



Tesis doctoral

**Excepcionalidad antiterrorista en la
acumulación y ejecución de las penas
de prisión**

Programa de Doctorado en Derecho

Presentada por Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Dirigida por el Dr. Juan I. Echano Basaldúa

Bilbao, agosto de 2015

Tesis doctoral

**Excepcionalidad antiterrorista en la
acumulación y ejecución de las penas de
prisión**

Programa de Doctorado en Derecho

Bilbao, agosto de 2015

Presentada por Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Dirigida por el Dr. Juan I. Echano Basaldúa

ÍNDICE

Abreviaturas	v
INTRODUCCIÓN	vii
A. Objeto	x
B. Método	xi
C. Estructura	xiii
D. Fuentes	xvi
I. EVOLUCIÓN LEGAL Y POLÍTICO-CRIMINAL	1
A. Introducción	1
B. Advertencia previa: Convivencia de regímenes transitorios	11
C. Desde la Constitución hasta el Código Penal de 1995	15
D. Código Penal de 1995: el cumplimiento íntegro	19
1. Regulación de la ejecución de las penas de larga duración	20
2. La tendencia al cumplimiento en régimen ordinario	22
3. Derogación de la redención de penas por el trabajo	35
4. Recapitulación	36
E. Normativa penitenciaria: escasas especialidades	39
F. Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, el subsistema para menores terroristas	45
1. Exasperación punitiva de las medidas juveniles	46
2. Subsistema procesal y de ejecución de las medidas	59
3. LO 15/2003: Acusación particular en el procedimiento de menores y las futuras reformas	62
G. Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, el subsistema penitenciario antiterrorista	75
1. Contextualización	83
2. Fundamentación de la reforma: la seguridad jurídica	86

3. Tramitación legislativa	97
4. Sucinta valoración global.....	103
H. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: excepcionalización del periodo de seguridad, extensión a organización terrorista y libertad vigilada.....	107
I. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo de 2015: la prisión permanente y la nueva libertad condicional.....	117
1. Ampliación del concepto de terrorismo.....	120
2. Cuestiones relativas al terrorismo afectadas por la LO 1/2015	121
3. La nueva libertad condicional	130
4. Vigencia temporal.....	134
J. Recapitulación	137
K. Valoración político-criminal	141
II. CUESTIONES PROCESALES	161
A. Incomunicación.....	165
B. Excurso: incomunicación y riesgo de tortura	171
C. Competencia jurisdiccional: Hacia la centralización y el control de la jurisdicción.....	189
D. La víctima en el procedimiento de ejecución de la pena.....	209
III. ACUMULACIÓN DE LAS PENAS Y CUMPLIMIENTO “ÍNTEGRO Y EFECTIVO”	225
A. Acumulación jurídica y máximo de cumplimiento efectivo	225
B. Acumulación jurídica de condenas extranjeras a las españolas: nueva polémica jurisprudencial en materia de terrorismo	243
1. Situación hasta la LO 7/2014.....	244
2. Tramitación y publicación de la LO 7/2014.....	249
3. Interpretación de la DM 675/2008 relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal	253
4. La reinterpretación de la jurisprudencia anterior a la publicación de la LO 7/2014	259

5.	STS 874/2014: aplicación retroactiva de la LO 7/2014	269
6.	Neutralización <i>ad hoc</i> de la Decisión Marco 675/2008 y vulneración del Tratado de Funcionamiento de la UE	285
C.	Reglas para el “cumplimiento íntegro y efectivo”	293
1.	El artículo 78 del Código Penal	297
2.	Doctrina Parot	337
IV.	EL SUBSISTEMA PENITENCIARIO ANTITERRORISTA	359
A.	El mandato de orientación a la resocialización y reinserción social ..	363
B.	Destino de cumplimiento: la dispersión	373
C.	Clasificación en primer grado y régimen FIES	387
D.	Intervención de comunicaciones	401
E.	Tratamiento penitenciario en delitos de terrorismo	411
F.	Permisos ordinarios	419
G.	Flexibilización del régimen ordinario (art. 100.2º RP)	437
H.	Criterios específicos u obstáculos para la clasificación en tercer grado (art. 72.6º LOGP) y concesión de la libertad condicional (art. 90 CP 2003) ..	451
1.	Planteamiento	451
2.	Constitucionalidad de la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003 ..	461
3.	Los nuevos criterios para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional: abandono y colaboración	487
I.	Otras cuestiones relativas a la libertad condicional	523
1.	La libertad condicional en la reforma de 2015	523
2.	Especificidad en relación con la revocación	537
3.	Exclusiones del adelantamiento de la libertad condicional	541
J.	Una experiencia de reinserción: la vía Nanclares	551
	CONCLUSIONES	567
	BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN	577
	NORMATIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PENITENCIARIAS	629

ELENCO DE RESOLUCIONES JUDICIALES	633

Abreviaturas¹

AAN	Auto Audiencia Nacional. Sala de lo Penal
AAP	Auto Audiencia Provincial
AJCVP	Auto Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria
AJVP	Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto Tribunal Constitucional
ATS	Auto Tribunal Supremo
AVT	Asociación de Víctimas del Terrorismo
BNG	Bloque Nacionalista Gallego
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
CC	Coalición Canaria
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código penal.
DM	Decisión Marco
EPPK	<i>Euskal Preso Politikoen Kolektiboa</i>
ETA	Euskadi Ta Askatasuna
ETA (m)	ETA militar
FIES	Fichero de Internos de Especial Seguimiento
IU	Izquierda Unida
JCVP	Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria
JVP	Juzgado de Vigilancia Penitenciaria
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEVD	Ley del Estatuto de la Víctima del Delito
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Le Orgánica del Poder Judicial
LORRPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
MF	Ministerio Fiscal
PP	Partido Popular
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
RP	Reglamento Penitenciario
SAN	Sentencia Audiencia Nacional. Sala de lo Penal

¹ Cuando va seguida de una fecha, refiere la redacción vigente en esa fecha.

SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SGIP	Secretaria General de Instituciones Penitenciarias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

“El terrorismo ha marcado las cuatro últimas décadas de historia del País Vasco, y también de España en su conjunto, desde el tardofranquismo hasta la actualidad, y condiciona aún nuestro presente y nuestro futuro inmediato”².

Esta reflexión marca el sentido de este trabajo y su interés presente y futuro, por varias razones. Aunque desde octubre de 2011 ha cesado la mayor parte de la actividad delictiva de ETA, obviamente la respuesta del sistema penal a los delitos de terrorismo se sigue y se seguirá produciendo, como no puede ser de otro modo, no solo en relación con los delitos cometidos en el pasado y aún no esclarecidos o enjuiciados, sino en relación con la comisión de nuevos delitos mientras ETA no desaparezca o delitos cometidos en torno a ETA, significativamente hoy en día delitos de ensalzamiento o humillación a las víctimas.

ETA —junto con otros grupos similares—presenta una trayectoria genuina (AULESTIA 2005, pp. 184-185), en primer lugar porque, naciendo en una dictadura, prolonga su actividad terrorista, con mayor crudeza y causando muchísimas más víctimas, durante décadas de régimen constitucional, y en segundo lugar porque esa acción terrorista se produce en un contexto de bienestar social y económico y sus bases de apoyo participan sin reservas y sin riesgos de exclusión de ese contexto³. Consolidado el sistema democrático y una sociedad del bienestar, disuelta la organización terrorista de la que era una escisión —ETA político-militar— y reinsertados aquellos con una amplia impunidad⁴, desaparecido el terrorismo de Estado con el fin de los GAL y

² LÓPEZ ROMO (2014, p. 7).

³ AULESTIA (2005, p. 187) afirma que es el único terrorismo del bienestar que ha existido en el mundo.

⁴ Véase en FERNÁNDEZ SOLDEVILLA (2013) el proceso de “reinserción” de los “polimilis”, en el que incluso se abrían y archivaban procedimientos penales sin la más mínima investigación real.

reducido significativamente el uso de la tortura a finales de la década de los 80, ETA militar aún continuó su desnortada carrera de sangre hasta su derrota final⁵

Lo cierto es que ETA ya prácticamente no existe. Como ha expresado recientemente el Ministro del Interior, Jorge Fernández Díez, solamente queda que alguien expida su certificado de defunción. El 20 de octubre de 2011 anunció el cese definitivo de su actividad armada. Aunque al comienzo cupieran lógicas dudas sobre la veracidad y fiabilidad del anuncio y también que hubiera algunos sectores de la derecha necesitados de mantener viva la llama de la amenaza terrorista de ETA, lo cierto es que la desaparición de ETA como agente es una realidad y vivimos ya afortunadamente en un escenario post ETA.

Nos queda el dolor de las víctimas y del conjunto de la sociedad; nos queda la necesidad y el deber de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; nos queda el enorme, absurdo, inútil e injustificable daño personal, social y político generado por ETA; quedan centenares de personas presas; y asimismo permanece la necesidad de cerrar las fracturas sociales provocadas por el terrorismo construyendo la convivencia sobre un mínimo ético compartido.

Y nos queda también en el plano jurídico-penal un subsistema legal antiterrorista, inserto en la legislación ordinaria, salvo los elementos de excepcionalidad jurídica amparados en el art. 55.2º CE, pero preñado de excepcionalidad. Durante todo el periodo constitucional la necesidad de responder a la gravedad de la amenaza terrorista ha ido dotando al sistema jurídico procesal y sustantivo de armas excepcionales para hacerlo: unos cuerpos policiales altamente especializados y dotados en materia antiterrorista, un órgano judicial central especial, unos poderes de investigación excepcionales, un derecho penal con una definición de delitos muy amplia, adelantamiento de las barreras de protección, fuerte exasperación punitiva, extensión exorbitada de los conceptos de organización terrorista, de pertenencia y de colaboración, un

⁵ Entiendo que la derrota de ETA (m) es una evidencia (por ejemplo TAMARIT SUMALLA 2012, p. 83, así lo recoge sin problema), aunque se haya querido escenificar una especie de retirada estratégica medio unilateral acordada con agentes internacionales y la derrota haya sido la consecuencia de una paulatina inanición (como vaticinaba AULESTIA 2005, p. 188).

régimen antiterrorista juvenil y un subsistema antiterrorista de acumulación y ejecución de las penas que convive con el sistema general pero que con apenas unos cuantos trazos legales configura un sistema de ejecución y cumplimiento de las penas de prisión construido con principios y objetivos diferentes al sistema general y difícilmente compatibles con los valores y derechos constitucionales.

El conocimiento, análisis y valoración de estas reglas y praxis específicas que configuran el subsistema penal y penitenciario antiterrorista es el objetivo principal del trabajo, porque entre las consecuencias de este periodo negro permanece el hecho de que cientos⁶ de personas siguen y seguirán durante bastantes años cumpliendo las penas de prisión impuestas por delitos de terrorismo o de ensalzamiento o humillación a las víctimas, por lo que se hace

⁶ En LANDA – ETXEBARRIA – ECHANO – GARRO (2014, p. 4) estimábamos que habría unas 550 personas acusadas y condenadas por delitos de terrorismo de ETA en las cárceles de varios países, fundamentalmente España y Francia. A la vista de que sigue habiendo detenciones, extradiciones —muchas de las personas presas en Francia están pendientes de ser extraditadas a España para ser juzgadas por otros delitos—, juicios y nuevas condenas, y que otras vayan cumpliendo sus condenas, es previsible que en el futuro haya nuevas personas presas aunque el número global de personas encarceladas vaya disminuyendo.

Las cerca de 550 personas presas se podrían clasificar, en función del tipo de delito cometido, el tiempo de condena y el régimen penitenciario, de la siguiente manera:

- Unas 21 personas presas han iniciado procesos de reinserción pero sólo 6 han accedido al tercer grado.
 - Unas 15 personas presas se encuentran en prisión atenuada o en libertad condicional por enfermedad grave.
 - Unas 125 personas presas han cumplido tres cuartas partes de la condena.
 - Unas 52 son personas presas preventivas a la espera de juicio.
 - Unas 30 personas presas han sido condenadas por delitos de colaboración o pertenencia por su vinculación a actividades sociopolíticas ilegalizadas consideradas penalmente ilícitas.
 - Unas 69 son personas presas con condenas de menos de 8 años y sin delitos de sangre.
 - Unas 101 son personas presas con condenas de más de 8 años y sin delitos de sangre.
 - Unas 141 son personas presas con condenas de más de 8 años y con delitos de sangre.
- De estas:
- Unas 70 ya han cumplido al menos diez años.
 - Unas 71 han cumplido menos de diez años.

necesario investigar las políticas que la legislación y la praxis traslucen en esta materia, su adecuación a los fines y estándares que han de regir la ejecución de las penas y las propuestas de interpretación y reforma que quepa realizar en esta materia, lo cual tiene repercusiones importantes no solo para la propia aplicación del Derecho y su adecuación constitucional, sino para la superación, de este periodo histórico marcado por la violencia con justicia y legitimidad.

Una vez concluida la amenaza terrorista de ETA, hace ya casi una legislatura, estimo que empieza a ser posible que el descenso de la tensión emocional sobre el sistema penal abra las puertas a repensar toda la legislación antiterrorista. El régimen constitucional tiene una oportunidad histórica que no ha tenido en sus casi 40 años.

A. Objeto

El objeto de este trabajo de investigación es la legislación y la praxis existentes en España en materia de acumulación y ejecución de las penas de prisión en delitos de terrorismo de ETA, para valorar su nivel de excepcionalidad y su congruencia con los principios y derechos fundamentales que informan la ejecución de las penas de prisión, conforme a los estándares europeos, constitucionales y legales, así como el análisis de las vías de reinserción abiertas en los últimos años y conforme a ello realizar propuestas de interpretación de la normativa penal y penitenciaria actualmente en vigor y propuestas de *lege ferenda*.

El subsistema antiterrorista de acumulación y ejecución de penas de prisión, creado principalmente a partir de 2003, se construye sobre la exasperación de las reglas de acumulación en el concurso real de delitos, las reglas para que el cumplimiento de la pena de prisión se produzca durante mayor tiempo en régimen de encierro carcelario (periodo de seguridad, cómputo de los plazos penitenciarios sobre la suma total de penas y prohibiciones de adelantamientos de la libertad condicional), los elementos de seguridad penitenciaria y dispersión y las exigencias adicionales para el tratamiento y la clasificación penitenciaria y acceso a la libertad condicional (abandono y colaboración).

Especial relevancia tiene el elemento de sucesión de leyes penales, procesales y penitenciarias; importancia práctica para la toma de decisiones

sobre los procesos de cumplimiento pendientes puesto que siendo la inmensa mayoría de la actividad terrorista de ETA más grave anterior a la entrada en vigor de las reformas de 2003, la mayor parte de las previsiones legales del subsistema excepcional solamente serán aplicables a los más escasos casos graves ocurridos a partir de 2003, esto es, el límite de 40 años, el periodo de seguridad, el cómputo de los plazos sobre la suma total o las prohibiciones de adelantamiento de la libertad condicional serán de aplicación a relativamente pocas de las condenas más graves (6 asesinatos). Aunque sí sean aplicables a otras penas de menor entidad como los delitos de mera pertenencia, la menor duración de las penas nominales y la menor repercusión social en delitos no tan graves harán menos problemática la mayor parte de esos cumplimientos.

El estudio de la evolución legislativa en materia de acumulación y ejecución de penas, en sus aspectos sustantivos y procesales, así como la valoración político criminal de las mismas no supone una novedad en nuestra doctrina, ni desde la perspectiva dogmática ni político criminal. En este sentido, la aportación de este trabajo pueda consistir en la mirada global específicamente a la acumulación y ejecución de penas en materia de terrorismo, con atención específica al terrorismo independentista de ETA y, sobre todo, el momento en que se produce, en la fase posterior al cese definitivo de la actividad armada de ETA, lo cual en principio debería abrir las puertas a nuevas evoluciones y posiciones y reducir la carga de emotividad que afecta negativamente al debate sobre esta cuestión.

Mi experiencia personal de los últimos 4 años como abogado de algunos de los presos ‘de la vía Nanclores’ me conduce a prestar especial atención y poder aportar una visión del derecho vivo, el *law in action*, esto es, no solo el espacio marcado por las disposiciones legales sino el acotado por las decisiones administrativas y judiciales.

B. Método

Se trata de un trabajo eminentemente jurídico mediante el análisis de los preceptos jurídicos que conforman las reglas específicas para la acumulación y ejecución de las penas impuestas por delitos de terrorismo y de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales y administrativos competentes.

El Derecho penal es un instrumento de control social formal o institucionalizado que se justifica en la medida que se configura como un sistema apto para la protección de los bienes jurídicos y la prevención de los comportamientos que se consideran más intolerables para la convivencia social. El Derecho penal no se encierra en su propia configuración dogmática a partir del método inductivo basado en el Derecho positivo pues es consustancial a las funciones sociales que legitiman su intervención que deban ser tomadas en consideración los principios político-criminales que informan la elaboración y aplicación de las normas penales.

Más allá de la eficacia jurídica del respeto a los derechos fundamentales en la construcción y aplicación de la intervención penal, los principios legitimantes de la misma constituyen criterios rectores de la interpretación teleológico-valorativa de las normas positivas, desde la perspectiva teleológico-funcional de ROXIN (1997, pp. 228-231): con ello se excluye “descuidar la justicia en el caso concreto, reducir las posibilidades de solución del problema y que la deducción sistemática y la corrección axiológica vayan cada uno por su lado”. En consecuencia se asumen en lo fundamental para la elaboración de este trabajo las premisas metodológicas SILVA SÁNCHEZ (2012, pp. 72-162). Estos criterios axiológicos no pueden ser otros que los derivados del “programa penal de la Constitución” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *ET ALTER*, 2010, pp. 44-47).

Junto con el estudio de la gestación de las normas para comprender su significado, su alcance, el espíritu que las anima y el contexto sociopolítico en que se alumbraron, se impone la necesidad de valoración de su legitimidad y adecuación desde la perspectiva de sus consecuencias y su compatibilidad con los principios básicos del Estado de Derecho, a partir del sistema de valores, principios y derechos constitucionales y estándares europeos

Como consecuencia, se combina la perspectiva jurídica de *lege lata* explorando las posibilidades de interpretación para elegir las más acordes con los principios político-criminales que se extraen del programa constitucional y la orientación a las consecuencias que producen, con la perspectiva estrictamente político-criminal de propuestas de *lege ferenda*.

C. Estructura

El trabajo se divide en cuatro partes. En la primera se aborda el conocimiento y análisis de la evolución legal de las reglas relativas a la ejecución de las penas de prisión específicas en materia de terrorismo. Desde el Código penal de 1995 hasta la reciente Ley Orgánica 1/2015, de modificación del Código penal; evolución en la que destaca la Ley Orgánica 7/2003, de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que cristaliza las tendencias político-criminales que se venían gestando. En esta gestación resulta a mi juicio muy significativa la creación del subsistema penal, procesal y de ejecución en relación con los ‘menores terroristas’ en el año 2000, al inicio de la primera legislatura de mayoría absoluta de la derecha, preludio del subsistema antiterrorista de ejecución penal que se plasmaría con la LO 7/2003.

Esta evolución está marcada por una serie de hitos legislativos que dan lugar a una sucesión temporal de leyes, con carácter general en sentido desfavorable, de modo que en virtud de la irretroactividad de las leyes penales desfavorables, dan lugar a que en la actualidad convivan diversos regímenes de ejecución de las penas en materia de terrorismo. Sin perjuicio de la necesaria atención a la variada casuística que genera la multiplicidad de reformas sucesivas y sus solapamientos, en función también del tipo de delito de que se trate, propiamente delitos de terrorismo o delitos de integración en organización o grupo terrorista, se puede agrupar tres grandes regímenes de cumplimiento: el de los delitos cometidos antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995 —caracterizados porque el máximo de cumplimiento más alto será de 30 años y los penados siguen redimiendo condena por el trabajo—; el de los delitos cometidos a partir de su entrada en vigor, en el que el máximo de cumplimiento efectivo sigue siendo de 30 años pero se cumplirá íntegramente sin descuentos en el cumplimiento efectivo por la desaparición de los beneficios penitenciarios automáticos que suponen acortamiento de condena, pero aún no se ven afectados por los criterios temporales de restricción en los instrumentos letales de reinserción; y el de los delitos cometidos a partir del 2 de julio de 2003, que se inmersos de lleno en el subsistema excepcional antiterrorista, pero que en cuanto a los delitos terroristas más graves, los asesinatos terroristas, en realidad comprenden a una exigua minoría de los mismos. La LO 1/2015, desaparecida la actividad terrorista de ETA más grave desde 2010, tendrá una escasa incidencia

en relación con el conjunto de las personas presas por delitos de terrorismo o de organización o grupos terroristas vinculados al independentismo violento vasco.

