

IRRETROACTIVIDAD DEL PERIODO DE SEGURIDAD. POSIBILIDAD DE INFORMES AJENOS A LA INSTITUCION PENITENCIARIA.

Por su evidente interés y actualidad extractamos el Auto del Magistrado D. José Luis Castro del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 3 de Madrid de 14 de enero de 2004.. El asunto se refiere a un condenado a pena de 6 años antes de la entrada en vigor de la LO 7/2003 y plantea la irretroactividad del art. 36.2 CP, así como la posibilidad de que el Juzgado se sirva de informes ajenos a la Institución Penitenciaria (consiguientemente serían valiosos los de técnicos del tejido asociativo, Pastoral Penitenciaria, Servicios Sociales, Dispositivos públicos no terapéuticos etc etc... como ha sido el caso). En el presente caso, a la hora de ejecutarse la condena, el reo ya había normalizado por completo su vida. Por ello, la defensa recurrió la clasificación inicial en 2º grado, instando un 3er grado, cuestión a la que el juez accede a la vista de contundentes y coincidentes informes ajenos a la Institución Penitenciaria.

TEXTO EXTRACTADO DE LOS RAZONAMIENTOS JURIDICOS:

“1. El Código Civil establece en el Art. 2.3 el principio general de la irretroactividad de las normas jurídicas salvo que la propia ley disponga la eficacia retroactiva. La Disposición Transitoria única de la LO 7/2.003 se acoge a esta excepcionalidad al señalar: "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.

Sin embargo, no debe olvidarse que la norma jurídica penal tipifica situaciones ilícitas que tendrán lugar en el futuro y cuya aplicación a tales conductas se producirá a partir de la entrada en vigor de la norma. Es en el ámbito penal (Artículos 1, 2 y 3 del Código Penal en concordancia con el Artículo 9.3 de C.E.) en donde el principio de irretroactividad rige de forma específica en conexión con el principio de seguridad jurídica que supone que **quien comete un hecho delictivo lo hace bajo unas premisas legales de tipicidad de la conducta punitiva, así como de las consecuencias jurídicas de tal conducta e incluso en lo referente a la forma de ejecución, pues esta afecta en tanto pena de prisión a la libertad como valor superior del Ordenamiento Jurídico (Artículo 1.1 de C.E.). En tal sentido, las expectativas de libertad y sobre todo el derecho a recibir un tratamiento individualizado sin límite temporal alguno al tiempo de iniciar el cumplimiento de la condena no puede verse modificado por la aplicación de una norma posterior como es el caso de la pretendida retroactividad del Artículo 36.2 del Código Penal.**

2. **La Instrucción 9/2.003 de la DGIP** sobre "Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley Orgánica 7/2.003" se refiere a la retroactividad impropia en tanto que su eficacia se produce sobre situaciones jurídicas

futuras y no consolidadas. Por ello, se pretende la aplicación del Artículo 36.2 del Código Penal sobre quien está cumpliendo condena en el momento de entrada en vigor LO. 7/2.003, pero su efectividad **supone una vulneración del valor superior del ordenamiento jurídico que es la libertad así como del principio de seguridad jurídica, pues a quien cumple condena a la entrada en vigor de esta ley se le impone un periodo de tiempo de cumplimiento que no existía cuando delinquiró.**

- .3. Si se acude a una interpretación gramatical y literal de la **Disposición Transitoria única de la LO. 7/2.003** se observa que **establece la retroactividad de los Artículos 90 y 93.2 del Código Penal** en cuanto a la libertad condicional, **así como de los Artículos 72.5 y 72.6 de la L.O.G.P** en materia de clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento, **PERO NADA DICE DEL ARTÍCULO 36.2 DEL CÓDIGO PENAL**, por lo que hay que concluir la irretroactividad de dicho precepto.

Algo similar ocurre con el Artículo 93.3 del Código Penal, relativo a que el penado cumplirá el tiempo que le reste del cumplimiento de la condena con la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional para el caso de revocación de la misma, en conexión con el Artículo 93.2 del Código Penal. **No se incluye por tanto el Artículo 93.3 del Código Penal en la Disposición Transitoria única de la L.O. 7/2.003 y ello porque esta norma es totalmente irretroactiva.** Lo contrario sería un atentado contra el principio de seguridad jurídica.

