAY, L.: “*Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua*”, en Rodríguez Yagüe, C. (Coord.): *Contra la cadena perpetua*. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016.

5.- CONCLUSIONES.-

La reforma operada en el CP introduce, si cabe, mayor incertidumbre en el modelo de cumplimiento de las penas, ya que si antes se requería un pronóstico favorable de reinserción social, podría sostenerse que ahora se exige un pronóstico de “falta de peligrosidad” del condenado para su concesión. Prolonga, de forma ineludible (para una importante cantidad de supuestos) la situación de libertad condicional más allá del plazo de extinción de la condena. Permite prolongar aún más la situación de libertad condicional (o de suspensión) en caso de incumplimiento no grave o no reiterado de las prohibiciones, obligaciones o condiciones impuestas para el plazo de suspensión. Se incorporan causas de revocación que, tal y como se explicitan, no cumplen con las mínimas exigencias de determinación y pueden ser fuente de decisiones arbitrarias. La revocación, cualquiera sea la causa en la que se fundamente, impide computar el tiempo transcurrido en libertad para el cumplimiento de la pena. Todo ello pone de manifiesto que se continúa en la línea de incrementar la severidad de la pena de prisión a través de su cumplimiento, y no sólo, si atendemos a la prisión permanente revisable y al incremento de la cantidad de pena que se prevé para algunos delitos. Por tanto, se incumplen de alguna manera los principios de reinserción social que son la base fundamental del marco punitivo español. La seguridad y la libertad se contraponen en los temas relacionados con los delitos y los delincuentes. A pesar de los avances en los métodos aplicables a la conducta humana y en concreto, en la determinación de la peligrosidad criminal, y que son cada vez más fiables, sin embargo, no se puede tener la certeza absoluta de que dichos criminales vayan o no a cometer un hecho delictivo en el futuro. Por tanto, estos métodos no son adecuados para establecerlos como método único de determinar la peligrosidad criminal o no de una determinada persona. Por tanto, queda aún mucho camino que recorrer.