En cuanto a la visión de *lege lata*, la perspectiva es la de conocer los límites legales a la política penitenciaria legalmente factible. Quizás en la próxima legislatura se puedan dar las condiciones para una política penitenciaria en relación con las personas presas por delitos de terrorismo y delitos de integración e organizaciones o grupos terroristas más acorde con lo que entiendo que serían los objetivos necesarios y adecuados al marco constitucional. Por esto a mi juicio es necesario explorar las vías posibles de una política penitenciaria con otros fines y otros medios dentro del marco legal vigente.

En el estudio de las reformas legales se presta atención a su génesis y a su tramitación parlamentaria con el fin de descubrir las motivaciones del legislador, las realidades a las que responden y las tendencias político-criminales que las animan.

Consecuentemente, la primera parte termina con una visión de conjunto de la evolución legislativa en la que descubrir, analizar y valorar el escenario político-criminal que dibujan, marcado por la tendencia a la excepcionalidad antiterrorista del régimen sustantivo y procesal de la ejecución de las penas, al prolongamiento del máximo de cumplimiento efectivo, al incremento de la afflictividad de la ejecución, mediante el prolongamiento de los plazos para acceder a los instrumentos de reinserción social y atemperación del encarcelamiento, así como por último a la especificación de exigencias añadidas al contenido del concepto de resocialización en penados terroristas.

En la segunda parte se abordan tres cuestiones procesales de diversa relevancia nucleares de la política antiterrorista. En primer lugar, la incomunicación, una regulación dirigida los delitos cometidos por medio de persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, con un régimen a su vez excepcional. En segundo lugar, resulta de interés estudiar y valorar la competencia centralizada de la Audiencia Nacional, sobre todo a partir de la atribución de la competencia jurisdiccional en materia de vigilancia penitenciaria a este órgano especial. Y en último lugar estimo que resulta necesario ocuparse de la novedad del papel procesal de la víctima en el procedimiento penitenciario, porque el fenómeno del terrorismo y la papel social

y político de las víctimas del terrorismo tiene mucho que ver con su reciente configuración y porque puede tener importante repercusión sobre la aplicación de la ley por los órganos judiciales en esta materia.

La tercera parte se dedica al estudio de la ejecución de las sentencias por parte del órgano sentenciador, esto es, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En concreto, lo relativo a la acumulación jurídica de las penas impuestas en sucesivas sentencias y la fijación del máximo de cumplimiento efectivo y lo relativo a las consecuencias de la suma total de las penas individuales en el régimen de cumplimiento. En esta materia hay por un lado reglas específicas dirigidas a la materia de terrorismo —aunque con expansión a otras materias—: el artículo 78 CP, en su versión de 1995 y de 2003, para los hechos realizados a partir de su respectiva entrada en vigor; y dos doctrinas jurisprudenciales controvertidas con importante repercusión en el cumplimiento de las penas de prisión —también vinculadas al terrorismo pero con alcance general—: la negativa a computar el tiempo de pena cumplido en prisión en Francia por delitos conexos en el máximo de cumplimiento y la doctrina Parot, que incidió durante un tiempo en las consecuencias de la suma total de las penas sobre el régimen de cumplimiento.

En esta materia, al igual que en relación con el periodo de seguridad, cobra protagonismo esencial el principio de legalidad, en concreto la prohibición de irretroactividad; lo cual atrae la atención sobre dos cuestiones trascendentales y aportan conclusiones novedosas al respecto: la eficacia de la prohibición de retroactividad desfavorable en el ámbito de la ejecución de las penas y en relación con las resoluciones judiciales.

Lo relativo a la eficacia de la suma total de las penas sobre el régimen de cumplimiento del máximo de cumplimiento efectivo focaliza la atención sobre la tensión entre los fundamentos retributivos y preventivo-generales de las penas, en fase de imposición pero también de su ejecución, y su fundamento preventivo-especial, así como sobre la eficacia del principio de humanidad sobre el modo de ejecución de la pena de prisión.

La cuarta parte se centra en el estudio de los elementos que forman lo que se ha denominado el subsistema penitenciario antiterrorista, que serían el régimen de separación denominado ‘dispersión’, la clasificación generalizada en primer grado, la inclusión en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento, las

especificidades del concepto de tratamiento respecto a la delincuencia terrorista, con especial atención a la experiencia de reinserción denominada vía Nancles, el régimen de los permisos ordinarios, esto es, los relacionados con el tratamiento, las exclusiones de los presos por terrorismo de los beneficios penitenciarios de adelantamiento de la libertad condicional, el régimen específico de la revocación de la libertad condicional, el papel procesal conferido a las víctimas en la ejecución y, con especial atención, los criterios adicionales de reinserción social para los delitos de terrorismo, por un lado porque por el momento se entienden aplicables a todas las personas presas, independientemente del momento de comisión de los hechos o de la sentencia condenatoria —suscitando un nuevo debate de perfiles diferenciados sobre el alcance de la prohibición de retroactividad—, con lo que afectan a la mayor parte de las personas presas, incluso a la mayoría que no se ve afectada por todo conjunto de disposiciones del subsistema penitenciario creado en 2003, y, por otro, porque estas exigencias adicionales para la reinserción introducidas en 2003 configuran una excepcionalidad de base ideológica y simbólica que afecta gravemente a valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, al concepto y contenido mismo de la resocialización y reinserción social y por ende al tratamiento.

En todos los casos se pretende aportar en la medida de lo posible un intento de interpretación de *lege lata* conforme con los principios constitucionales que informan la ejecución de las penas, así como consideraciones de *lege ferenda* para adecuar la legislación positiva a dichos principios constitucionales.

D. Fuentes

Como fuentes para la comprensión y análisis de la regulación legal finalmente en vigor se emplean los antecedentes legales y los documentos de la tramitación legislativa, incluyendo los informes preceptivos en relación con cada iniciativa legislativa y los debates parlamentarios.

Asimismo, se ha acudido a la producción doctrinal en relación con la acumulación y ejecución de las penas de prisión, en general y específicamente en terrorismo, tanto la bibliografía española contenida en obras generales como en monografías y artículos sobre el tratamiento jurídico del terrorismo y sobre las sucesivas reformas penales que han ido modificando el régimen de cumplimiento

de las penas, especialmente sobre la ley de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que es la que básicamente configuró el régimen excepcional en materia de terrorismo. Dada la amplia panoplia de cuestiones relativas a la ejecución penal y penitenciaria que se ven afectadas por las especificidades antiterroristas no ha sido posible dar cabida a toda la bibliografía general sobre ejecución de penas, régimen penitenciario, clasificación, libertad condicional, etc.

Una parte relevante de la bibliografía empleada es la producida en español, salvo alguna excepción, en relación con política antiterrorista y política criminal, derecho penal del enemigo, excepcionalidad, incidencia de los medios de comunicación, uso simbólico del Derecho penal...

Para la comprensión del contexto político e histórico del terrorismo de ETA en España se ha acudido también limitadamente a obras no jurídicas, sin despreciar en alguna ocasión el empleo de fuentes periodísticas.

Una parte importante de las fuentes es constituida por las resoluciones judiciales, del TEDH, del TC y del TS, pero también la denominada jurisprudencia menor, especialmente de la AN y de las AAPP y del JCVP y otros JJVP, de las que en muchas ocasiones no se pueden obtener extensos análisis legales o político-criminales ni líneas jurisprudenciales claras para la interpretación de los preceptos legales, pero constituyen la realidad del derecho vivo, del derecho que se aplica, de las que surge la realidad del cumplimiento de las penas de prisión y criterios de interpretación y aplicación de las normas. Por ello he considerado pertinente transcribir partes importantes de las mismas y también porque en muchas ocasiones no son fuentes de fácil acceso y porque he considerado oportuno ofrecer al lector la posibilidad de examinar directamente los párrafos que explicitan, o en ocasiones en realidad ocultan, la *ratio decidendi* de la resolución. También configura una fuente ampliamente utilizada la normativa reglamentaria de auto-organización de las instituciones penitenciarias a la que el TS ha reconocido naturaleza normativa y que tiene gran importancia práctica. En este caso, por las mismas razones, también se acude a la transcripción literal de algunas de sus partes.

El importante peso relativo de estas fuentes responde al propósito explícito de investigar a ras de suelo y trae causa de mi experiencia personal desde que en el año 2011 comencé a colaborar con la DGIP y el Gobierno Vasco en la

denominada vía Nanclares —en la experiencia de los Encuentros restaurativos y en el Taller de Convivencia—, comencé a conocer dicha experiencia de reinserción y a parte de las personas presas que la protagonizaban y sobre todo a la que he adquirido como letrado defensor, desde 2012 hasta la actualidad, de los intereses de hasta nueve personas presas por delitos de terrorismo de ETA que se encuadraron a partir de 2010 y 2011 en la denominada ‘vía Nanclares’. Desde que en 2012 constatamos que el nuevo Gobierno cerraba todos los cauces a la reinserción social de estas personas y según me lo fueron solicitando algunos de ellos, asumí la dirección letrada de sus intereses para tratar de hacer efectivos sus derechos en la vía judicial, con lo cual la ‘batalla jurídica’ por la defensa de sus derechos es en gran medida la motivación, el alma y la perspectiva de este trabajo de investigación.

I. EVOLUCIÓN LEGAL Y POLÍTICO-CRIMINAL

A. Introducción

Las diferentes ramas de ETA, *Euskadi Ta Askatasuna* (Euskadi y Libertad) han sido responsables directas del 89% de los asesinatos políticos, de motivación o contexto políticos, cometidos desde 1968 hasta 2010. Pero no fue la única banda terrorista activa en el País Vasco en esas fechas. Inspirados en el movimiento de la autonomía obrera, a finales de la década de 1970 surgieron los CAA, Comandos Autónomos Anticapitalistas, que actuaron hasta mediados de los años ochenta. Los asesinatos de ETA y organizaciones afines han supuesto un 92% del total de víctimas mortales del terrorismo relacionado con el caso vasco. Paralelamente, desde el final del franquismo se produjo también una proliferación de grupos vinculados a la extrema derecha, buena parte de ellos ligados de un modo u otro a los aparatos del Estado y a la “guerra sucia”, activa casi hasta el final de la década de 1980. Estos últimos son responsables de un 7% de las citadas víctimas⁷.

No se trata de abordar en este apartado, ni siquiera mínimamente, un estudio historiográfico de los últimos 47 años en Euskadi; suficiente bibliografía existe sobre la materia⁸, empezando por la ya citada obra del Instituto Valentín de Foronda y toda la en él citada.

Expresa MIRA BENAVENT (2013, pp. 49-50) que el futuro penal, procesal y penitenciario del colectivo de presos de ETA, o más bien de las personas que cumplen pena de prisión, está monopolizando el debate desde el 20 de octubre de 2011. CANO PAÑO (2012, p. 1) aprecia que los miembros y colaboradores de la organización terrorista que se encuentran actualmente en prisión han sido

⁷ LÓPEZ ROMO (2014, p. 7).

⁸ Un análisis histórico desde la dictadura franquista en GONZÁLEZ CUSSAC (2006, pp. 98-121).

situados en el centro del debate. Quizás no pueda afirmarse tanto como que estén monopolizando el debate, puesto que conviven en este territorio tópicos de discusión como el reconocimiento a las víctimas del terrorismo, sus derechos a la verdad, justicia y reparación⁹, el importante número de atentados terroristas cuya concreta autoría aún se desconoce, la deslegitimación política del terrorismo de ETA, los límites de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas, el reconocimiento a las víctimas de otras vulneraciones graves de derechos fundamentales, la disolución de ETA, la entrega de las armas, etc. Por otro lado, en esta legislatura incluso el debate sobre el futuro de las personas presas por delitos de terrorismo ha pasado a un segundo plano de la agenda pública.

En general, la impresión es que, terminada la amenaza terrorista de ETA, desaparecida la conmoción de la muerte, los deseos mayoritarios de pasar página, de olvidar esta negra etapa de nuestra historia se imponen sobre las necesidades de construcción de la convivencia. Las fracturas sociales generadas por el terrorismo son menos evidentes cuando se desvanece el riesgo y el miedo, pero a mi juicio haríamos mal en dar por cerrada esta etapa solamente porque ya no vemos la terrible punta del iceberg; los menos evidente sigue demandando política y acción.

En su declaración del 23 de septiembre de 2011, el así denominado EPPK (*Euskal Preso Politikoen Kolektiboa*, Colectivo de Presos Políticos Vascos) se adhería al Acuerdo de Gernika, de 25 de septiembre de 2010, que apostaba por el “uso de medios exclusivamente democráticos y pacíficos para resolver las cuestiones políticas” y “el alto el fuego permanente, unilateral y verificable” de ETA; solicitud que, suscrita individualmente por cada persona presa, la acercaría a las exigencias del art. 100.5º RP (progresión a segundo grado) y 72.6º LOGP (progresión a tercer grado).

La pista de aterrizaje de la Conferencia Internacional de Paz de Aiete de 17 de octubre de 2011, conforme al proceso diseñado por la izquierda abertzale,

⁹ Véase BILBAO ALBERDI (2014) o GINÉS SANTIDRIÁN (2008).

compuso el escenario para la declaración del “cese definitivo de la lucha armada” por parte de ETA el 20 de octubre de 2011.

El 28 de diciembre de 2013 el EPPK emitía un comunicado en el que, si bien con su retórica habitual, aceptaba la legalidad penitenciaria para acceder de forma “escalonada” e “individual” en un “tiempo prudencial” a la excarcelación¹⁰ y reconocía el “sufrimiento y daño multilateral generados” (esto es, reconocían haberlo causado, no su injusticia). El 5 de enero de 2014 un grupo de presos excarcelados tras la aplicación de la STEDH de 21 de octubre de 2013 convocaba un acto en Durango¹¹ en el que se leyó otro comunicado más o menos, algo más maximalista, en la misma línea. El 31 de enero de 2014 el EPPK emitió un segundo comunicado, ahora ya centrándose únicamente en la exigencia del fin de la dispersión, que ha venido a constituirse en la referencia principal y casi única de la izquierda abertzale en esta materia¹².

Pero sin duda, a partir del 20 de octubre de 2011 se ha ido consolidando una nueva etapa, hasta el punto de que el Ministro del Interior Jorge Fernández Díaz pudo afirmar que “ETA está prácticamente aniquilada, esa es la realidad. En lo que llevamos de legislatura hemos transformado esa ETA derrotada policialmente en una ETA que es un cadáver al que le falta expedir su certificado de defunción”¹³.

Estamos por tanto en un nuevo tiempo, la gestión del final de ETA y de la fase post-ETA; una nueva etapa que necesariamente ha de dar lugar a nuevas reflexiones, nuevas exigencias y nuevas consecuencias. No me refiero con ello a entrar en una suerte de etapa transicional que diera entrada a elementos de

¹⁰ Las peticiones individuales de destino a prisiones cercanas a Euskadi ha sido rechazada por el JCVP, remitiéndoles a la vía contencioso-administrativa. En el apartado relativo a la dispersión se analiza la resolución judicial.

¹¹ Véase MANZANARES SAMANIEGO (2014, p. 1), quien veía en el acto el riesgo de que se diera un giro de 180 grados en la política penitenciaria, “el riesgo de violentar de nuevo nuestro ordenamiento penal”.

¹² Véase <http://sare.eus/es/>

¹³ Declaración recogida del diario El Mundo de 8 de julio de 2015.

justicia transicional¹⁴, sino al contrario, a una etapa de normalización, de la vida política en general y de la política criminal y de la política penitenciaria en particular.

Centrándonos exclusivamente en las cuestiones relativas al Derecho penal, la situación agónica de ETA caracteriza un nuevo escenario en el que ya no hay riesgo de nuevos atentados por su parte, no hay en principio riesgo de que las personas presas de ETA reincidan; es decir, cabe afirmar que su peligrosidad se ha visto drásticamente reducida de forma objetiva y al margen de su comportamiento. Este es un dato, esencial en punto a las consideraciones preventivo-especiales en el marco de la ejecución de las penas, del que cabrá extraer consecuencias posteriormente. Junto a ello, los presos han aceptado, al menos así lo dicen en sus declaraciones colectivas, las vías legales para la reinserción. Ambas cuestiones pudieran abrir un nuevo escenario para la aplicación de la ley, aunque por el momento no se hayan dado apenas pasos hacia él.

Por otro lado, que la legislación penal (dicho en este momento en sentido genérico de modo que incluye la procesal y penitenciaria) es una legislación y praxis de emergencia y excepcional es una calificación, como luego se expondrá, que suscita prácticamente unanimidad. Así como que los fenómenos antiterroristas llevan ínsita una fuerte *vis expansiva* (por todos LAMARCA PÉREZ, 2013, p. 46). ¿Podemos llegar a concluir que esta legislación de excepción si sitúa en el terreno del Derecho penal del enemigo y que o bien es claramente contraria a derechos y libertades fundamentales o bien dudosamente compatible, tanto en su configuración legal como en su aplicación práctica?

¹⁴ Coincido con varios de los participantes en el Encuentro “Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo”, celebrada en el marco del Deusto Forum en junio de 2012, en que no estamos en un contexto transicional ni son necesarias políticas de justicia transicional —véase por ejemplo TAMARIT SUMALLA (2012a, pp.82-84 o GÓMEZ ISA (2012, pp. 173-177)—. Yo diría que es únicamente la “sociedad dentro de la sociedad” que ETA contribuyó a gestar (AULESTIA 2005, p. 185), ese círculo concéntrico de simpatía alrededor de ETA, quien debe realizar una transición a la democracia cuya existencia y legitimidad negó y contra la que luchó.

En consecuencia, por un lado, por respeto a los derechos y libertades fundamentales, por imperativo del Estado de Derecho y por estar vinculados a los sistemas internacionales de protección de derechos fundamentales, coincido también con LAMARCA PÉREZ (2013, p. 46), quien pide que “se renuncie a seguir aplicando una legislación excepcional como es la vigente en materia antiterrorista que tiende a suspender, cuando no a derogar o suprimir, derechos fundamentales”.

Pero por otro, ahora con más razón y con más posibilismo, adaptándonos a los nuevos tiempos que lo propician, resulta posible, deseable y necesario “adaptar a las exigencias del estado de derecho y de una política criminal racional la amplia panoplia de disposiciones de que el ordenamiento jurídico penal español se ha ido dotando a lo largo de décadas para combatir el fenómeno del terrorismo”¹⁵.

Sobre todo desde los principios del estado democrático de derecho, también desde la ventana de oportunidad abierta, pero también desde la perspectiva de su utilidad para consolidar la paz y posibilitar una convivencia justa.

Ciertamente el debate sobre el futuro de las personas presas por delitos de terrorismo de ETA ha pasado a un segundo plano, pero el problema sigue ahí y en algún momento habrá de abordarse (definirlo como problema no implica ninguna toma de posición). Un problema real doble: por un lado, la existencia de unas 500 personas presas condiciona la vida de miles de familiares, amigos y entorno de estas personas, esto es, una parte significativa de la sociedad vasca. La pervivencia de esta situación (pervivencia lógica y razonable puesto que en muchos casos son autores de delitos graves con condenas largas) condiciona a la sociedad vasca, también políticamente, constituye uno de los frentes abiertos que habrán de abordarse para un cierre razonable de este negro periodo histórico y, a mi juicio, el modo en que se enfrente es una pieza clave para la construcción de la memoria histórica. Por otro lado, pervive también una legislación penal y penitenciaria de excepción en relación con esta delincuencia, un auténtico subsistema penitenciario de excepción, inaceptable desde el punto

¹⁵ GEPC (2013, Presentación).

de vista de los derechos y libertades fundamentales y de nuestro grado de civilización jurídica, aún más inaceptable en un contexto de normalidad y ausencia de terrorismo —sin olvidar que hoy existen otras amenazas terroristas de características diferentes—.