El ciudadano puede desconocer la norma procesal que regula la ejecución de penas (cómo se tramita una queja, un recurso, cómo se efectúa una comunicación o cómo se realiza un cacheo), pues no afectan ni a la libertad ni a la seguridad jurídica ni a la prevención del delito; pero, lo que debe saber es que, si se le condena

por un delito cometido en periodo de libertad condicional, ésta se le revoca y además pierde el tiempo de condena cumplida en este régimen. De ahí, que el legislador no señale específicamente, en la Disposición Transitoria única de la L.O. 7/2.003 la retroactividad del Artículo 93.3 del Código Penal, ya que necesariamente ha de ser irretroactiva.

Esta misma argumentación puede predicarse en relación al Artículo 36.2 del Código Penal, en tanto que:

- a) **La Disposición: Transitoria única de la L.O. 7/2.003 guarda silencio sobre la posible retroactividad del Artículo 36.2 del Código Penal.**
- b) **Porque al igual que en el Artículo 93.3 del Código Penal la retroactividad entraría en colisión con la libertad, la función preventiva de la norma y el principio de seguridad jurídica,** lo que nos conduce a la conclusión de que ambos preceptos no pueden aplicarse de forma retroactiva sino que tan solo a aquellos que cometan hechos delictivos a partir de la entrada en vigor de la L.O. 7/2.003.

4. El Artículo 72.5 de la L.O.G.P. señala: "La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la **responsabilidad civil derivada del delito...**". El problema que se plantea es, si cuando el precepto citado está diciendo "... además de los requisitos previstos por el Código Penal", se está haciendo referencia a que entre los mismos se encuentra el periodo de seguridad del Artículo 36.2 del Código Penal en conexión con la Disposición Transitoria única de la LO. 7/2003. Efectivamente, se encuentra incluido, pero tal requisito será de aplicación para aquellos internos que cometan delitos **con posterioridad a la entrada en vigor de la LO. 7/2003**, nunca a los que estén cumpliendo actualmente condena o entren en prisión por delitos anteriores a la reforma legal, aún cuando

se sentenciasen con posterioridad a la entrada en vigor de dicha ley.

Tal aplicación retroactiva no puede predicarse de la conjunción de ambos preceptos por las siguientes razones:

- a) **Como se ha indicado reiteradamente el legislador no señala expresamente el carácter retroactivo del Artículo 36.2 del Código Penal a diferencia de los Artículos 90 Y 93.2 Código Penal y 72.5 Y 7206 de la L.O.G.P.**
- b) **La S.T. 88/88 de 9 de mayo** relativa a la excepcionalidad de la prisión preventiva, señala que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional deben hacerse con **carácter restrictivo y en favor del derecho fundamental a la libertad; y solo pueden en caso de duda optar por la ley mas favorable;** esto es la menos restrictiva, sin que quepan interpretaciones extensivas de la norma que perjudiquen al reo al estar afectados valores jurídicos como la libertad y la seguridad.

5. Por último, se hace necesario reconocer **la naturaleza jurídica del Artículo 36.2 del Código Penal** puesto que **por su propia ubicación en el texto penal como norma de ejecución de pena elimina su carácter procesal para tener un contenido sustantivo de *quantum* de la pena.** De ahí que pueda concluirse que el citado precepto **no es tan solo una norma de ejecución *stricto sensu***, sino que es sustantiva en tanto que fija la cantidad de pena (mitad de la condena) que no permite obtener el tercer grado de forma que esta afectando a un valor superior del ordenamiento jurídico en aplicación de los Artículos 25 y 9.3 de la C.E.

Por lo expuesto, cabe concluir, que las penas que se están cumpliendo cuando entró en vigor la L.a. 7/2.003 y que son consecuencia de la comisión de delitos cometidos bajo unas premisas legales de descripción de

conductas delictivas, una consecuencia jurídica, así como condiciones y formas de ejecución concretas y determinadas en cuanto éstas afectan directamente a la libertad como derecho fundamental o valor superior del ordenamiento jurídico hace inaplicable retroactivamente el periodo de seguridad.