El 20 de octubre de 2011 la banda terrorista ETA anunció el cese definitivo de la actividad armada. Al margen de lo que el comunicado dijera, lo cierto es que cuatro años después existe consenso general —salvo algunas voces radicales que se han ido apagando— en que la violencia terrorista, la violencia de origen o motivación política ha terminado.

Ello, como invita la profesora CUERDA ARNAU (2013, p. 111) y se propone en este trabajo, nos debe llevar a reflexionar sobre la conveniencia de establecer bases para retornar a la normalidad jurídica quebrada por la legislación excepcional y de emergencia, una vez desaparecida su justificación declarada. Obviamente, no se puede menos que acordar con ella, dentro del escrupuloso respeto al principio de legalidad. Dentro del respeto a la ley, al Estado de Derecho, es posible y legítimo emprender caminos distintos de los que actualmente se siguen; para empezar porque en el momento actual es más que dudoso que se estén respetando las leyes y los principios del Derecho penal. También LANDA GOROSTIZA (2012b, pp. 197-198) considera que los estándares de excepción son inadecuados al nuevo tiempo, proponiendo un programa mínimo para los procesos de reinserción ordinarios basado en la normalidad y un programa más ambicioso para las medidas premiales extraordinarias.

Pero haríamos mal en quedarnos en el nivel legislativo, sin profundizar y llegar al nivel más concreto posible de la aplicación de las leyes —en ocasiones de modo *sui generis*— por parte de los órganos judiciales¹⁶, en concreto la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, y por parte de la administración penitenciaria.

¹⁶ CANO PAÑO (2012, p. 3) señala a la aquiescencia de la judicatura en la construcción de un subsistema penal y penitenciario de excepción.

Quien suscribe tiene “la suerte y la desgracia” de llevar la defensa de nueve de las personas presas encuadradas en la denominada vía Nanclores, esto es, la mayor parte de las que aún siguen en prisión. Desde la perspectiva del ejercicio de la abogacía, esta labor ha supuesto nuevos retos, puesto que hasta el momento los presos de ETA, manteniéndose en una actitud “política” y en su “concepción de conflicto bélico”, no habían hecho con carácter general uso de los mecanismos procesales existentes para la defensa de sus derechos. Sin embargo, durante la segunda legislatura de Rodríguez Zapatero se diseñó una política penitenciaria que en el marco de la legislación vigente posibilitó procesos de reinserción social a personas presas que se habían apartado notoriamente de esa disciplina de la organización terrorista, por lo que por parte de la administración penitenciaria se comenzó a hacer un uso normalizado de la normativa legal existente mediante el destino de estas personas presas a centros penitenciarios cercanos a Euskadi, permisos, flexibilizaciones regimentales y en algún caso la progresión a tercer grado. Pero a partir del cambio de Gobierno producido en diciembre de 2011 el uso normalizado de la normativa legal fue frenado y hubo de hacerse a contracorriente de la administración penitenciaria, acudiendo a los órganos jurisdiccionales competentes mediante los recursos y las vías procesales existentes. Quien suscribe ha tenido ocasión de “sufrir en sus propias carnes” —en realidad más bien en la de sus defendidos— la arbitrariedad de la administración penitenciaria y de los órganos de la Audiencia Nacional, la politización de cuestiones meramente jurídicas sometidas a los tribunales, las presiones, públicas y privadas, en relación con asuntos *sub iudice*, etc.

Desde el año 2012 se produce una situación inédita, que el proceso de reinserción social de un número relevante de presos por delitos de terrorismo independentista se produce ‘contra el poder’. Hasta el momento los procesos de reinserción en este ámbito, con los miembros de ETA político militar que abandonaron la vía armada y violenta a comienzos de los años 80 y con los miembros de ETA militar que accedieron a medidas de reinserción durante la última etapa del Gobierno de Felipe González con el Ministro Juan Alberto Belloch y durante el Gobierno de José Luis Rodríguez con el Ministro Alfredo Pérez, se habían producido con la complicidad de la política, el ejecutivo y el poder judicial y, en cierta medida, los medios de comunicación y la opinión pública.

Sin embargo, tras la llegada del Partido Popular al Gobierno en diciembre de 2011, cualquier atisbo de promoción y/o apoyo a los procesos de reinserción social desaparece de la agenda pública. Los itinerarios de reinserción social que se habían iniciado en el Gobierno anterior, como parte de la denominada vía Nanclares, han de continuarse a partir de ese momento sin el impulso o apoyo de la administración penitenciaria y del Gobierno, con todo lo que ello implica¹⁷. Y, lo que ahora interesa destacar, contra una legislación sustantiva y procesal de la ejecución de penas creada durante años de sucesivas reformas que genera una alta dosis de inseguridad jurídica y riesgo de arbitrariedad y que permite obstaculizar y retrasar la reinserción social de los presos de ETA aunque abandonen ETA y la utilización del terrorismo. En definitiva, el terreno para los procesos de reinserción social es desde ese momento únicamente el de la tutela judicial de los derechos de las personas presas, lo que permite —como apenas había ocurrido hasta el momento, por la estrategia de los presos sometidos a la disciplina de la organización armada de no reconocer la legalidad penal y penitenciaria— testar, en los órganos judiciales, los límites interpretativos de la referida legislación y su compatibilidad con los derechos y libertades de la Constitución, de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Dada la omisión de la mayor parte de los presos de ETA en utilizar la vía judicial, apenas podemos encontrar resoluciones judiciales sobre cuestiones como permisos, clasificación o libertad condicional. Por otro lado, en la medida en que en el periodo de Mercedes Gallizo al frente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias los procesos de reinserción social se impulsaban desde el poder político, el menor nivel de exigencia

¹⁷ Recuérdense las repercusiones políticas y mediáticas de la excarcelación de Uribetxeberria Bolinaga en el verano del 2012, de la conmoción social provocada por las excarcelaciones a las que dio lugar la STEDH en el caso Inés Del Río c. España en el otoño de 2013 y de la última polémica generada por las excarcelaciones consecuencia de la STS 186/2014 —cómputo del tiempo de prisión cumplido en Francia en el máximo de cumplimiento efectivo—, cuyos efectos fueron abortados mediante la modificación en el Senado de la ley que habría de trasponer la DM 675/2008 y mediante su aplicación retroactiva por el TS en la STS 874/2014 —en la resolución de este recurso de casación se produjo el hecho inédito de que 13 magistrados de la Sala 2ª del TS solicitaran el amparo del Presidente del TS frente a las injerencias del Gobierno—. Fácilmente puede intuirse la dificultad de conducir en este contexto procesos de reinserción social contra el criterio de la administración penitenciaria.

interpretativa en las resoluciones judiciales no hizo necesario profundizar en la interpretación de la normativa aplicable y su compatibilidad con los principios y derechos constitucionales por la ausencia de contradicción procesal. Por todo ello, la última fase, y con base en la experiencia forense personal, puede aportar algo de luz a la interpretación de la legislación vigente y a su valoración político criminal.

B. Advertencia previa: Convivencia de regímenes transitorios

La legislación vigente en materia de penas, medidas de seguridad, ejecución de penas y ejecución penitenciaria viene marcada por el marco legal finalmente resultante de la LO 1/2015, de 30 de marzo¹⁸, la LO 2/2015, de 30 de marzo¹⁹, ambas en vigor desde el 1 de julio de 2015, y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (LEVD)²⁰.

No obstante, la irretroactividad de la ley penal desfavorable y en general los criterios de aplicación en el tiempo de las leyes penales, procesales y penitenciarias dan lugar a que en relación con las personas actualmente privadas de libertad por delitos de terrorismo de ETA, o las que lo puedan ser en el futuro, la normativa aplicable al cumplimiento de sus penas, dependiendo en primer lugar del momento de comisión de los hechos delictivos, configura una situación en la que se pueden distinguir tres grandes grupos de regímenes normativos de cumplimiento relativo:

a) a quienes realizaron los hechos delictivos antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995, cuya característica principal es que mantienen el derecho a la redención de condena

b) a quienes realizaron sus hechos entre el 24 de mayo de 1996 y el 1 de julio de 2003, que cumplen íntegramente sus penas —esto es, sin redenciones—. Aunque cupo aplicarles potestativamente el régimen de cumplimiento efectivo del art. 78 CP 1995, en su redacción original, cabe la vuelta al régimen general de cumplimiento

¹⁸ Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 77, de 31 de marzo de 2015).

¹⁹ Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE 77, de 31 de marzo de 2015).

²⁰ BOE 101, de 28 de abril de 2015; entrada en vigor 28 de octubre de 2015.

c) y a quienes cometieron sus delitos a partir del 2 de julio de 2003, lo que implica que el límite de cumplimiento efectivo de la suma de sus condenas puede alcanzar los 40 años y resultan afectados por las duras normas sobre plazos de cumplimiento en régimen ordinario o cerrado que entraron en vigor ese día.

No consideramos a este respecto novedades legislativas como la prisión permanente introducida por la LO 1/2015 porque, salvo imprevisible involución, no va a afectar a esta clase de terrorismo.

En esos dos hitos, el Código penal de 1995 y la LO 7/2003, no se agotan las cuestiones de derecho transitorio y determinación de la ley aplicable por cuestiones temporales, pero se irán analizando en los sucesivos apartados de este trabajo²¹.

En primer lugar, porque también existen otras modificaciones legislativas relevantes, no solo en el ámbito penal sino en el procesal y en el penitenciario, cuyas reglas de aplicación temporal difieren.

En segundo lugar, porque no solo se han aplicado retroactivamente leyes (art. 36.2 CP) sino interpretaciones jurisprudenciales²² (STS 197/2006, de 28 de febrero o STS 874/2015). Además, hay supuestos que continúan en el terreno de la duda, al menos doctrinalmente y a la espera de un eventual pronunciamiento

²¹ En MIRA BENAVENT (2013, pp. 49-100) puede encontrarse una descripción de los rasgos más característicos que perfilan la evolución histórica en el Estado español de la legislación antiterrorista, a la que él prefiere referirse como de emergencia o de excepción, centrándose principalmente no en la legislación antiterrorista en materia de personas autoras de un delito de terrorismo sino en las condenadas exclusivamente por delitos de pertenencia, delito con el que a su juicio se criminaliza a un sector social e ideológico.

²² Con carácter general sobre la retroactividad de las interpretaciones jurisprudenciales véase VIDALES RODRÍGUEZ (2001) o FRÍGOLS I BRINES (2004, p. 369-395).

Y tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, RODRÍGUEZ HORCAJO (2013), quien destaca que ya no puede seguirse sosteniendo la exención de la jurisprudencia del ámbito de la prohibición de irretroactividad y que se impone una visión material del concepto de pena que no excluya de la garantía de legalidad el ámbito de la ejecución de las penas.

del Tribunal Constitucional, sobre su aplicación temporal (arts. 72.6º LOGP y 90 CP 2003).

En conclusión, a lo largo del trabajo y en el marco de la aplicación individual de procesos de reinserción social²³, ha de atenderse con precaución al elemento temporal²⁴, puesto que, como se ve a lo largo de los siguientes apartados, las sucesivas, acumuladas y superpuestas reformas sustantivas, procesales y penitenciarias, junto con la evolución del alcance del derecho a la irretroactividad penal en materia de ejecución de penas, da lugar a una amplia gama de particularidades en función del tipo de delito y del momento de los hechos y de la condena. Con todo, la gran frontera que divide las posibilidades de reinserción social²⁵ de las personas presas es la LO 7/2003, por lo que el régimen jurídico del cumplimiento de las penas y de la ejecución penitenciaria difiere sustancialmente para los hechos anteriores a su entrada en vigor con respecto a los posteriores. Si bien doctrinalmente se ha puesto especial énfasis en la crítica al subsistema penitenciario creado a partir de 2003, hay que recordar que tras su entrada en vigor se han producido solamente 9 de los casi 900 asesinatos cometidos por ETA, 3 de ellos en Francia, por lo que las restrictivas normas de dicha Ley únicamente se aplicarían a los condenados por 6 de todos asesinatos, que es el delito que da lugar, junto con otros, a la aplicación de la mayor parte de las especialidades para las largas condenas.

²³ Con la expresión procesos de reinserción social me refiero a la aplicación de los instrumentos de reinserción social existentes en la legislación vigente: progresión a segundo grado, permisos ordinarios, flexibilización del régimen, progresión a tercer grado y libertad condicional. En relación con cada toma de decisión en cada caso concreto habrá de estudiarse con precaución y detenimiento la normativa temporalmente aplicable.

²⁴ En el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO (2014a, p. 6) quien recomienda “tener especial cuidado con las normas aplicables en cada caso por razones temporales, cuestión esta para la que la disposición transitoria única de la LO 7/2003 ofrece soluciones tan discutibles como parciales”.

²⁵ En el sentido de aplicación de los institutos antes referidos que encarnan el proceso de reinserción social de una persona presa y que deberían acompañar al proceso de resocialización como evolución personal del penado hacia la capacidad de vivir en libertad respetando la ley penal.

Esta multiplicidad de regímenes jurídicos penales, procesales y penitenciarios es el resultado de la evolución que se estudia en los apartados siguientes.

C. Desde la Constitución hasta el Código Penal de 1995

Desde 1978 se produce en el ámbito de la legislación en materia de delitos de terrorismo una auténtica "motorización legislativa"²⁶, en el sentido del término acuñado por Carl Schmitt; tendencia que se acelera inusitadamente en 2003, con los riesgos que ello comporta²⁷.

Hasta poco antes, la legislación antiterrorista española había oscilado entre la especialidad y la inclusión en la legislación ordinaria²⁸.

Una vez abandonada la regulación en el seno de la jurisdicción militar —Ley 42/1971, de 15 de noviembre, que modificaba la "Ley de Orden Público" de 1959 y sometía el enjuiciamiento de los delitos considerados como terroristas al Código y a la jurisdicción militar si las acciones habían sido cometidas por *"grupos u organizaciones con carácter de mayor permanencia"*—, el Código Penal de 1973 condenaba a reclusión menor : *"al que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizase cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquellas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido; y a los promotores y organizadores, y quienes*

²⁶ LAMARCA PÉREZ (1985, p. 58 y ss.) lo atribuye con carácter general a la legislación antiterrorista.

²⁷ "La doctrina jurídica ya ha venido advirtiéndolo reiteradamente en los últimos tiempos de cómo las legislaturas más cercanas cronológicamente a nosotros han ido engrosando de forma exponencial el imperio de la llamada motorización legislativa, esto es, una compulsión creadora de normas jurídicas que pasan a erigir un desaforado cúmulo, desarmónico, inaprensible, antinómico, fugaz, desordenado, elefantiásico" (SÁNCHEZ ÁLVAREZ 2013, p. 298).

En el mismo sentido MOLINA MANSILLA (2015, p. 221) destacando el riesgo de quiebra de la seguridad jurídica.

²⁸ Extensamente sobre la legislación sustantiva y procesal antiterrorista en España en LAMARCA PÉREZ (1985, 1989, 2001, 2007a, 2007b, 2008 y 2010); TERRADILLOS BASOCO (1988); CASTAÑÓN ÁLVAREZ (2012); ARROYO ZAPATERO (1985); DÍAZ GONZÁLEZ (2004); o GARCÍA SAN PEDRO (1993).

hubieren dirigido su ejecución." Después, el 26 de agosto de 1975 el Gobierno aprobó una durísima "ley antiterrorista" mediante el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto.

Tras la muerte del dictador el nuevo Gobierno de Suárez llevó un cambio en la regulación antiterrorista. El Gobierno promulgó un nuevo Decreto-Ley, el 2/1976, de 18 de febrero, que derogó la mayor parte de los artículos del anterior Decreto-Ley 10/1975, dejando en vigor durante el plazo de un año, entre otros, los 13 y 14, los relativos a facultades excepcionales de la Policía en materia de detención y registro, al tiempo que atribuyó el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo a la Jurisdicción ordinaria, con arreglo a sus propias normas de procedimiento, con la salvedad de aquellos hechos que fueran realizados por grupo armado con organización de tipo militar o paramilitar, o que tendiera a atacar el orden institucional y produjeran situación de alarma o grave alteración del orden público²⁹.

Se recurre en aquellos momentos a la legislación especial de emergencia, entre la que destaca el Real Decreto-Ley 21/78, de 30 de junio con el que se establecen una serie de medidas especiales, policiales y procesales, aplicables a los delitos cometidos por bandas o grupos armados y organizados.

Poco a poco, durante esta etapa, se irá viendo cómo el legislador va a acabar definitivamente con la denominación delitos de terrorismo, considerados como ya se ha mencionado, delitos políticos, para configurar todos estos actos como delitos comunes, y en este sentido conviene destacar la Ley 56/1978, que irá avanzando en el llamado proceso de destipificación de los delitos de terrorismo, culminando este proceso con la Ley 82/1978 de 28 de diciembre, que derogará determinados preceptos del CP relativos a los delitos de terrorismo, pasando a regular el contenido de los mismos como conductas cometidas por personas integradas en bandas o grupos armados a las que se señalaba una pena mayor (CASTAÑÓN ÁLVAREZ, 2012, p. 25).

²⁹ Respecto a la regulación preconstitucional véase DÍAZ GONZÁLEZ (2004).

Aprobada la Constitución española en diciembre de 1978, la Diputación Permanente del Congreso convalidó, el 6 de febrero de 1979, el "Decreto-Ley sobre seguridad ciudadana" de junio del año anterior (conocido como "ley antiterrorista"). El 20 de diciembre de 1979, el Pleno del Congreso convalidó, por un solo voto de diferencia, el anterior Decreto-ley que prorrogaba la Ley Antiterrorista.

Ante el intento de golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, se promulgó con carácter urgente la Ley Orgánica 2/1981 de 4 de diciembre, en defensa de la CE y en materia de terrorismo.

En el periodo posterior, aparecerán dos leyes. La primera de ellas, la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre, denominada contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución Española, que unifica en un solo texto legislativo todas las medidas penales y procesales vigentes en esta materia. Además, adapta las diferentes normas a los principios y garantías constitucionales y castiga nuevas conductas en materia de terrorismo.

Unos años después, el Pleno del Tribunal Constitucional, Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, declaró inconstitucionales cuatro preceptos de la entonces vigente ley antiterrorista, que respectivamente tipificaban la apología del terrorismo, preveían la prolongación de la detención gubernativa durante siete días, establecían la posibilidad de incomunicación del detenido sin previa decisión judicial y regulaban la clausura de medios de difusión en determinados casos³⁰.

Con las Leyes Orgánicas 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal, y 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³¹, el tratamiento penal y procesal del terrorismo quedó definitivamente incorporado a la legislación común, lo cual no cierra el debate sobre su carácter

³⁰ Véase MUÑOZ ARNAU (2014, p. 311-312). Los reparos constitucionales a la figura de la apología y enaltecimiento o al cierre de medios de comunicación fueron cediendo en la siguiente década.

³¹ Ambas en BOE nº 126 de 26 de mayo de 1988.

especial o excepcional. El legislador pretende con estas dos leyes recobrar la naturaleza común de los delitos en materia de terrorismo, incluyendo para ello su regulación en dos textos comunes: el CP y la LECrim; sin embargo, no dejaban de ser medidas especiales los preceptos ahora incorporados a los textos comunes. (TERRADILLOS BASOCO 1988, pp. 10 y ss.).

En definitiva, la época se caracteriza por una relevante volatilidad legislativa, que oscila entre la legislación especial y la inclusión en la legislación ordinaria, si bien con evidentes especialidades. A partir de 1988 permanecerá la opción por su inclusión en la legislación ordinaria. Con ello se da a los delitos de terrorismo un tratamiento aparentemente normalizado, de delincuencia común, con un propósito comunicativo de negar al terrorismo de ETA cualquier atisbo de dimensión política y con ello de legitimación. Sin embargo, como se irá poniendo de manifiesto a lo largo del trabajo, se introducen en la legislación ordinaria unas normas específicas materialmente excepcionales, en el sentido de que responden a parámetros diferentes y en relación con un fenómeno excepcional, favoreciendo la contaminación de la legislación ordinaria aplicable al conjunto de la ciudadanía.

Por otro lado, esta excepcionalidad es predicable únicamente en materias de derecho penal sustantivo y procesal. Hasta el momento, la legislación española desconoce prácticamente de especialidades en materia de ejecución de penas para los delincuentes terroristas, salvo la especialidad fáctica de la política de dispersión inaugurada en 1989 y una estricta dureza en la interpretación de la normativa penitenciaria.

D. Código Penal de 1995: el cumplimiento íntegro

El Código Penal de 1995, que entró en vigor a los seis meses de su publicación, supuso el primer y único³² código penal del periodo democrático; un Código penal aprobado ya al final de la V Legislatura, la última de las cuatro legislaturas socialistas, que habían ocupado casi todo el periodo democrático. Si bien es notorio que el anterior, el de 1973, fue objeto de profundas modificaciones para su adaptación a la Constitución de 1978, y el vigente ha sufrido tal número de modificaciones, según mis cálculos veintinueve³³, muchas de ellas de enorme extensión y calado, que realmente, por el número y la alteración de sus bases de política legislativa, ya no podemos afirmar que estemos ante el mismo código penal³⁴.

En materia de ejecución de penas, el Código penal en 1995 no contenía apenas ninguna especialidad para los condenados por delitos de terrorismo. Lo cual no quiere decir que esa realidad, la existencia de un gravísimo problema de terrorismo en España, que duraba ya casi tres décadas desde el primer asesinato terrorista probadamente por parte de ETA —el del Guardia Civil José Pardines Arcay a manos del miembro de ETA Txabi Etxebarrieta el 7 de junio de 1968— y que tras los convulsos años 70 y 80, con múltiples violencias terroristas o antiterroristas de un signo y de otro, había dejado a ETA militar como el único grupo terrorista activo desde el final de la década de los 80. Esta realidad sí se reflejó en los debates parlamentarios durante la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica adoptado en el Consejo de Ministros de 22-VII-1994 y presentado en el

³² Lo que se destaca porque a pesar de que sigamos bajo la vigencia nominal del mismo código penal, la extensión y cualidad de sus numerosas reformas nos llevarán a plantear que con un mismo código penal y una misma constitución podemos estar ante modelos penales sustancialmente diferentes.

³³ Leyes Orgánicas 2 y 7/1998; 11 y 14/1999; 2, 3, 4, 5, 7 y 8/2000; 3 y 9/2002; 1, 7, 11, 15 y 20/2003; 1/2004; 2 y 4/2005; 7/2006; 13 y 15/2007; 2 y 5/2010; 3/2011; 1 y 2/2015 y Ley 4/2015.

³⁴ En el mismo sentido GONZÁLEZ CUSSAC (2015, Prefacio, p. 17), quien estima que son más de 30 reformas y que “más que un Código penal ahora disponemos de una suerte de ‘Compilación de leyes penales’” (p. 18).

Congreso de los Diputados el 13-IX-1994 (BOCG Serie A Núm. 77-1 de 26 de septiembre de 1994).

La única especialidad destacable —al margen de las de Derecho penal sustantivo— se establecía en el artículo 580, que genera un antecedente, aunque solamente para la apreciación de la reincidencia, de lo que para el ámbito europeo ha supuesto más recientemente la Decisión Marco 675/2008 y su trasposición por la LO 7/2014, que se abordará extensamente más adelante. Para entonces ya existía el Convenio Europeo nº 70, de 28 de mayo de 1970, sobre el valor internacional de las sentencias penales (BOE 78, de 30 de marzo de 1996)³⁵.

Artículo 580 CP 1995: “En todos los delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.”

1. Regulación de la ejecución de las penas de larga duración

En consecuencia, nos vamos a fijar por tanto ahora únicamente en la regulación legal que aquella primera versión del Código Penal dio a las penas de larga duración, porque eran las que se aplicaban a la inmensa mayoría de los condenados por terrorismo y porque son las que aún se siguen cumpliendo a día de hoy.

³⁵ Artículo 56: “*Todo Estado Contratante adoptará las medidas legislativas que estime oportunas con el fin de permitir a sus tribunales, al dictar una sentencia, tener en cuenta cualquier sentencia penal europea dictada anteriormente con audiencia del acusado por razón de otra infracción con el fin de dotar a esta sentencia de todos o parte de los efectos que su ley prevea para las sentencias dictadas en su territorio. Determinará las condiciones en que se tendrá en cuenta dicha sentencia.*”

El artículo 36 CP 1995 estableció que “La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código”.

La reducción del límite superior de las penas de prisión a 20 años fue la intención primera del legislador, lo cual resultaba coherente y proporcionado para mantener la carga punitiva con la eliminación de la redención de penas por el trabajo³⁶ —que en casi todos los casos, salvo baja en redención, suponía la reducción de la pena (o condena) real a cumplir en un tercio respecto al nominal impuesto en sentencia—, con la duración máxima anterior de la Reclusión mayor, de 30 años, si bien ya el artículo 572.1 CP 1995 establecía que

“Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán: 1.º En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona”.

Cuando se impusieran varias penas de prisión, el artículo 76 establecía un límite máximo de cumplimiento de 30 años, aplicable incluso a penas impuestas en procedimientos distintos, si por su conexión hubieran podido enjuiciarse en uno solo.

Artículo 76.º CP: “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 veinte años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

³⁶ Sin embargo, no se llevó a cabo una reducción generalizada de las penas nominales asignadas a los delitos en la parte especial, por lo que en la práctica se produjo por esa vía un incremento generalizado de las penas reales y, al cabo de pocos años, un incremento de la población penitenciaria del 33%, desde 41.903 personas en 1996 a 56.096 en 2003.

Véanse los excelentes trabajos de CID MOLINÉ (2002 y 2008).

a) De veinticinco 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 veinte años

b) De treinta 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 superior a veinte años.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo.”

2. La tendencia al cumplimiento en régimen ordinario

La previsión legal más novedosa en este ámbito respecto al código anterior es el artículo 78, relativo al cumplimiento efectivo de las penas y que inicia la senda de la tendencia político criminal del cumplimiento íntegro y efectivo de las penas³⁷.

Artículo 78 CP 1995: “Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente. En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

En aquel momento, a diferencia de lo que ocurrirá en 2003, aún no existía previsión específica en relación con los delitos de terrorismo, ni la aplicación de este mecanismo de cumplimiento efectivo era preceptiva para ningún grupo de

³⁷ GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 21).

delitos y además siempre era posible la vuelta al régimen general. Por ello, algunos condenados por delitos cometidos durante su vigencia estarán sometidos a este sistema, de modo reversible, mientras que otros no, si no se había establecido en sentencia o auto de acumulación jurídica y limitación de condenas la aplicación del art. 78 [en el entendimiento de que no cabe adoptarse fuera de esas resoluciones].

Después de las desavenencias del PP con los procesos de reinserción de ex miembros de ETA³⁸ durante los primeros años de la década de los 90³⁹, es en el debate parlamentario sobre este art. 78 CP donde se manifiesta la tendencia hacia lo que se denominó cumplimiento íntegro o cumplimiento efectivo de las penas y el conflicto político-criminal subyacente⁴⁰ y que el legislador de 2003 acogería años después con la expresión acumulativa “cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”. En la tercera parte del trabajo se aborda con detenimiento esta cuestión terminológica y lo que subyace a ella. Baste ahora decir que se refiere al cumplimiento en régimen cerrado ordinario o cerrado sin permisos ordinarios.

Este artículo 78 CP 1995 tiene su origen en el artículo 79 del Proyecto de Código Penal de 1994 (BOCG de 26 de septiembre de 1994), cuya redacción decía:

Artículo 79: “Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en los dos artículos anteriores la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la alarma y perturbación social que los hechos hayan producido, si alguno de los delitos que concurren fuera de homicidio, lesiones de las tipificadas en los artículos 149 y 150, agresiones sexuales, detención ilegal, torturas, delitos contra la salud

³⁸ Véase un resumen en BUESA BLANCO (2010, pp. 4-5).

³⁹ Se cita [diario El País de 26 de julio de 1995] a Juan Manuel Soares Gamboa, Imanol Murúa Alberdi, Francisco López de Sosoaga, Francisco Javier Sáez Lasala, José Miguel Latasa Guetaria y Pedro María Fernández Arguilea. Algunos de estos casos, como luego se comentará, están en el origen de la atribución de competencia a la Audiencia Nacional en materia de ejecución de penas de terroristas.

⁴⁰ GARCÍA ALBERO –TAMARIT SUMALLA (2004), p. 21.

pública, rebelión, sedición y terrorismo, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente. En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando en su caso las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento.” [subrayado añadido]

A este texto se presentaron la Enmienda nº 177, de Rahola i Martínez; la Enmienda nº 276, del G. P. Popular; Enmienda nº 674, del G. P. IU-IC; y la Enmienda nº 1.107, del G. P. Catalán (CiU), al párrafo 1º.

El Grupo Mixto (ERC; Rahola i Martínez) propuso su supresión porque

“Una aplicación equilibrada y correcta de los beneficios penitenciarios a quienes sean merecedores de los mismos no debería afectar a los fines de la pena hasta el punto de forzar la inaplicación de dichos beneficios.”

El Grupo Parlamentario IU-IC también proponía su supresión, con la siguiente justificación:

El artículo pretende acercarse a lo que se ha llamado «cumplimiento íntegro de las penas» aplicando las reglas sobre beneficios penitenciarios al total de las penas impuestas en determinados casos. Aunque mejora redacciones anteriores al mitigar el automatismo, sigue siendo criticable por lo siguiente: a) la pena a cumplir debe ser proporcional al hecho cometido sin que pueda admitirse que en tal consideración incidan elementos como la «alarma y perturbación social» que son posteriores al mismo, no aumentan su gravedad y no dependen del responsable del delito sino de otros factores como puede ser el tratamiento por los medios de comunicación, etc.; b) en la aplicación de los beneficios penitenciarios ya se tienen en cuenta las características y evolución de cada condenado, sin que la alarma social sea suficiente para establecer un previo tratamiento desigual en la ley, que además tiende a hacer ineficaz la orientación constitucional a la reinserción social; c) resulta contrario al carácter voluntario de la sumisión a tratamiento penitenciario, que las incidencias del cumplimiento y su propia duración dependan de la aplicación del mismo y d) con el redactado del proyecto, tras

la sentencia, el condenado desconoce cuál será el régimen de cumplimiento que le corresponde y por tanto, cuál es la pena a cumplir, quedando excesivamente confiado este dato a las circunstancias posteriores. Tales circunstancias ya inciden en la aplicación del régimen general de cumplimiento, pero en este caso, además, determinan si será éste el régimen a aplicar o, por el contrario, el excepcional.”

Sin embargo, la Enmienda nº 1.107, del G. P. Catalán (CiU), al párrafo 1º, proponía generalizar la previsión a cualquier tipo de delito para:

“Facilitar un cumplimiento más efectivo de la pena que inicialmente fija el Tribunal cuando dicta Sentencia, evitando que, por la aplicación y combinación de determinados beneficios penitenciarios, la pena pueda quedar reducida, de forma incomprensible para la sociedad.”

Por su parte, el Grupo Popular presentó una enmienda, nº 276, con la siguiente redacción:

“El Juez o Tribunal podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, en los delitos de homicidio, lesiones de las tipificadas en los artículos 418 a 420, violación y agresiones sexuales, torturas, delitos contra la salud pública, detención ilegal, rebelión, sedición y los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las correspondientes sentencias.”

Y con la siguiente justificación:

“La reforma que se propone persigue una reacción firme contra las conductas descritas y garantizar, fundamentalmente, el cumplimiento efectivo de las penas, en orden a lograr un acercamiento entre las penas realmente impuestas a los condenados en las respectivas sentencias y las realmente cumplidas.” [subrayado añadido]

En definitiva, se trata de “corregir” los efectos de los límites de la acumulación jurídica de las penas en aquél momento aún sin alterar el límite máximo —lo que no ocurrirá hasta 2003 y se consolidará en 2015 con la prisión permanente—,

introduciendo previsiones para que el cumplimiento de la pena de prisión sin libertad condicional se produzca durante el tiempo que lo acerque lo más posible al del máximo de cumplimiento efectivo de 30 años —lo que implica un tiempo mínimo, relativo a la suma de las condenas, que incluso podría llegar a coincidir con el máximo de cumplimiento—, lo que en realidad se producía con la eliminación de la redención de penas por el trabajo.

La previsión se desmarca en gran medida, aunque aún no del todo, de uno de los objetivos que se decía animaba el CP 1995: alcanzar el objetivo de la resocialización [Exposición de Motivos]:

“una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad.”

Sin embargo, ya la ruptura del fundamental Pacto de Ajuria Enea de 12 de enero de 1998, certificada en otoño de 1992, se inició con el debilitamiento al que lo sometió la oposición del Partido Popular a las políticas de reinserción⁴¹. Ante las medidas de reinserción que se estaban impulsando por el Ministerio de Justicia, dirigido por Juan Alberto Belloch, al que se atribuye la “paternidad” del Código penal de 1995, el Partido Popular, dirigido ya por José María Aznar —al que posteriormente ETA intentaría asesinar en abril de 1995—, emprendió el camino de utilización de la política antiterrorista en la lucha partidaria⁴²

⁴¹ Artículo de prensa en el Correo español de Ramón Jauregui, titulado “Un aniversario desgraciado”, de 22 de junio de 2008.

⁴² Artículo de prensa de Aitor Guenaga en El País de 23 de julio de 1994: «El Partido Popular (PP) recibió ayer las críticas de todos los demás partidos firmantes del Pacto de Ajuria Enea contra la violencia, que censuraron al PP por utilizar electoralmente y de forma partidista su oposición a la política de reinserción de etarras impulsada por el Ministerio de Interior y Justicia, que encabeza Juan Alberto Belloch. Fuentes de la Presidencia del Gobierno vasco indicaron que la estrategia de acoso y de tensar la cuerda por parte del PP en esta materia no va tener éxito

señalando la senda político criminal futura, caracterizada por un abandono progresivo de la preeminencia del mandato de reinserción social; senda político criminal que cristalizará en las reformas penales del segundo mandato de José María Aznar como Presidente, ya con mayoría absoluta, una vez que no necesitó el apoyo del PNV a su primera investidura.

La primacía de la prevención especial positiva en la fase de ejecución⁴³, de la finalidad de reeducación y reinserción social constitucionalmente exigida a las penas, con su consiguiente expresión en el sistema de individualización científica de la ejecución penitenciaria, ha comenzado en aquel momento a ponerse en peligro ya a nivel legal. Y específicamente para los delitos más graves y, aunque aún son previsiones genéricas, no dirigidas a un solo grupo de delitos y autores, en el fondo subyace de modo destacado la respuesta al fenómeno del terrorismo; una respuesta cada vez más sensible socialmente en la opinión pública y en la atención de los medios de comunicación de masas, en la que “la emergencia de las víctimas”⁴⁴ fue aumentando su incidencia.

Se observan estas preocupaciones en los debates parlamentarios. Así, el diputado Trillo-Figueroa (Comisión de Justicia e Interior, Diario de Sesiones, 10 de mayo de 1995, núm. 489, p. 14879):

porque "Belloch es mucho más decidido que los ministros anteriores y no va a dar marcha atrás. Está aplicando una política que debería haber comenzado en 1989". El secretario general del PP, Francisco Álvarez Cascos, indicó el jueves que el proceso de excarcelación promovido por Belloch era una "amnistía camuflada". El presidente del PP, José María Aznar, calificó la política del *superministro* de equivocada y no razonable. Euskal Ezkerra (EUE) por boca de su secretario general, Xabier Gurrutxaga, fue más lejos, al señalar que el PP está fuera de la propia Constitución. "Creo que el PP se coloca al margen de las previsiones constitucionales, y concretamente, sobre el artículo 25, el derecho de todo ciudadano privado de libertad a poder acogerse a un proceso de reinserción, sea terrorista o no. Por lo tanto, es un derecho general y extensible a cualquier ciudadano en prisión". El secretario general de Unidad Alavesa, Pablo Mosquera, señaló: "Hablan de la cuestión los jefes del PP y le dejan a Jaime Mayor Oreja [presidente del PP vasco] fuera de juego. No es lo mismo lo que dice el señor Álvarez Cascos que lo que yo oigo a Mayor Oreja en la Mesa de Ajuria Enea".»

⁴³ GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004), p. 34.

⁴⁴ Véase sobre esta emergencia, centralidad y visibilidad de las víctimas de ETA durante la década de los 90, por ejemplo, la obra de MATE RUPÉREZ (2008, pp. 17-28).

“lo relativo a la contemplación de la penología que el proyecto incorpora es —quiero decirlo sintéticamente— el punto de mayor preocupación del Grupo Parlamentario Popular. Nosotros no nos quedaríamos tranquilos si no expresáramos ante esta comisión que tenemos una concepción integral de la pena, que no aceptamos que la reinserción social sea ni el fin exclusivo de la pena ni su fin primero; es, sin duda ninguna, su «ratio» última, al que todos aspiramos con sentido natural de la justicia, pero no es, repito, la exclusiva finalidad de la pena. Y, en consecuencia, queremos subrayar que para nosotros la pena, cualquiera de ellas, tiene todavía, y debe tenerlo por un valor de justicia, un carácter retributivo y una finalidad de prevención general y especial que ha de garantizarse adecuadamente. Es por ello por lo que nuestras críticas mayores al proyecto surgen, en primer lugar, por la pluralidad del sistema de penas acogido. Piénsese -tengo que resumir para no saturar la paciencia de la Presidencia- que el código alemán sólo contempla como pena principal la de prisión y de multa; que así también lo hace el código portugués más reciente; que el código sueco de 1965 recogía igualmente, y recoge, sólo la multa y la prisión, y que, sin embargo, en el Código español tenemos una pluralidad de penas, que, además de tener naturaleza distinta, tiene en sí mismo como catálogo un amplio número que no sabemos si es el método más adecuado para conseguir lo que, en definitiva, es el objetivo que confiesa compartir ahora el proyecto: el efectivo cumplimiento de las penas que no siempre es el cumplimiento íntegro, con el que a veces se confunde, de las penas privativas de libertad” “y, eso sí, que sea efectivo, para que tanto la sociedad como el delincuente, como, a lo mejor, el contexto sociológico en el que ese delito se mueve, sepan a qué atenerse⁴⁵ con ejemplaridad”. [subrayado añadido⁴⁶]

⁴⁵ Comisión de Justicia e Interior, Diario de Sesiones, 10 de mayo de 1995, núm. 489, p. 14897. Se puede observar en esta frase el incipiente anuncio de la justificación que pretende legitimar cualquier reforma, el principio de seguridad jurídica, en el entendimiento que le da el Partido Popular, contundentemente criticado por la doctrina (véase por ejemplo GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004), p. 34).

⁴⁶ En general, salvo que se indique lo contrario, los subrayados son añadidos.