CUARTO: Por todo lo expuesto debe entrarse a la valoración de las variables de riesgo necesarias para la obtención del 3er grado pretendido. [...]. El informe pericial de fecha 3-11-03 señala entre otros extremos [sigue transcripción de un detallado informe criminológico, ajeno a II.PP., acerca del delito, etiología y tipología criminológica, estudio de evolución posdelictual, situación actual, conclusiones y pronóstico] y el informe del SAJIAD [se describe informe de dicho servicio extrapenitenciario, valorando también positivamente la progresión a tercer grado penitenciario] así como el de la Trabajadora Social del Instituto Provincial de Asuntos Sociales [...] Por todo ello, cabe deducir que el interno es totalmente merecedor del 3er Grado pretendido y si bien el Juzgador considera que al ser hechos delictivos anteriores a la entrada en vigor de la LO. 7/2.003 y, por tanto, no ser de necesaria aplicación el periodo de seguridad del Art. 36.2 Código Penal, ni, en consecuencia, el requisito de previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, este se da en el presente caso como se desprende de los informes referidos en el argumento jurídico anteriores

Y es que sobre este extremo sería necesaria una valoración específica, ya que **aunque el pronóstico favorable de reinserción social debe ser efectuado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, los informes por este órgano elaborados no pueden ser los únicos a tener en cuenta por el**

Juez ya proceda la valoración judicial de todos los informes que consten en el expediente penitenciario, sin tener que quedar sometidos por la valoración final que se haga de los mismos por parte de la Junta de Tratamiento. **Lo contrario dejaría a este órgano jurisdiccional sin posibilidad de discrepar de la administración por lo que la función constitucional del art. 117 C.E de hacer "ejecutar lo juzgado" quedaría vulnerada. El juez no es un "corre ve y dile", es un órgano jurisdiccional que dicta resoluciones.** Se trataría de conceder el valor de material probatorio a todo el expediente administrativo-penitenciario.

Así como la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda **solicitar de oficio los informes que considere convenientes a entidades u organismos públicos o privados que le permitan hacer la valoración del pronóstico final.** Esta posibilidad se encuentra por aplicación analógica de la libertad condicional. El Código Penal de 1995 profundiza en la anterior regulación de la libertad condicional para insistir en que es **posible el asesoramiento de los especialistas que considerase necesario a los efectos de realizar la valoración de pronóstico favorable o desfavorable de reinserción social.** La nueva regulación penal hace desaparecer esta posibilidad en materia de libertad condicional. **No obstante, es claro que volvemos al sistema anterior al C.P. del 95 en el que el Juez podía valorar de oficio, con los informes que considerase convenientes el requisito de "hacer una vida honrada en libertad".** Esta regulación, en comparación con la del C.P. 95 y la nueva, radica en una única diferencia: la sustitución de los términos con contenido moral (vida honrada) por otros más técnicos (pronóstico favorable). El resto continúa igual. De manera que **el Juez de Vigilancia tiene la posibilidad de realizar esa valoración con independencia de la que se realice por la Administración penitenciaria, de lo contrario, no cumpliría la**

función del art. 11 C.E; y para ello, necesariamente, **tiene que apoyarse en informes técnicos, que pueden ser penitenciarios o extrapenitenciarios.** Un argumento más. **El Juez en materia penal,** de oficio, que no rogada como la justicia civil, **tiene que tener la posibilidad de solicitar cuantas diligencias e informes considere convenientes a los efectos de fundamentación de sus resoluciones.** Con fundamento legal, tendríamos que acudir al ámbito civil en el que se permite al Juez de oficio, o a instancia de parte, que se practiquen las pruebas sobre hechos relevantes si las pruebas existentes hubieran sido insuficientes para dictar la resolución final (**Art. 435.2 LEC**). **El carácter supletorio del derecho civil respecto de los diferentes ámbitos del ordenamiento permitirían esta posibilidad.**

Pues de la totalidad de los informes obrantes en el expediente (remitidos por la prisión, aportados por la parte y requeridos por el Juzgador de oficio) resulta evidente que en el interno se dan las variables que le permiten acceder al 3er Grado.

QUINTO.- Exige el Art. 72.5 de la L.O.G.P. que el interno haya satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito. En el presente caso el interno las ha satisfecho.

PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso sobre clasificación de grado interpuesto por el interno, asistido por el Letrado D. Carlos García Castaño, debiendo progresarle a tercer grado de tratamiento del art. 82 RP.