Al que contesta el diputado López Garrido⁴⁷ (Comisión de Justicia e Interior, Diario de Sesiones, 10 de mayo de 1995, núm. 489, pp. 14884-14885):

“esa laguna que sigue existiendo en el artículo 79 de este Código, que es el llamado cumplimiento efectivo de las penas. Aquí también nos situamos claramente en la orilla opuesta a la del Grupo Popular, porque este Código tiene que transitar de una forma mucho más clara hacia que resplandezca en su interior, sin ninguna duda, ese principio fundamental que es el de la reinserción social, que no está suficientemente recogido en ese artículo 79. En efecto, el artículo 25 de la Constitución, después de hablar, en el apartado 1, del principio de legalidad penal, en el apartado 2 destaca... Es decir, que nuestra Constitución, si destaca alguna finalidad de la pena —realmente es la que resalta por encima de todas, porque no habla de otras— es precisamente la reeducación y la reinserción social. Es seguramente el objetivo primordial, el más importante, a la hora de concebir las penas y de ejecutar las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad. Lo que más nos gusta del Código es quizá lo que menos le gusta al Partido Popular. Ahí hay naturalmente una discrepancia, lógica por otra parte, porque este elemento modernizador de este Código es precisamente el sistema de penas, con esa laguna o con ese borrón —que esperemos desaparezca, o se llegue a un acuerdo a ese respecto—, que es el traído y llevado cumplimiento efectivo de las penas. Creemos que un Código Penal es para muchos años, no es un Código para las elecciones de pasado mañana, o de dentro de un año, de dos, o de tres; es un Código para mucho tiempo y, por tanto, es un Código en el que hay que evitar que un determinado ambiente social coyuntural, que puede existir, como en estos tiempos existe, un cierto ambiente social coyuntural de lo que se han llamado los deseos emotivos de pena, pueda imponerse sobre los valores constitucionales. Hay que evitar el riesgo de la huida al Derecho Penal. Considerar que el Derecho Penal soluciona los problemas de una sociedad,

⁴⁷ Auto de una obra sobre terrorismo en 1987, citada en la bibliografía, así como *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, junto con Mercedes García Arán, en cuya presentación destacó la crítica al Partido Popular por su intención anunciada de modificar el código penal en punto al cumplimiento efectivo, acusando al PP de “utilizar la lucha antiterrorista como arma electoral” y recordando “que José María Aznar necesitará mayoría absoluta para reformar el nuevo y modernizado sistema de penas, ya que los demás grupos no lo aceptarán” (Diario El País, 22 de febrero de 1996].

cuando no los soluciona, desde luego; es simplemente un elemento más por el que se organiza esa sociedad. Hay un conocido principio de intervención mínima al que siempre se alude, pero que luego no se pone en práctica muchas veces. Es esencial tener esto en cuenta en estos momentos, aunque pueda resultar más aceptable para la opinión pública, o más rentable a corto plazo en términos electorales el utilizar otros argumentos de tipo claramente retributivo, en el sentido más estricto del término. Hay que destacar que este Código Penal ha suprimido la redención de penas por el trabajo, algo que no se destaca suficientemente. Este proyecto de Código ha suprimido este beneficio penitenciario que significa, como todo el mundo sabe, que por cada dos días de trabajo hay un día de libertad. Por tanto, entre un tercio o un cuarto de la pena se agrava automáticamente por el hecho de que las personas que están en prisión no van a poder en el futuro beneficiarse de la redención de penas por el trabajo; que está bien quitado, desde nuestro punto de vista, nos parece bien... Hay que tener esto en cuenta a la hora de ajustar y de reducir, por tanto, las penas (cosa que se ha hecho en alguna ocasión, pero en otras, no) en todo el Código Penal. En muchos aspectos este proyecto resulta ser más duro que el Código vigente, como consecuencia de que se ha suprimido el beneficio de la redención de penas por el trabajo aunque, por supuesto, existen otros beneficios relacionados con la libertad condicional, que se convierte en el beneficio penitenciario fundamental y que también hay que tratar con extrema precaución porque, si desapareciese ese beneficio, habría desaparecido y se habría vulnerado claramente el artículo 25 de la Constitución”.

Y también el portavoz del Grupo del Gobierno, el diputado Barrero López (Comisión de Justicia e Interior, Diario de Sesiones, 10 de mayo de 1995, núm. 489, pp. 14900-14901):

“En el trámite de Ponencia no hemos tenido ningún problema en aceptar bastantes enmiendas de carácter técnico, alguna de carácter profundo, tendientes a corregir principios penológicos y procedentes del Grupo Parlamentario Popular. Por tanto, esa remisión al esfuerzo hecho hasta ahora, incluso de los ponentes de su Grupo, le vendría bien para darse cuenta de que nosotros mantenemos la misma situación de partida, que es intentar que todos los grupos parlamentarios se consideren, en buena medida, coautores de este Código Penal que, sin duda, es de todos. Quiero hacerle también una advertencia cariñosa en dos temas muy concretos. Si no lo he dicho con claridad, quiero decirlo de nuevo: para nosotros es el Código Penal de la rehabilitación, porque es el Código Penal constitucional;

y como ha habido ya suficientes referencias al artículo 25, tanto por parte del portavoz del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida como del Grupo Parlamentario Vasco, no insistiré más en ello. Ese es nuestro Código. Otra advertencia importante —digo advertencia en el sentido más cordial del término, nunca en el sentido más agrio—. No es bueno hacer de este debate, a mi entender, por el proceso electoral en que estamos incursos, algo cercano a posiciones partidistas o buscando emociones fuertes en el electorado o dirigiéndose a los aspectos más primarios del ser humano. Por tanto, empezar a hablar ahora de composiciones alarmistas, de 13.000 reclusos en la calle, además de ser falso, entiendo yo que es una posición de carácter partidista y demagógico. A poco que repasara el sistema de penas y advirtiera, además, que ya no existe el beneficio por razón del trabajo, entendería el señor Trillo con facilidad que aunque es cierto que existe una rebaja literal de penas en temas de prisión, es lo cierto que el cumplimiento efectivo de las penas se da mejor en este Código nuevo que en los códigos anteriores.”

En los textos y en las justificaciones se observa como primer elemento la relevancia del aspecto mediático, de la percepción de la ciudadanía, y consecuentemente electoral, un elemento que cobrará gran preponderancia en las reformas posteriores. Ya el texto del art. 79 del Proyecto de 1994 dirige a los juzgados y tribunales a atender, para establecer el cumplimiento efectivo —o más bien “más efectivo”, como decía el Grupo Catalán— a la alarma y a la perturbación social. Resulta evidente por tanto que en el proceso legislativo se actúa motivados por la repercusión pública de algunos “beneficios penitenciarios” y se pretende responder a esa demanda o supuesta demanda mediante el endurecimiento del cumplimiento de las penas para los delitos que se cometan a partir de 1996, lo cual obviamente produce una respuesta principalmente simbólica a esa alarma social. Ahora bien, eliminada la redención de penas por el trabajo, que era la principal causa de las excarcelaciones con mucha anticipación respecto a los 30 años de condena, el art. 79 del Proyecto adquiere un carácter más bien meramente simbólico, de símbolo de la postura que se quiere escenificar ante los electores.

Esta característica de pretender solucionar problemas, reales o supuestos, con origen en el pasado con medidas irretroactivas, además del ingrediente meramente simbólico que contiene, será en el futuro una práctica habitual; práctica que solamente genera frustración y una huida hacia adelante, dado que

los problemas con origen en pasadas legislaciones seguirán existiendo, seguirán produciendo alarma social, espontánea o inducida, y llevando a nuevas respuestas casi meramente simbólicas y distorsionando la rigurosidad del debate público.

Por otro lado, en todo caso, no cabía admitir este criterio de la alarma social como base legitimadora de la privación de libertad; como unos años después sentará con contundencia el Tribunal Constitucional. Desde la STC 47/2000, de 17 de febrero, la alarma social se declara que no debe ser utilizada para decidir sobre la institución de la prisión provisional, como tiene declarado nítidamente nuestro Tribunal Constitucional. Así, la STC 191/2004, de 2 de noviembre, no puede ser más explícita:

“Se trata de una medida de naturaleza cautelar y excepcional que en ningún caso puede transformarse en una pena privativa de libertad anticipada, no estando su imposición justificada sino cuando se trata con ella de alcanzar fines constitucionalmente legítimos. Tales fines se circunscriben a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo que pudieran partir del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Justicia (o riesgo de fuga), la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva. Por el contrario lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados u otras (vid., entre otras muchas: SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 28/2001, de 29 de enero, FJ 3; 8/2002, de 14 de enero, FJ 4; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3). De otra parte, este Tribunal también ha declarado que la alarma social no es un criterio válido a los efectos de apreciar la necesidad de la prisión provisional. Así, en la STC 47/2000, de 17 de febrero, procedimos a autoplantearnos una cuestión de inconstitucionalidad acerca de la compatibilidad de los arts. 503 y 504 de la Ley de enjuiciamiento criminal —en su redacción anterior a la reforma operada en los mismos por la Ley Orgánica 13/2003— con el derecho fundamental a la libertad personal, por entender que, en concreto, el artículo 504.2 permitía decretar la prisión provisional de un acusado por el mero hecho de que el delito imputado estuviera castigado con pena superior a la de prisión menor, pese a que de sus circunstancias personales se dedujera la inexistencia de riesgo alguno de fuga o de obstrucción del proceso. Como

fundamento para ello, únicamente se aludía en dicho precepto a la «alarma social producida» por el delito, criterio que la citada STC 47/2000 consideró que no podía erigirse en un fin constitucionalmente válido en el que basar la prisión provisional, toda vez que “la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena la prevención general y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales) presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa”.

A mi juicio estas consideraciones pueden trasladarse al ámbito del cumplimiento efectivo de las penas. No resulta legítimo hacer padecer la libertad de la persona condenada por responder a la alarma social; la función simbólica del derecho penal⁴⁸, conectada a la prevención general positiva, no debe romper el equilibrio entre los fines de la pena y los derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad ante la ley.

En la justificación del mecanismo para el cumplimiento efectivo, se aduce también un elemento de proporcionalidad, de raíz retributiva, en que tiene que haber un nivel de privación de libertad, un nivel de privación del derecho a la libertad, y del sufrimiento personal aparejado, que guarde una proporción con la suma de las penas impuestas.

Sin embargo, parece confundirse la satisfacción a los sentimientos de justicia, que en ocasiones son demandas de venganza, de algunos sectores sociales y políticos y algunos medios de comunicación, con el concepto de retribución, que desde su nacimiento está ligado a la proporción con la culpabilidad por el hecho como límite máximo de la responsabilidad penal, sin que el ser humano deba ser utilizado por encima de ese límite para la consecución de esos fines.

En definitiva, es el primer precepto legal que tiende directa y expresamente a que, en la acumulación jurídica de las penas, las penas individualmente

⁴⁸ Véase DÍEZ RIPOLLÉS (2001), a cuyo trabajo se hará referencia más detenida posteriormente.

impuestas, acumuladas y limitadas no dejen de producir efectos, esto es, a que el límite de cumplimiento no opere como una nueva condena. Posteriormente se profundizará en ello en 2003 y en la STS 197/2006.

Inicialmente, esta regla para el cumplimiento efectivo sin libertad condicional del máximo de cumplimiento efectivo de las condenas acumuladas y limitadas se preveía solamente para algunos delitos (homicidio, lesiones de las tipificadas en los artículos 149 y 150, agresiones sexuales, detención ilegal, torturas, delitos contra la salud pública, rebelión, sedición y terrorismo); fue durante la tramitación parlamentaria (a propuesta del Grupo Catalán) se generalizó a cualquier clase de delito; en una nueva muestra de la conocida *vis expansiva* de las regulaciones excepcionales, lo que CANCIO MELIÁ (2007, pp. 165 y ss.) denomina contaminación del derecho penal ordinario.

Es relevante destacar que en todo momento, en el texto inicial, en las enmiendas y en el final, se mantiene el carácter potestativo, sometido a la motivada discrecionalidad judicial. No será hasta posteriormente cuando las iniciativas legislativas comiencen a evidenciar la desconfianza en la discrecionalidad judicial y a introducirse ya cierres a la misma y normas de preceptiva aplicación sin margen a la valoración judicial. Incluso llegará a parecer que se insinúa que los jueces pueden ser instrumentalizados por los terroristas⁴⁹.

Así mismo, se comienza a colar en los debates parlamentarios la idea de que los beneficios penitenciarios⁵⁰ que suponen acortamiento o reducción de condena y la libertad condicional no son formas *reales* de cumplimiento, lo que dará lugar a valorar las formas de cumplimiento de la pena, más adelante incluso los permisos y el tercer grado, como elementos que afectan a la pena justa, a su medida retributiva, diluyendo las diferencias entre lo penal y lo penitenciario.

⁴⁹ Exposición de Motivos LO 7/2003, punto II: “la legislación debe evitar que se conviertan [La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios] en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto”.

⁵⁰ En el apartado relativo al art. 78 CP 1995 se profundiza en el significado jurídico del término.

Esto tendrá repercusiones en las cuestiones de competencia jurisdiccional, en la desnaturalización del sistema de individualización científica en la ejecución de la pena de prisión, en la mitigación de la eficacia de la orientación a la resocialización y a la reinserción social, pero también en el alcance del principio de legalidad en materia de penas.

3. Derogación de la redención de penas por el trabajo

Quizás la novedad realmente más trascendente del Código penal en esta materia sea la desaparición de la redención de penas por el trabajo. La Disposición Derogatoria Única, además del art. 100 CP 1973, en su punto 1.f derogó el artículo 256 RP 1981; y los artículos 65 a 73 del Reglamento de los servicios de prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, esto es, la redención de penas por el trabajo, aunque, por efecto de la Disposición transitoria segunda⁵¹ siguen produciendo efectos para las condenas por hechos anteriores que no hayan sido objeto de revisión⁵². La Disposición Transitoria Tercera dispuso que:

“Los Directores de los establecimientos penitenciarios remitirán a la mayor urgencia, a partir de la publicación del nuevo Código Penal, a los Jueces o Tribunales que estén conociendo de la ejecutoria, relación de los penados internos en el Centro que dirijan, y liquidación provisional de la pena en ejecución, señalando los días que el reo haya redimido por el trabajo y los que pueda redimir, en su caso, en el futuro conforme al artículo 100 del Código Penal que se deroga y disposiciones complementarias”.

⁵¹ “Para la determinación de cual sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código. Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo solo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código. En todo caso, será oído el reo”.

⁵² Más adelante se comentará la cuestión de la consolidación de las redenciones en los supuestos de revisión y aplicación del CP 1995 por ser más favorable.

4. Recapitulación

En conclusión⁵³, en los hechos delictivos cometidos a partir de 1996 se cumplen las penas o el máximo de cumplimiento íntegramente, esto es, sin descuentos automáticos de tiempo de cumplimiento real por efecto de la redención de penas por el trabajo, y cabe ya el cumplimiento íntegro en régimen ordinario de la pena o del máximo de cumplimiento efectivo de 30 años (lo que en el trámite legislativo se denomina efectivo), incluso en primer grado —es decir, sin permisos, con especiales medidas de seguridad, con comunicaciones y visitas restringidas e intervenidas, etc.—, cuando la persona presa por terrorismo no haya dado “signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna” de la banda armada —hoy diríamos organización o grupo terrorista—. Esto es, “el conjunto de la regulación, penal y penitenciaria, era, especialmente desde 1995, muy estricta en materia terrorista y, en la práctica, se aplicaba con contundencia por parte de las instituciones y los jueces y tribunales competentes” (LLOBET ANGLÍ 2007, p. 11).

E incluso se puede ya, a discrecionalidad judicial, prolongar el tiempo cumplido en segundo o tercer grado para acercarlo al máximo de cumplimiento efectivo, aunque el terrorista estuviera desvinculado de la organización terrorista, repudiara la actividad terrorista, pagara la responsabilidad civil, pidiera perdón a sus víctimas, colaborara con las autoridades, etc. Es decir, que, aún para las personas presas no completamente afectadas por las reformas operadas a partir

⁵³ En cuanto a la regulación procesal de la ejecución, aparte de la atribución a la Audiencia Nacional de la competencia para juzgar y ejecutar las sentencias en delitos de terrorismo, que luego se analizará, en aquel momento no había especificidades en materia de terrorismo, hasta la atribución a la Audiencia Nacional de los recursos de apelación contra las resoluciones del Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y posteriormente la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria. Todos estos elementos de excepcionalidad en cuanto a la competencia jurisdiccional en materia de ejecución penal y penitenciaria, que serán abordados posteriormente, tienen unas repercusiones prácticas importantes. Motivada por la repercusión de algunas progresiones de grado y libertades condicionales decididas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, esta modificación permite residenciar la competencia en la Audiencia Nacional y de ese modo lograr un control más eficaz por parte del ejecutivo frente a la “inseguridad” de que la competencia esté dispersa por los órganos judiciales de vigilancia penitenciaria de todo el territorio.

de 2003, por efecto de la enorme discrecionalidad administrativa y judicial, el acceso a los instrumentos de reinserción social adolece de una importante ausencia de seguridad jurídica a la vista de los variables y en ocasiones ignotos criterios de la administración penitenciaria y de los órganos judiciales, fuertemente condicionados por la presión política y pública.

El camino reformista desde 2000, en menores, y desde 2003, hasta 2015, será el de impedir, o retrasar a cerca del máximo —que a partir de 2015 ya no será de 30, ni de 40 años, sino ilimitado, es decir, simplemente ya no hay máximo—, los permisos, regímenes de semilibertad o libertad condicional del terrorista desvinculado de la organización terrorista, que repudiara la actividad terrorista, que pagara la responsabilidad civil, que pidiera perdón a sus víctimas y que colaborara con las autoridades. Esto es, retrasar, *ab initio* y sin posibilidad de corrección judicial, el proceso de reinserción social, aunque se produzca un proceso de resocialización.

La búsqueda de efectos preventivo-generales, sobre todo positivos o neoretributivos, de la peor especie, a día de hoy demostradamente fracasados, mediante la modificación de la regulación de la ejecución de las penas, lo que podrá producir es desincentivar la resocialización y hacer casi imposible la reinserción social hasta la extinción completa de la condena.

E. Normativa penitenciaria: escasas especialidades

Al margen de la regulación del Código penal, en la Ley Orgánica General Penitenciaria, LO 1/1979, de 26 de septiembre, la primera ley orgánica postconstitucional, y en el Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, luego sustituido por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) la única previsión específica para los delitos de terrorismo se encuentra en aquel momento en el art. 51.2º LOGP, que parecía excluir de la necesidad de autorización judicial las comunicaciones de los presos por terrorismo con el abogado defensor o con el expresamente llamado⁵⁴. Por su parte, aunque no se refiere explícita y específicamente a presos por delitos de terrorismo, es relevante destacar que el art. 70.2º LOGP centraliza en la Dirección General los aspectos clasificatorios de colectivos especiales como los presos por delitos de terrorismo⁵⁵.

Por cierto, la intervención de las comunicaciones de las personas presas con sus abogados no es ningún prodigio de claridad y respeto al derecho fundamental consagrado en la Constitución. Al respecto ha habido dos interpretaciones jurisprudenciales sustancialmente diferentes, como se da cuenta en la cuarta parte del trabajo. En la actualidad, según JUANATEY DORADO (2013, pp. 191-195), con cita de la STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5º, y STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 8, entre otras anteriores, será posible hacerlo en todo caso, no solo terrorismo, pero en todo caso con indicios fundados y previa autorización judicial. La STS 79/2012, Sala 2ª, de 9 de febrero, FJ 7º y 8º⁵⁶ ha

⁵⁴ “Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.

⁵⁵ “Por dicha central pasarán los internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los establecimientos o los grupos o tipos de aquéllos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro directivo”.

⁵⁶ “3. La interpretación del artículo 51.2 de la LOGP, y su relación con el artículo 579 de la LECrim, no ha sido, sin embargo, pacífica. Aunque, en realidad, se trataba de un obiter dictum, el Tribunal Constitucional entendió en la STC 73/1983 que el precepto cuestionado debía

confirmado contundentemente esta doctrina. Sin embargo, la intervención de toda clase de comunicaciones a las personas presas por delito de terrorismo se aprueba por resolución del Centro Penitenciario sin autorización judicial previa.

interpretarse de modo que las comunicaciones entre los internos y los abogados defensores o los especialmente llamados para asuntos penales podían ser intervenidas con carácter general por orden de la autoridad judicial y en casos de terrorismo, además, por el director del establecimiento penitenciario. Así, decía en el FJ 7 que "La interpretación de este precepto -51, número 2- ha de hacerse en conexión con la regla 5.^a del mismo, que regula la suspensión o intervención motivada por el Director del establecimiento de las comunicaciones orales o escritas, previstas en dicho artículo, "dando cuenta a la autoridad judicial competente". La interpretación lógica de uno y otro apartado de dicho artículo -que en cuanto afecta un derecho fundamental puede hacer este TC- conduce a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el número 2 sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo, además, podrá acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente".

4. Sin embargo, esta interpretación, que según parte de la doctrina podía obedecer al momento histórico en el que se produce, con un todavía escaso desarrollo de las garantías del sistema democrático implantado en España tras la finalización de la dictadura, fue abandonada algo más de una década después. En la STC 183/1994 se rectifica expresamente esta interpretación del artículo 51.2 de la LOGP, entendiendo que la interpretación correcta del artículo 51 conduce a distinguir dos clases de comunicaciones "...que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados". Las que llama generales, entre el interno y determinada clase de personas (artículo 51.1) y las específicas, que son las que el interno mantiene "...con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2)". Respecto de estas últimas el Tribunal Constitucional, luego de señalar que "...son sometidas al régimen especial del art. 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario", concluyó que las dos condiciones que contiene el artículo 51.2 (autorización judicial y casos de terrorismo) no pueden interpretarse como exigencias alternativas, sino acumulativas... Esta interpretación de la ley fue nuevamente seguida en la STC 200/1997, y en la STC 58/1998, en cuyo FJ 5 se decía que "...es la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa la que hace que el legislador penitenciario constriña toda intervención de las comunicaciones de los internos con sus Abogados o Procuradores a "los supuestos de terrorismo" y que exija además la garantía judicial (art. 51.2 LOGP) (STC 183/1994)", donde nuevamente se consideraban acumulativos ambos requisitos".

Posteriormente se introduciría el art. 56.2 LOGP⁵⁷ (aunque no se diga expresamente en el texto, se introdujo por LO 6/2003, de 30 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria —que se publicó y entró en vigor a la vez que la LO 7/2003, de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas— para evitar que los presos por terrorismo pudieran cursar estudios en la Universidad del País Vasco o para al menos que la administración penitenciaria contara con mayor control sobre esta cuestión⁵⁸.

Y en la misma fecha se modificó el art. 72 LOGP, por la LO 7/2003, que, dada su enorme importancia teórica y práctica, por la profundidad de esta y otras reformas de la LO 7/2003 y por ser los arts. 72.6º y 90 CP 2003 los únicos que afectan a todas las personas presas, independientemente del momento de comisión de los hechos o de la sentencia condenatoria, será objeto de estudio detallado en la cuarta parte del trabajo.

⁵⁷ *“Para que los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria será necesario que la Administración penitenciaria suscriba, previos los informes de ámbito educativo que se estimen pertinentes, los oportunos convenios con universidades públicas. Dichos convenios garantizarán que la enseñanza se imparte en las condiciones y con el rigor y la calidad inherentes a este tipo de estudios, adaptando, en lo que sea preciso, la metodología pedagógica a las especiales circunstancias que concurren en el ámbito penitenciario. La alteración del régimen y estructura de la enseñanza o de la asistencia educativa a los internos prevista en los convenios aludidos, así como cualesquiera otras modificaciones, prórrogas o extensión de aquéllos a nuevas partes firmantes o sujetos, deberán ser autorizados por la Administración penitenciaria.*

En atención a la movilidad de la población reclusa y a la naturaleza no presencial de los estudios a los que se refiere este artículo, los convenios aludidos en el párrafo anterior se suscribirán, preferentemente, con la Universidad Nacional de Educación a Distancia. No obstante, las Administraciones penitenciarias competentes podrán celebrar convenios con universidades de su ámbito en los términos establecidos en el párrafo anterior”.

⁵⁸ Véase el diario Libertad Digital, de 23 de febrero de 2004; el diario El Mundo, de 5 de junio de 2004; o diario El País, de 28 de diciembre de 2011.

La STC 206/2011, de 19 de diciembre, otorgó el amparo solicitado por la UPV-EHU, por vulneración de la autonomía universitaria, restableció el derecho de la UPV/EHU para dar clases a los presos y declaró nula la sentencia del Tribunal Supremo que anulaba el protocolo por el cual se matriculaba a reclusos del Estado y en el extranjero en esta institución académica.

En el Reglamento Penitenciario las menciones expresas a terrorismo se encuentran en los arts. 48.2 RP⁵⁹ (comunicaciones con letrados), 65 RP⁶⁰ (medidas de seguridad interior, modificado por RD 419/2011, de 25 de marzo) y la clasificación en primer grado, lo que conlleva el régimen cerrado, “para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto” (art. 10 LOGP y 89 RP) conforme a los criterios de clasificación del art. 102.5º RP⁶¹.

En definitiva, no son muchas hasta 2003 las especificidades legales para las personas presas por delitos de terrorismo en la normativa penitenciaria, pero sí

⁵⁹ “En los supuestos de terrorismo o de internos pertenecientes a bandas o grupos armados, el volante deberá ser expedido por la autoridad judicial que conozca de las correspondientes causas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

⁶⁰ “1. Las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos consistirán en la observación de los internos, los recuentos de población reclusa, los registros, los cacheos, las requisas, los controles, los cambios de celda, la asignación adecuada de destinos y las actividades y cautelas propias de las salidas tanto fuera de los módulos como fuera del establecimiento. 2. La intensidad de las medidas señaladas en el apartado anterior se ajustará a la potencial peligrosidad de los internos a que se apliquen, particularmente en los supuestos de internos pertenecientes a grupos terroristas, de delincuencia organizada o de peligrosidad extrema, respetándose, en todo caso, los principios a que se refiere el artículo 71. 3. Al fin señalado en el apartado anterior, la Administración penitenciaria podrá constituir grupos especializados de funcionarios”.

⁶¹ Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de factores tales como: **a)** Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial. **b)** Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos. **c)** Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas. **d)** Participación activa en motines, plantos, agresiones físicas, amenazas o coacciones. **e)** Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo. **f)** Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico”.

lo es la práctica⁶², como consecuencia del control central por el Centro Directivo, de la clasificación inicial automática y permanentemente renovada en primer grado, de la intervención sin autorización judicial de las comunicaciones, de las especiales medidas de seguridad interior y de la asignación del “régimen FIES”, por su inclusión en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento, y por la política de dispersión y alejamiento, iniciada en 1989 por el entonces Ministro de Justicia Enrique Múgica Herzog⁶³ y el entonces Director General de Instituciones Penitenciarias Antoni Asunción Hernández⁶⁴.

A partir 2003 sí habrá una ligera pero trascendental modificación en la legislación penitenciaria, en el art. 72 LOGP, la que introduce los requisitos

⁶² PÉREZ CEPEDA (1995, p. 245) afirma que la administración penitenciaria siguió desde el inicio “una específica y represiva interpretación de la legislación penitenciaria”.

⁶³ Quien ya siendo Defensor del Pueblo se manifestó en 2005 a favor de que se mantenga la dispersión de los etarras “hasta que pidan perdón por sus crímenes”. “Yo fui el ministro que dispersó a los presos de ETA”, quien defendió que se mantenga esa política, porque “hay que construir Euskadi también sobre la memoria de las víctimas”.

⁶⁴ Responsable también de la creación en 1991 del Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES) mediante una Circular de 6 de marzo, secreta, como lo eran todas hasta el Reglamento Penitenciario de 1996, siendo Ministro De la Cuadra Salcedo (véase la Instrucción de la DGIP 21/1996, de 16 de diciembre), que vino a ser posteriormente “legalizado”, tras ser anulado por el Tribunal Supremo el apartado primero de la citada Instrucción (STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 de marzo de 2009) por el Reglamento de 1996 y su reforma por el RD 419/2011, de 25 de marzo. Hoy día se regula en las Instrucciones de la DGIP 12/2011, 8/2014 y 2/2015. El régimen FIES deriva de la aplicación de la política de dispersión a presos distintos de los de terrorismo.

Por el trato dado a presos adscritos al FIES-RE, la juez de Instrucción número 6 de Sevilla, Eloísa Gutiérrez, tras investigar lo ocurrido en la cárcel de Sevilla en agosto de 1991 con un grupo de presos peligrosos, acordó el 7 de enero de 1993 la apertura de juicio oral contra Asunción Hernández. Fue finalmente absuelto porque el entonces Fiscal General, Eligio Hernández, ordenó al fiscal Luis Fernández Arévalo no formular acusación; sin embargo, el fiscal fue durísimo contra los dirigentes de la Administración penitenciaria en la descripción de unos hechos a todas luces delictivos en sus conclusiones provisionales, en las que sin embargo, por obediencia, tal como quedó reflejado en el escrito que dirigió al Juzgado de Instrucción nº 9 de Sevilla con fecha del 8 de enero de 1992, no formuló acusación (Véase el escrito en MORENO ARRARAS –ZAMORO DURÁN, *in fine*. Véase también FERNANDEZ ARÉVALO - MAPELLI CAFFARENA (1995).

específicos para el acceso al tercer grado, así como en lo relativo a la normativa procesal de la ejecución penal y penitenciaria de modo que la competencia quedará centralizada en la Audiencia Nacional.

F. Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, el subsistema para menores terroristas

Son numerosas las leyes orgánicas que han ido modificando el CP 1995 en materia de terrorismo, y otras leyes complementarias que afectan al objeto del presente trabajo, la ejecución de las penas de prisión. Así, la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para contemplar la incriminación de la denominada violencia callejera, como nueva forma de terrorismo, respecto a la cual se dice habría una sensación de impunidad [Exposición de Motivos punto I⁶⁵].

De mucho mayor calado fue la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que modificó sustancialmente el Código penal y la Ley penal del menor. En relación al Código penal, esta ley modificó los artículos 40, 266, 346, 351, 504, 505, 551, 577, 578 y 579, entre los que debe destacarse la creación del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas⁶⁶.

⁶⁵ *“La denominada violencia callejera se ha constituido en uno de los fenómenos más relevantes para la convivencia ciudadana a lo largo de los últimos años. Los medios de comunicación y los más diversos foros de reflexión y debate político y social han dejado constancia de la gravedad de esta nueva forma de terrorismo, dada su extraordinaria capacidad para alterar la paz social. Por otro lado, ese impacto social se ha visto acentuado por la sensación, ampliamente extendida, de la impunidad con la que han venido actuando sus responsables, en quienes concurría muchas veces la condición de ser jóvenes en proceso de formación”.*

⁶⁶ Artículo 578 CP: *«El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código.»*

1. Exasperación punitiva de las medidas juveniles

En lo relativo a la responsabilidad de los menores, aunque la ejecución de las medidas juveniles impuestas por delitos de terrorismo no sea el objeto principal de este trabajo, resulta de interés detenerse en la modificación de la LORRPM, LO 5/2000, por la LO 7/2000 —modificación en la que se profundizaría con la LO 8/2006, ya con el Gobierno Socialista siendo Ministro Juan Fernando López Aguilar— puesto que como suele ocurrir la jurisdicción de menores es un campo privilegiado de ensayo de tendencias político-criminales que se trasladan posteriormente al ámbito de adultos.

El legislador, en el punto V del preámbulo de la LO 7/2000, la justifica en que:

“Finalmente, en el artículo segundo de esta Ley, se introduce una modificación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, que se traduce en la incorporación de una nueva disposición adicional —y en la consecuente modificación técnica de algunos preceptos afectados por dicha disposición—, que tiene por finalidad reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada Ley a los menores implicados en delitos de terrorismo, así como conciliar tales principios con otros bienes constitucionalmente protegidos a los que ya se ha hecho reiterada alusión en esta exposición y que aquí se ven particularmente afectados por la creciente participación de menores, no sólo en las acciones de terrorismo urbano, sino en el resto de las actividades terroristas.

No se trata, en consecuencia, de excepcionar de la aplicación de la Ley 5/2000 a estos menores, ni tampoco de aplazar o graduar la entrada en vigor de la misma, prevista para el próximo 13 de enero de 2001, sino de establecer las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad manteniendo sin excepción todas las especiales garantías procesales que, para los menores, ha establecido la Ley 5/2000, y para que la aplicación de las medidas rehabilitadoras, especialmente valiosas y complejas respecto de conductas que ponen radicalmente en cuestión los valores más elementales de la convivencia, pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados, y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador.

A ello responden la articulación en la Audiencia Nacional de un Juez Central de Menores [apartados a) y b)], la posible prolongación de los plazos de internamiento [apartado c)] y la previsión de la ejecución de las medidas de internamiento que la Audiencia acuerde con el apoyo y control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición y bajo dirección de la propia Audiencia Nacional [apartados c) y d)]. Todo ello, sin mayores modificaciones de las facultades que la Ley 5/2000 atribuye en estos procedimientos a Jueces y Fiscales, quienes mantienen un amplio margen para discriminar de acuerdo con la diferente gravedad de las conductas el tiempo de duración del internamiento, y para flexibilizar el régimen del menor, mediante modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta, especialmente en lo que se refiere a los menores de dieciséis años.

Del mismo modo que, según acaba de señalarse, se considera conveniente establecer un tratamiento diferenciado entre los menores de dieciséis años y los de edades comprendidas entre los dieciséis y los dieciocho años, se consolida lo que, por otra parte se deduce ya de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como es que no procede aplicar dicha norma a los jóvenes mayores de dieciocho años.

Por último, y a consecuencia de las modificaciones de la Ley 5/2000, previstas en esta Ley, relativas al Juzgado Central de Menores, los artículos tercero y cuarto modifican, respectivamente, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial”.

Como suele ocurrir, la jurisdicción de menores es utilizada como campo de experimentación que puede dar lugar a que las novedades se trasladen a la jurisdicción de adultos. Sorprendentemente, unos meses después de una ley, la LO 5/2000, que fue mayoritariamente bien acogida, el mismo Presidente —bien es cierto que con un pacto de investidura con CIU, PNV y CC— que la presentó al Congreso en octubre de 1998 y la firmó el 12 de enero de 2000 [aprobada en la VI Legislatura], ya en la VII Legislatura, con mayoría absoluta, presentó al Congreso en octubre de 2000, y firmó en diciembre, una reforma legal que adulteraba completamente el espíritu y la letra de la ley aprobada unos meses antes. Una auténtica contrarreforma (GONZÁLEZ CUSSAC, 2003), por demás autocontrarreforma, que desembocaría en “réquiem por la ley penal del menor” (LANDROVE DÍAZ, 2006). Estamos ante los inicios del —en antológica y

agudísima expresión de JIMÉNEZ FRANCO— “Derecho penal del enemiguito”⁶⁷. Por su parte, RAMOS VÁZQUEZ (2010) realiza un lúcido análisis de la evolución legislativa de la LO 5/2000 para concluir definiéndola con ‘4 Ds’: desmantelamiento, desconfianza, desconocimiento y desacierto.

De esta Exposición de Motivos merece destacarse algunas cuestiones. En primer lugar, la grosera manipulación de la verdad, anuncio ya de la asombrosa Exposición de Motivos de la LO 7/2003. Se afirma sin pudor que no se excepcionan los principios que inspiraban la LO 5/2000. A continuación veremos que no es cierto. Se sostiene también que crece la participación de menores en delitos de terrorismo. Se desconoce en qué estudio criminológico se basa la afirmación. Lo que sí se conoce es que en el Informe de Evaluación de la LO 5/2000, que necesariamente debía producirse antes de una nueva reforma (Disposición Adicional 5ª de la LO 5/2000⁶⁸, introducida por la LO 7/2000) —en el que no se contó con las comunidades autónomas, las competentes en materia de ejecución de las medidas, y que en el proceso de elaboración de la LO 8/2006 fue proporcionado después del texto de la reforma y a petición de las comunidades autónomas⁶⁹— se afirmaba que en 5 años se había condenado a 13 menores en el Juzgado Central de Menores, lo cual, a su juicio, demostraría la eficacia preventiva de la LO 7/2000. Asombrosa conclusión, en el único párrafo que el Informe dedica a este tema⁷⁰, sin ningún análisis más, lo que

⁶⁷ JIMÉNEZ FRANCO (2005 y 2006). SITARA (2013) y RÍOS MARTÍN (2001) se refieren a la evolución político criminal como el paso del niño en peligro al niño peligroso.

⁶⁸ “*El Gobierno dentro del plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica remitirá al Congreso de los Diputados un informe, en el que se analizarán y evaluarán los efectos y las consecuencias de la aplicación de la disposición adicional cuarta*”.

⁶⁹ Yo era entonces Director de Ejecución Penal del Gobierno Vasco, con responsabilidad en materia de ejecución de medidas juveniles, en cuya condición participé en las reuniones interautonómicas sobre la reforma.

⁷⁰ Informe EVALUACION DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES realizado por el Gobierno en 2005: “A diferencia de los delitos anteriormente referidos, las estadísticas de comisión de delitos de terrorismo a fecha de junio de 2005 no ha sufrido variaciones, por lo que la reforma no opera modificaciones en este campo. Desde la entrada en vigor de la ley del menor, se ha condenado a

viene a confirmar, en mi opinión, lo que algunos ya dijimos en el año 2001, que no era cierto que hubiera muchos menores implicados en la violencia callejera llamada *kale borroka*.

De nuevo, el aspecto de la trascendencia social de la violencia callejera de menores, de la sensación de impunidad; de nuevo el argumento simbólico y preventivo general positivo.

La reforma inicia el camino de la alteración de los principios que rigen la ejecución que se trasladará a la jurisdicción de adultos en 2003, mediante la creación de un órgano judicial centralizado y más controlable por el ejecutivo; el periodo de seguridad, el alargamiento de las condenas, el establecimiento de reglas específicas de la ejecución para un grupo de delitos y autores, la *vis expansiva* a otros delitos distintos del terrorismo (nuevo art. 9.5º LO 5/2000, en su versión dada por la LO 7/2000) y una técnica legislativa con calidad en caída libre.

Además de la introducción de la pena de inhabilitación absoluta, para ser cumplida después de la pena (medida) privativa de libertad (art. 7.1.n LO 5/2000) y de la creación de los supuestos de “extrema gravedad” (nuevo art. 9.5º LO 5/2000, en su versión dada por la LO 7/2000), la LO 7/2000 introduce una nueva Disposición Adicional a la LO 5/2000 (ciertamente, regular una cuestión tan trascendental añadiendo una disposición adicional a otra ley no parece la mejor técnica legislativa), con el número cuatro:

«Disposición adicional cuarta. Aplicación a los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años.

1. Lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Ley Orgánica no será de aplicación a los mayores de dieciocho años imputados en la comisión de los delitos a que se refiere esta disposición adicional.

trece menores, lo que puede valorarse positivamente desde la perspectiva de la prevención general”.

2. A los imputados en la comisión de los delitos mencionados en el apartado anterior, menores de dieciocho años, se les aplicarán las disposiciones de la presente Ley Orgánica, con las siguientes especialidades:

a) La competencia para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, cuyos autos y sentencias podrán ser objeto de recurso de apelación ante la Sala correspondiente de la propia Audiencia. Las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional serán recurribles en casación conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de esta Ley Orgánica. El Gobierno promoverá la necesaria adecuación de la estructura de la Audiencia Nacional, conforme a lo previsto en la disposición final segunda, apartado 1, de esta Ley Orgánica.

b) Los procedimientos competencia de la Audiencia Nacional no podrán ser objeto de acumulación con otros procedimientos instruidos en el ámbito de la jurisdicción de menores, sean o no los mismos los sujetos imputados.

c) Cuando alguno de los hechos cometidos sea de los previstos en esta disposición adicional y el responsable del delito fuera mayor de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5.a del artículo 9 de esta Ley Orgánica. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 14, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta⁷¹.

⁷¹ Este apartado fue objeto de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6021-2001, planteada por el Juzgado Central de Menores, por posible infracción de los principios de igualdad ante la ley y de orientación resocializadora de la pena; constitucionalidad del precepto legal que restringe las posibilidades de modificar, sustituir o suspender la aplicación de la medida de internamiento hasta el cumplimiento de la mitad de su duración en los supuestos de comisión de determinados delitos especialmente graves, desestimada por la STC del Pleno 160/2012, de 20 de septiembre de 2012, porque “Resultando irrenunciable, como hemos afirmado, para el cometido final de protección de bienes jurídicos esenciales la finalidad de prevención general de la pena, no puede rechazarse que dicha función haya de ser también predicable de las medidas previstas en la legislación penal de menores, entendiéndose –como hemos visto que ha hecho el

legislador— que las mismas se legitiman también por sus posibles efectos de conminación a los menores infractores y de reafirmación de la vigencia de las normas penales en la ciudadanía... En conclusión a todo lo afirmado, y enfatizando una vez más, con la STC 150/1991, de 4 de julio, que «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, especial trascendencia constitucional— ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal» (FJ 4), el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta introducida por la Ley Orgánica 7/2000 no es contrario al art. 25.2 CE, puesto que, de una parte, no impide totalmente atender a necesidades de reinserción social y, de otra, la limitación que sí establece se halla restringida a supuestos delictivos de especial gravedad cometidos por infractores con edad superior a dieciséis años, en los que el fin de protección de bienes jurídicos puede precisar una mayor atención a funciones legítimas de prevención general... Tampoco desde este criterio del juicio de igualdad cabe efectuar reproche alguno a la norma cuestionada. Ya hemos puesto de manifiesto que la suspensión de la ejecución queda limitada con carácter general a medidas privativas de libertad inferiores a dos años (art. 40 LORPM), lo que conlleva ya una importante restricción a su aplicabilidad en los supuestos que contempla la disposición adicional cuarta, para los que se prevé una medida mínima de un año y máxima de ocho. Ello supone, en una aplicación conjunta de ambos preceptos, que la restricción adicional que incorpora el precepto cuestionado —que impone la mitad del cumplimiento de la medida—, dará lugar a que el periodo máximo de cumplimiento de la medida previo a la posibilidad de suspensión sea de un año, y la mínima seis meses. El precepto de contraste no contempla tal restricción adicional, pero teniendo en cuenta la mayor gravedad de los delitos recogidos en la norma cuestionada, y, consiguientemente, la necesidad de reforzar la eficacia preventivo-general de la respuesta jurídica para la protección de los bienes jurídicos más esenciales del ciudadano y de la sociedad, la citada limitación no se revela desproporcionada” con el voto particular de la Magistrada Asúa Batarrita, al que se adhiere el Magistrado Fernando Valdés Dal-Réas, basado en la “insuficiente contemplación, en el planteamiento de la Sentencia, de las singulares diferencias que comporta el sistema de justicia penal de los menores respecto al general derecho penal de los adultos... la finalidad de reinserción social no puede ser calificada como un mero criterio complementario de orientación de la forma de cumplimiento de las penas, como ocurre con los adultos, sino que se convierte en el criterio central que debe presidir todas las decisiones que afecten al menor... la posposición de los derechos del menor a un tratamiento educativo-resocializador no puede considerarse justificada por «necesidades» de intensificación de la prevención general. La imperatividad de la medida de internamiento cerrado, sin posibilidad de modulación por el órgano judicial, supone sacrificar oportunidades educativas y de integración, o incluso como en el caso a quo, no impedir posibles influencias nocivas que pueden derivar de situaciones de internamiento contraproducente para el menor. El carácter temporal de la supeditación de tales derechos no empece la constatación de la vulneración flagrante. La gravedad de los delitos que motivan las previsiones especiales, tampoco justifica la intensidad de los impedimentos a la individualización

Si los responsables de estos delitos son menores de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de tres años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5.a del artículo 9 de esta Ley Orgánica.

No obstante lo previsto en los dos párrafos anteriores, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de cinco años para los menores de esa edad, cuando fueren responsables de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos entre los artículos 571 a 580 del Código Penal.

Cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 571 a 580, el Juez, sin perjuicio de otras medidas que correspondan con arreglo a esta Ley Orgánica, también impondrá la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

d) La ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia se llevará a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas.

de la respuesta sancionadora conforme a las exigencias constitucionales relativas al tratamiento de los menores de edad. La Convención de derechos del niño no reconoce excepciones al derecho del menor a ser tratado desde parámetros educativos que favorezcan su desarrollo e integración social. En definitiva, la norma cuestionada impide de forma absoluta la ponderación de las circunstancias personales de los menores de edad, con radical preterición, durante un período de tiempo significativo, de la finalidad resocializadora del art. 25.2 CE y de los derechos del menor concernidos ex art. 39.4 CE, frente a otros fines preventivo-generales y especiales de la pena. Por ello, a mi juicio, debió estimarse la cuestión planteada por el Juzgado Central de Menores, declarando la inconstitucionalidad del apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 7/2000 por vulneración del art. 25.2 en relación con el 39.4 CE".

e) La ejecución de las medidas impuestas por el Juez Central de Menores o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional será preferente sobre las impuestas, en su caso, por otros Jueces o Salas de Menores.

f) Los hechos delictivos y las medidas previstas en esta disposición prescribirán con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal.

g) La referencia del último inciso del apartado 4 del artículo 17 y cuantas otras se contienen en la presente Ley al Juez de Menores se entenderán hechas al Juez Central de Menores en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los artículos 571 a 580 del Código Penal.»

Como se puede apreciar, en una sola, y extensa, disposición adicional, se crea un régimen absolutamente excepcional para los delitos de terrorismo cometidos por menores de edad. Así estaba previsto en el Proyecto de Ley, pero, ante la evidencia de la desigualdad de trato respecto a otros delitos, a raíz de una enmienda del Grupo Socialista, se extendió este régimen excepcional a los restantes delitos que describe la Disposición Adicional Cuarta. Aunque originalmente, como indica el título de la ley, la intención era únicamente abordar la delincuencia terrorista (véase el texto remitido al Congreso en el BOCG de 13 de octubre de 2000, nº 18-1), durante su tramitación se endureció también el tratamiento de los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales graves y cualquier otro delito sancionado con pena igual o superior a 15 años en el CP, endureciendo significativamente el régimen punitivo que se había aprobado menos de un año antes. Si bien el principio de igualdad no llevó a restringir este régimen excepcional a los delitos más graves de terrorismo, sino a todos ellos, al margen de la ínfima gravedad que pudieran tener. El elemento que convierte un hecho en terrorista, su finalidad, resulta de mayor trascendencia que la gravedad del delito en sí.

La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de reforma del CP y de la LORRPM (BOE 307, de 23 de diciembre) constituye una de las dos leyes de

reforma de la LORRPM aprobadas antes de su entrada en vigor⁷², lo cual ya es indicativo de la falta de rigor legislativo en el periodo.

Inicialmente, en el Proyecto presentado a las Cortes, no se preveía la sanción de inhabilitación, ni la distinción entre menores y mayores de 16 años, ni la aplicabilidad de estas normas a delitos distintos de los de terrorismo. Sin embargo, tras la enmienda del Grupo parlamentario socialista favorable a la imposición de una medida de inhabilitación especial, se introdujo la sanción de inhabilitación absoluta. Por otro lado, en respuesta a las enmiendas de los Grupos parlamentarios socialista y catalán, se introdujo la distinción entre los dos tramos de edad citados (recogiendo las recomendaciones del CGPJ). Igualmente, a propuesta del mismo grupo, se amplió la aplicabilidad de las normas de la Disposición adicional Cuarta —salvo las relativas a la competencia de la Audiencia Nacional y la sanción de inhabilitación absoluta— a los delitos de homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 139 CP), agresiones sexuales graves (arts. 179 y 180 CP) y en general a todos los sancionados en el CP con pena igual o superior a 15 años.

Por otra parte, se introdujo en la LORRPM una Disposición adicional Quinta, que obligaba al Gobierno a presentar en el plazo de 5 años un informe en el que se evaluarán los efectos y las consecuencias de la aplicación de la Disposición adicional cuarta. A dicho Informe se ha hecho referencia anteriormente.

El Proyecto de Ley modificó el art. 9.5º LORRPM, apartando del régimen de los delitos considerados de extrema gravedad a los delitos de terrorismo y los de homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 139 CP), agresiones sexuales graves (arts. 179 y 180 CP) y en general a todos los sancionados en el CP con pena igual o superior a 15 años. Por tanto, sólo los supuestos de reincidencia serán considerados en todo caso de extrema gravedad, junto con aquellos que siendo

⁷² La otra es la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia (BOE núm. 307, de 23 de diciembre) en la que se reforma el art. 41 LORRPM, para atribuir la competencia inicialmente encomendada a las Salas de Menores de los TSJ a las Secciones de Menores de las Audiencias Provinciales, y se suspende durante dos años la entrada en vigor del art. 4 LORRPM en su Disposición Transitoria única.

calificados como tales no entren en el ámbito de aplicabilidad de la Disposición Adicional Cuarta.

El preámbulo de la LO 7/2000 indica que la finalidad de la reforma, en relación con la delincuencia juvenil, era “reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada ley [LO 5/2000]”, estableciendo “las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad”. A pesar de esta declaración, no puede ocultarse el carácter de legislación de excepción de esta Disposición adicional cuarta, en la cual se regula un régimen de competencia, jurisdiccional y de ejecución, excepcional y de una singular dureza punitiva para los delitos citados. La finalidad de esta intervención penal se justificaba por la necesidad de amparar “otros bienes constitucionalmente protegidos” [los bienes jurídicos agredidos por la violencia de origen político], mediante la intimidación de los posibles autores, y por la de calmar la alarma social que producen, dada “la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad”.

Además de por dichas finalidades, en sí mismas legítimas, trataba de justificarse la reforma por una supuestamente mayor eficacia resocializadora, al atribuir a la reforma la finalidad de facilitar que la “aplicación de las medidas rehabilitadoras, especialmente valiosas y complejas respecto de las conductas que ponen radicalmente en cuestión los valores más elementales de la convivencia, pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados, y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador”.

El legislador apoyaba la necesidad de la reforma de la LORRPM en la “creciente participación de menores, no sólo en las acciones de terrorismo urbano, sino en el resto de actividades terroristas”; datos que no se facilitaban y que no parecen corroborado por las estadísticas policiales y judiciales.

Teniendo en cuenta que la percepción de la gravedad de la delincuencia terrorista de menores de 18 años no parecían responder a la realidad y que las medidas previstas difícilmente iban a mejorar la aplicación rehabilitadora de la LORRPM —como se argumenta posteriormente—, la verdadera motivación descansaba en la respuesta a la inquietud e indignación de la sociedad respecto

del lacerante fenómeno terrorista. Esta será una constante en las reformas penales de la derecha parlamentaria durante esta VII Legislatura.

Por supuesto que la situación provocada por el terrorismo de ETA y por las conductas englobadas bajo el término *kale borroka* resultaba completamente insoportable, desde cualquier punto de vista, y que estas constituían un gravísimo ataque a los derechos fundamentales de amplios sectores de la sociedad. Es cierto que debe reconocerse la terrible victimización a la que esos sectores estaban siendo sometidos, y que debían ponerse los medios necesarios, eficaces y legítimos para terminar con su sufrimiento. Pero el camino emprendido no era ni eficaz ni legítimo.

Se trata de una auténtica ley excepcional, subrepticamente introducida en la legislación ordinaria de menores, que contradice principios esenciales de la misma, tales como el interés del menor, el interés educativo, el principio de proporcionalidad, la renuncia a fines propios del Derecho penal como la prevención especial, especialmente significativa en el ámbito de menores, o a la flexibilidad en la determinación de las medidas. La reforma en su conjunto emprende un camino muy equivocado. Las reformas del Gobierno no denotaban firmeza en el Estado de Derecho sino desconfianza en su capacidad para resistir al terrorismo, no fortalecían el Estado de Derecho sino que lo quiebran. Cuando los poderes legítimos emplean medios punitivos ilegítimos —por contrarios a los principios básicos que fundamentan su ejercicio—, para luchar contra los fenómenos delictivos, pervierten el modelo de sociedad en el que queremos vivir. Uno de los peligros que la irracionalidad terrorista representa tradicionalmente para los Estados democráticos es precisamente que estos abdiquen de sus principios a cambio de un espejismo de eficacia.

Las mencionadas reformas son cuestionables y cuestionadas, entre otras razones por su difícil conciliación con los principios normativos de la Constitución, de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 y de otros textos internacionales (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (1985) —Reglas de Beijing—, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia

juvenil (Directrices de Riad) (1990) y otras en el ámbito de Naciones Unidas⁷³ y Recomendaciones del Consejo de Europa⁷⁴).

Para empezar resulta inaceptable la técnica legislativa de encuadrar toda esta problemática en una disposición adicional, lo cual es implícitamente criticado por el Informe del CGPJ de 27 de septiembre de 2000. Se elimina la referencia al terrorismo y a los delitos de homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 139 CP), agresiones sexuales graves (arts. 179 y 180 CP) y en general a todos los sancionados en el CP con pena igual o superior a 15 años dentro del criterio de la extrema gravedad y se traslada a una Disposición adicional cuarta. Además de la apariencia de ocultismo que da la regulación de una materia tan importante fuera del articulado de la LORRPM, el efecto es la sustracción de esta materia al régimen de la extrema gravedad del 9.5º. Ya ni siquiera se va a exigir que los sujetos sean mayores de 16 años y los hechos realizados con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o la integridad física, al desaparecer la referencia al art. 9.4º. Todos los delitos de terrorismo, desde el

⁷³ Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Artículos 37 y 40; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) Artículo 10(3); Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas (1977). Artículo 85(2); Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990); Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) (1990); Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) (1990); Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) (1985); Administración de la justicia de menores. Resolución del ECOSOC 1997/30 (1997); Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia reformativa en materia penal. Resolución del ECOSOC 2000/14 (2000); Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños y niñas víctimas y testigos de delitos. Resolución del ECOSOC 2005/20 (2005); Los derechos del niño en la justicia de menores. Observación general No. 10 del Comité sobre los Derechos del Niño.

⁷⁴ Resolución (66) 25 sobre el tratamiento de corta duración de los delincuentes jóvenes menores de 21 años; Resolución (78) 62 sobre la delincuencia juvenil y la transformación social. El texto más relevante es la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia de menores (Rec. (2003) 20), de 24 de septiembre de 2003, que avanza sobre las propuestas anteriormente elaboradas por las recomendaciones Rec. (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, y Rec. (88) 6, de 18 de abril de 1988.

asesinato cometido por un joven de 17 años hasta la pegada de un cartel amenazante por un joven de 14 o la tenencia de mecha para la fabricación de un cóctel molotov, son castigados con una sanción penal mínima de 1 año y máxima de 4 u 8 años de internamiento en régimen cerrado, según la edad.

Desde el principio constitucional de proporcionalidad parece insostenible que se puedan sancionar conductas contra la propiedad con la misma pena que el homicidio. Más aún desproporcionado ha de entenderse que por estos mismos actos a un menor de 18 años se le deba internar en un centro cerrado de 1 a 10 años, complementable con una medida de libertad vigilada de otros 5 años. Como destacó la Enmienda nº 68, del Grupo Parlamentario Vasco (BOCG, de 14 de noviembre de 2000, Serie A, nº 18-3), la aplicación de la regla del art. 50.2 LORRPM, junto con la previsión del art. 15.2º párrafo LORRPM, podría dar lugar a una medida de internamiento de 15 años de duración, a cumplir en un centro penitenciario de adultos a partir de los 23 años de edad.

A cualquier conducta delictiva de un menor (independientemente de la gravedad del hecho) se le aplicará un régimen más punitivo que a los delitos considerados de extrema gravedad⁷⁵, abriendo la posibilidad a sanciones penales muy graves, por el solo hecho de tener alguna lejana relación con la ilegítima actividad delictiva de ETA. La Ley del menor establece un criterio relativo a la gravedad del hecho para aplicar muchas de sus disposiciones: la existencia de violencia o intimidación en las personas o grave peligro para la vida o la integridad física. Con la nueva regulación se excepciona y contradice este criterio para los supuestos de terrorismo, convirtiendo en grave un delito que en sí puede no serlo.

⁷⁵ Esta extrema desproporción fue corregida *contra legem* por el Juzgado Central de Menores, que llegó a imponer medidas de trabajo en beneficio de la comunidad, obviando la preceptiva de internamiento.

2. Subsistema procesal y de ejecución de las medidas

La imposibilidad de modificar, suspender o sustituir la medida durante al menos la mitad de la condena impuesta, antecedente del art. 36.2º CP 2003, parece colisionar claramente contra la orientación de las penas y medidas a la reeducación y reinserción social que establece el artículo 25.2 de la Constitución. Esta norma de cumplimiento mínimo efectivo en régimen cerrado de entre 6 meses y 5 años merece la misma valoración que la regla análoga del art. 9.5º LORRPM.

La atribución de competencia al Juzgado Central de Menores —al que en 2003 se atribuirían las funciones del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria— dependiente de la Audiencia Nacional (constituido por RD 3471/2000, de 29 de diciembre) para enjuiciar a menores de 14 a 18 años se justifica por la necesidad de “que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician” (Apartado V del Preámbulo de la LO 7/2000). Esto es, según se deduce de las notas de prensa del Ministerio de Justicia, para garantizar la imparcialidad e independencia de los jueces frente a las presiones que sufren los jueces del País Vasco. Pero, siendo ciertas las presiones intolerables a las que se veían sometidos los jueces, y otros muchos sectores de la población vasca y española, es dudoso que quepa afirmar que dichas presiones, coacciones y amenazas hayan afectado realmente a los jueces en el País Vasco en el ejercicio de su función⁷⁶.

Aunque el preámbulo de la LO 7/2000 afirme que no se pretende excepcionar la aplicación de la ley a estos menores, sino “reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada Ley”, lo cierto es que esto no es así. La nueva ley penal juvenil establecía que solo podían ser enjuiciados por el Juzgado de

⁷⁶ Recientemente el Fiscal Superior del País Vasco, Juan Calparsoro, entendía llegado el momento de devolver las competencias en materia de terrorismo al juez natural en virtud del lugar comisión (véase Diario La Ley nº 8133 de 24 de julio de 2013). Con mayor razón, a mi juicio, resulta imperativo y urgente acabar con el régimen excepcional de enjuiciamiento y ejecución de medidas juveniles en el ámbito del terrorismo.

Menores competente territorialmente, sin excepción alguna por razón del delito. La nueva ley del menor quería sustanciar la responsabilidad penal de los menores conforme a unos principios propios, distintos de los de los adultos, con un procedimiento más flexible, menos formal y estigmatizante, precisamente porque son menores, esto es, porque el desarrollo de su personalidad exige un tratamiento diferenciado. Si el articulado de la nueva ley ya presenta contradicciones con los fines anunciados en su Exposición de Motivos, estas reformas solo contribuyeron a agravar las mismas.

Además, hay que recordar que en la jurisdicción de menores es el Ministerio Fiscal quien instruye el expediente. A este respecto, no olvidemos la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal, su falta de independencia y su vinculación directa al Gobierno.

Junto con la anterior, la creación de centros especiales de internamiento dependientes de la Audiencia Nacional para la ejecución de estas medidas es la previsión que mayores reparos suscitó entre magistrados y fiscales. La LO 7/2000 la justifica en la necesidad de que “la aplicación de las medidas rehabilitadoras”, “pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados y por un tiempo suficiente”.

En primer lugar, no se puede olvidar que la Comunidad Autónoma del País Vasco es competente en materia de ejecución de las medidas impuestas a menores (art. 10.14 del Estatuto de Autonomía, Real Decreto 815/1985, de 8 de mayo, sobre traspasos de servicios a la Comunidad Autónoma del País Vasco, y Decreto 196/1985, de 11 de junio que publica los Acuerdos de la Comisión Mixta de transferencias, además de lo dispuesto en el art. 45). El Proyecto de Ley estaría produciendo una derogación implícita de esta normativa de desarrollo del Estatuto y creando un sistema de ejecución absolutamente excepcional, no solo en cuanto al órgano judicial competente, sino en cuanto a la administración competente y el territorio en el que se va a producir la ejecución.

En segundo lugar, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de Pekín de 1985, prescriben que “ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres”. El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en sus Recomendaciones de 1987 sobre Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, aconseja: “evitar la remisión de los menores a la jurisdicción de adultos, cuando existen

jurisdicciones de menores”, “que las intervenciones con respecto a los jóvenes delincuentes se realicen con preferencia en el ambiente natural de la vida de éstos”, “prever establecimientos educativos de pequeñas dimensiones bien integrados en el medio social, económico y cultural ambiente”, “favorecer las relaciones con la familia”, “evitando el internamiento demasiado alejado y poco accesible” y “manteniendo el contacto entre el medio de internamiento y la familia”.

La incompatibilidad de estos centros especiales con los textos internacionales es, a mi juicio, manifiesta. Encerrar a menores de 14 a 18 años, en principio procedentes del País Vasco y Navarra, en algún centro alejado a cientos de kilómetros de sus familias, escuelas, barrios, amigos/as sería gravemente contraproducente para su reeducación y reinserción social. Mientras que en adultos se declara que el principio favorecedor de la reinserción en adultos condenados por delitos de terrorismo es la dispersión, en menores se optó por el principio de concentración alejada (en el Centro “Los Rosales”, de la Comunidad de Madrid, en Carabanchel). Si se entiende que estas conductas delictivas son el producto de la socialización en valores ajenos al respeto a la vida y la libertad de los que opinan distinto, la concentración sólo puede producir un efecto de reforzamiento de los mismos y de su autopercepción como víctimas, no sólo en los menores, sino también en su entorno familiar y social.

En mi opinión, la firmeza contra el terror desde el Estado de Derecho es lo contrario a reformar la legislación penal de forma reactiva, introduciendo en ella modificaciones de dudosa constitucionalidad y con la oposición de importantes sectores sociales, políticos, de la judicatura y de la fiscalía.

Por otra parte, las medidas excepcionales en Derecho penal tienen habitualmente una gran fuerza expansiva, de forma que se pueden terminar convirtiendo en regla general, afectando a sectores de población para los cuales no estaban pensadas. Esta *vis expansiva* se manifestó ya en las enmiendas presentadas por el Grupo socialista, enmiendas 29 y 30, incorporadas parcialmente al texto definitivo. Se produce el perverso efecto de incrementar la duración máxima de las medidas con carácter general, incrementando el límite de duración del internamiento —para los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales graves, y todos los sancionados con pena igual o superior a 15 años— de 5 a 8 años (o a 10 años) para los mayores de 16 años, y de 2 a 4 (o 5 años) para los menores de 16 años. Lo que 10 meses antes se consideraba

sanción suficiente para todos los supuestos de extrema gravedad, tras el proceso de reforma para dar respuesta a la llamada *kale borroka*, ya no se considera adecuado.

Por tanto, una ley como la del menor, que se declaraba en su Exposición de Motivos de “naturaleza educativa”, que renunciaba a “otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación a los destinatarios de la norma”, y que establecía el primado del “superior interés del menor”, se adultera por la utilización meramente simbólica del Derecho penal. Antes de entrar en vigor, el propio promotor de la misma ya duda y desconfía de la norma que ha aprobado. La intención de dar una respuesta educativa y no represiva a la delincuencia juvenil, se frena en seco optando por la regresión al castigo.

La función de prevención general positiva de las normas penales significa que aquellas deben lograr la adhesión de los miembros de la comunidad cuya convivencia regulan, precisamente porque se perciben como justas, como capaces de garantizar un modelo de convivencia basada en los derechos humanos. Unas normas que se perciban como “terror penal”, como excesivas, como injustas, provocarán el efecto contrario, y por ello la ineficacia del Derecho para pacificar la convivencia social.

3. LO 15/2003: Acusación particular en el procedimiento de menores y las futuras reformas

Al cabo de poco tiempo, el 27 de noviembre de 2003, entró en vigor una nueva modificación de la Ley Orgánica 5/2000, por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 283, de 26 noviembre). Esta reforma consistió en la modificación de los artículos 8 y 25 de la LO 5/2000 y en la introducción en esta de una nueva Disposición Adicional Sexta.

La modificación de los arts. 8 y 25 obedece a la introducción en la ley de la posibilidad de que las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales puedan personarse en el procedimiento como acusación particular, con las facultades y derechos que en el nuevo artículo 25 se establecieron. De nuevo se observa el carácter de

laboratorio de la jurisdicción penal de menores. Será en este año 2015 cuando entre en vigor el Estatuto de la Víctima, Ley 4/2015, de 27 de abril (BOE 101, de 28 de abril), que entrará en vigor el 28 de octubre de 2015, la cual prevé en su artículo 13 la participación de la víctima en la fase de ejecución, incluso no siendo parte procesal.

Por otro lado, la nueva Disposición Adicional 6ª, asombrosamente, señalaba ya la dirección en la que se impulsarían nuevas medidas, supuestamente tras la evaluación de los efectos y consecuencias de la Disposición Adicional 4ª (Aplicación a los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código penal con pena de prisión igual o superior a quince años); evaluación en sede parlamentaria prevista para antes del 13 de enero del 2006 en la Disposición Adicional 5ª de la LO 5/2000.

Según la nueva Disposición, oídos el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las Comunidades Autónomas y los Grupos Parlamentarios, el Gobierno procedería a:

- impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos de especial gravedad cometidos por menores, esto es, homicidio, asesinato y agresiones sexuales graves (artículos 138, 139, 179, 180 CP).
- Con esta finalidad:
 - se establecerá la posibilidad de prolongar el internamiento
 - su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas
 - posibilidad de su cumplimiento en centros penitenciarios a partir de los 18 años.

Esta modificación de la LO 5/2000 se operó durante la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (la que sería la LO 15/2003). Remitido el texto del Congreso al Senado, el 11 de octubre los Grupos Parlamentarios Popular, Catalán y de Coalición Canaria presentaron una enmienda nº 255 (BOCG, Senado, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145) con el contenido antedicho. Esta enmienda es aceptada por el Informe de la Ponencia (20 de octubre) y se

aprueba en la Comisión de Justicia del Senado el 28 de octubre, prácticamente sin mención alguna en el debate. Aprobada finalmente por el Congreso de los Diputados el 6 de noviembre, su publicación en el BOE se produce el 26 de noviembre, entrando en vigor el día siguiente.

En primer lugar, desde el punto de vista del proceso legislativo, el modo de modificar la LO 5/2000 resulta sorprendente y criticable. Es claro que se trata de un impulso gubernamental, que aprovecha la última fase de la tramitación parlamentaria⁷⁷ de una modificación del Código penal, para introducir reformas legales de suma importancia, sustrayendo en la práctica a los representantes de la voluntad popular la oportunidad de un debate sereno y prolongado. Se elude así también, como respecto a gran parte de la reciente LO 1/2015, el preceptivo informe del CGPJ.

Además, se priva —a la sociedad en general, a los expertos en la materia, a los aplicadores del Derecho— de la posibilidad de un debate público en profundidad de materias de esta trascendencia. Y lo que es muy relevante, no se consulta a las Comunidades Autónomas, que son las entidades responsables de las políticas de infancia y juventud y de la ejecución de las medidas juveniles.

El Ministerio de Justicia menosprecia de esta manera la separación de poderes y al poder legislativo, operando reformas en la legislación orgánica casi de manera directa, mediante la obediencia de los parlamentarios al partido que sustenta el gobierno, pero privando al parlamento de la realización de sus funciones propias; una fradulenta elusión de la separación de poderes, legislándose desde el Poder ejecutivo mediante la complicidad del grupo de senadores afines.

Según Francisco Laporta, Catedrático de Filosofía del Derecho en la UAM, constituye un fraude a la Constitución la técnica de introducir enmiendas ajenas a la ley que se tramita, un ninguneo de las Cortes Generales⁷⁸.

⁷⁷ Se vuelve a repetir el fraude por ejemplo en la tramitación de la LO 7/2014.

⁷⁸ “La degradación de las Cortes Generales”, en el diario El País de 5 de diciembre de 2003: “En estos días se ha vuelto a recordar aquel célebre comentario de Bismarck: “La gente no

Esta fue la cuarta ley que afectó a la LO 5/2000 desde su aprobación el 12 de enero del 2000. Sin embargo, aún no había sido aprobado el Reglamento de desarrollo de la ley al que se alude en la Exposición de Motivos. Un instrumento jurídico cuya necesidad se había reclamado insistentemente por los operadores jurídicos⁷⁹, principalmente por las CC.AA, entes competentes para la ejecución de las medidas. Así mismo, la inmediata aprobación de un reglamento de desarrollo de la ley había sido reclamada por el Defensor del Pueblo⁸⁰.

Por otra parte, las motivaciones que informaban el impulso gubernamental, a tenor de las declaraciones públicas realizadas, eran de carácter puramente coyuntural, estados de opinión en los medios de comunicación de masas generados por lamentables hechos concretos. Desde el inicio de la tramitación de la ley en vigor, hubo tiempo y oportunidad para un debate en todas las instancias que culminó en el texto originario de la LO 5/2000. Las razones que pudieran haber motivado el impulso reformista posterior ya estaban presentes a lo largo del mismo.

dormiría tranquila si supiera cómo se hacen las salchichas y las leyes". No sé lo que pasará hoy con las salchichas pero en punto a leyes la cosa está, efectivamente, como para no dormir... La actividad legisladora que desarrolla esa representación del pueblo español y su voluntad soberana es actualmente un fraude sin paliativos... Pero el colmo del descaro es la utilización del Senado para evadir toda deliberación y legislar con urgencia a gusto del Gobierno... Todo aquello que se quiere poner en vigor con prisas y poca reflexión va en una enmienda inesperada adherida a cualquier ley que esté tramitándose en el Senado. Eso es lo que se llama coloquialmente "colgar" enmiendas. En el arte de colgar enmiendas la mayoría absoluta del PP, tan constitucionalista ella, ha adquirido una rara habilidad y una ilimitada osadía. Lo ha venido haciendo a lo largo de estos meses hasta extremos escandalosos..."

⁷⁹ Las Conclusiones (punto 4) del curso sobre *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales* (Dirigido por ORNOSA FERNÁNDEZ, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2001) estimaban como urgente la publicación de un Reglamento de ámbito estatal que regulara aspectos esenciales de la LORRPM que necesitaban de ese desarrollo normativo para su correcta aplicación.

⁸⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Primer año de vigencia de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. 2002. Conclusión nº 20 y Recomendación nº 8ª al Ministerio de Justicia

Según la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, punto 7, “al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma..., se pretende *impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares.*”

Uno suponía que en algún momento del proceso legislativo se corregiría esta expresión de la Exposición de Motivos y se daría razón del cambio de criterio por el cual ya no se considera que la acusación particular sea perjudicial para el menor, contraria a su interés —superior a otros— y contraria a la naturaleza educativa de la intervención, pero no fue así.

La LO 4/1992, vigente hasta la LO 5/2000, no preveía la posibilidad de acciones de particulares. El Libro Blanco de la Justicia de 1997 descartaba la acusación particular en el proceso de menores, sin perjuicio de establecer mecanismos para garantizar los derechos de las víctimas. El Proyecto de Ley Orgánica remitido por el Gobierno del Partido Popular a las Cortes el 16 de octubre de 1998 prohibía en su art. 25 las acciones de particulares.

Sin embargo, una enmienda propuesta por el Grupo Catalán, admitida como transaccional por el Grupo Popular en el Senado, modificó el inicial art. 25 para darle la redacción finalmente aprobada en la LO 5/2000, esto es, una semi-acusación particular para hechos de cierta entidad atribuidos a personas menores de 18 años y mayores de 16. Según algunas opiniones doctrinales se instituía así una “figura híbrida que no satisface a nadie”⁸¹. Unos sectores valoran que, una vez decidida la participación de la víctima en el proceso, se debiera haber establecido una mayor capacidad de actuación procesal⁸². Otros

⁸¹ BARREDA HERNÁNDEZ (2001, p. 525).

⁸² Así, solicitando una ampliación de la intervención de mayor o menor alcance, autores como BARREDA HERNÁNDEZ (2001, p. 525); GONZÁLEZ CANO (2002); MIRANDA ESTRAMPES (2000); RICHARD GONZÁLEZ (2000, p. 1). Las enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la responsabilidad penal de los menores del Grupo socialista en el Congreso,

sectores se manifestaron en sentido contrario, valorando negativamente la introducción de esta figura cercana a la acusación particular⁸³

El Grupo de Estudios de Política Criminal, en su Proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores, proponía la prohibición de acciones por particulares, al estimar que no debe haber ninguna excepción a la prohibición de acciones por particulares⁸⁴.

No está de más recordar que la Convención de Derechos del Niño de 1989, que forma parte del ordenamiento interno al haber sido ratificada por España y publicada en el BOE (v. art. 96.1 CE), establece en su artículo 40.3 que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de Leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños..., y en particular: b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.” Aunque no con carácter absoluto, es claro que el legislador internacional quiere sustraer a los menores de edad, en la medida de lo posible, de un enjuiciamiento similar al de adultos, en virtud de los criterios de superioridad del interés del menor y evitación del etiquetamiento y la estigmatización.

Autores como BUENO ARÚS (2001, p. 73), tan relevante en el proceso legislativo, afirmaron que la acusación particular en el procedimiento de menores sería contraria a este nuevo género de responsabilidad penal, la responsabilidad juvenil, que renuncia a la vindicación y a la prevención general y se dirige a la prevención especial educativa.

consecuencia del anterior proyecto del gobierno socialista, preveían la figura de la acusación particular.

⁸³ BUENO ARÚS (2001); CUELLO CONTRERAS (2000, p. 80); GARCÍA INGELMO (2000); RÍOS MARTÍN (2001, p. 235).

⁸⁴ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2000, p. 49).

Con la nueva regulación se introdujo en 2003 una auténtica acusación particular, incluso con más facultades que en la legislación de adultos —la intervención en la ejecución de la medida—, y para cualquier clase de hechos —queda la duda de si en las faltas— e independientemente de la edad de la persona. Como se puede observar, la ampliación de la intervención procesal de la víctima es muy relevante.

De acuerdo con el principio acusatorio (art. 8) y dado que la flexibilidad del art. 7.3 LO 5/2000 en la determinación de la medida reduce las indicaciones legales ligadas a la proporcionalidad como límite (art. 25.1 CE y STC 36/1991), la introducción de la acusación particular provoca una importante inflación penal, en la medida en que la medida solicitada por el Ministerio Fiscal —en defensa de la legalidad y de los intereses sociales y atendiendo al carácter superior del interés del menor— ya no va a constituir el límite de la medida a imponer por el juzgador.

Es cierto que la figura creada en la LO 5/2000 había suscitado dudas y críticas, tanto desde quienes reclamaban una mayor intervención como de quienes preferían el proyecto inicial que excluía las acusaciones particulares. Sin embargo, cuando se legisla de esta manera precipitada y sin debate ni científico ni político, se corre el riesgo de extralimitarse y no atender adecuadamente ni a unas demandas ni a otras.

La legislación aprobada en 2000 suponía un punto de equilibrio; un lógicamente tenso equilibrio entre el interés de la víctima —su derecho a la tutela judicial efectiva— y el interés de la sociedad en ejercitar el *ius puniendi* respecto a los menores conforme a los fines preventivo-educativos y no vindicativos declarados en la Exposición de Motivos de la Ley.

Un punto de equilibrio situado en que el Ministerio Público, en defensa de la legalidad y los intereses de la sociedad, ejerce la acusación en exclusiva y asume la función de atender a los intereses de la víctima, informarla, etc. Para los casos de determinada gravedad cometidos por mayores de 16 años se relativizaba la idea general de preservar al menor de posibles intervenciones negativas y se daba cierta entrada a la víctima, para que pudiera defender por sí misma sus intereses legítimos, entre los cuales no se incluía solicitar una medida concreta.

Un punto de equilibrio entre esos dos polos de interés mencionados y recogidos en la Exposición de Motivos. En 2003 se altera ese punto de equilibrio sin debate y sin explicación alguna.

Aunque en realidad en la ley existan otros fines —a pesar de las declaraciones de la Exposición de Motivos de la Ley—, las medidas no deben tener como finalidad principal ni la intimidación general, ni la ejemplarización hacia el resto de los menores, ni la confirmación de la vigencia de la norma infringida a los ojos de la comunidad a costa de la sanción a la persona menor de edad, ni la mera inocuización de la peligrosidad del menor mediante su apartamiento físico de la sociedad, sino la de dar la respuesta más adecuada para que esta persona no vuelva a delinquir, mediante, si es el caso, su plena integración social en condiciones de no volver a delinquir (arts. 9.2 y 25.2 CE). La prevención especial es un interés social; es una finalidad que pretende proteger a la sociedad poniendo los medios para que la persona que ha delinquido no reincida, esto es, pretende evitar nuevas victimizaciones. No lleva a un beneficio gratuito para el menor ni a un mensaje de impunidad.

Si la participación de la víctima —erróneamente denominada perjudicado— en el proceso de menores no se estimaba completamente satisfactoria, lo oportuno habría sido reabrir el debate y delimitar consensuadamente la ampliación, en su caso, de la participación procesal de la víctima.

Sin descartar que la posición de la víctima en el sistema de justicia juvenil pudiera ser fortalecida mediante las oportunas reformas legislativas, entre otros medios posibles, la precipitada modificación emprendida en 2003 no parece ni en el fondo ni en la forma la vía adecuada.

La Disposición adicional Sexta introducida por la LO 15/2003 señalaba el sentido de las futuras reformas de la LO 5/2000, dirigidas a impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos de especial gravedad cometidos por menores, esto es, homicidio, asesinato y agresiones sexuales graves (artículos 138, 139, 179, 180 CP). Con esta finalidad, se establecería la posibilidad de prolongar el internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento en centros penitenciarios a partir de los 18 años.

La justificación de la enmienda nº 255 referida (BOCG, Senado, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145) es “la apertura de un proceso de reforma reflexionada, serena y dialogada, pero necesaria, que permita incluir en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor aquellas medidas que se manifiesten como oportunas para una mayor eficacia en la aplicación de esta norma”. Para este fin no era necesario, ni siquiera beneficioso, indicar ya el sentido de las medidas. Desde luego se opera con la presunción de que la mayor eficacia se consigue con mayores penas, lo cual dista mucho de ser cierto. En todo caso, el criterio de la eficacia es de carácter meramente instrumental y utilitario, por lo que queda vacío de contenido si no se especifica cuáles son los fines perseguidos.

Es indubitable que la orientación político criminal de las reformas apuntadas en la nueva Disposición Adicional suponen, como ya lo hiciera la LO 7/2000, un profundo cuestionamiento de los fines y principios que informan la LO 5/2000 y que su Exposición de Motivos declara, así como de los principios informadores de la normativa internacional y constitucional⁸⁵.

Las conclusiones de los participantes en el Curso de Jueces y Fiscales⁸⁶ (punto 10) aluden a la afección a los principios de la legislación juvenil (rechazo de la retribución y de la prevención general) y la quiebra del principio de flexibilidad en relación con la LO 7/2000. Dado que las modificaciones a que apunta la Disposición Adicional 6ª observan la misma dirección punitiva, la crítica sería reproducible.

Una nítida línea político-criminal informa las modificaciones de la legislación penal, procesal-penal y penitenciaria de estos últimos años: el endurecimiento de las sanciones penales, aparentemente con la finalidad de conseguir una mayor

⁸⁵ En esto, hay que coincidir con el referido Voto particular de la STC 160/2012 y no con la sentencia del pleno. Y con el marcado proceso de desnaturalización de la legislación juvenil, al hilo de las modernas corrientes penales de protección de la víctima, inicialmente inspirada en criterios progresistas y de protección del superior interés del menor como sujeto merecedor de un tratamiento específico (Valbuena García 2008).

⁸⁶ En ORNOSA FERNÁNDEZ (2001). Véase también IZAGUIRRE GUERRICAGOITA (2001); RÍOS MARTÍN (2002, pp. 487-508).

eficacia preventiva mediante el aumento de la intimidación penal y, a su vez, como instrumento de prevención general positiva, en este caso como pretensión de generar confianza en la acción de los poderes públicos.

Con carácter general, no se puede decir que las modificaciones legislativas respondan a estudios científicos de carácter criminológico o político-criminal. Al contrario, parecen responder a impulsos coyunturales ligados a una determinada interpretación de la sensibilidad pública.

Estos elementos están, a mi juicio, en la base de la Disposición Adicional 6º.

Para justificar la necesidad de reforma de la legislación penal juvenil se aduce habitualmente que se está produciendo un incremento de la delincuencia juvenil. En los años 70, el Presidente del Consejo Superior de Protección de Menores decía: “Estamos en presencia de una ola de violencia que se refleja también en el comportamiento de la infancia y la juventud”⁸⁷. Podríamos encontrar citas similares de ayer y de finales del siglo XIX. La delincuencia juvenil ha existido y existirá siempre como uno de los problemas más sentidos de la sociedad, sin que ello justifique el incremento del rigor punitivo, cuya eficacia nunca ha sido demostrada.

En la provisional ley de 1992 la sanción máxima que se imponía a los adolescentes de 12 a 16 años era de 2 años de internamiento. La ley que se aprobó en el año 2000 preveía una sanción máxima de 2 años de internamiento cerrado para los adolescentes de 14 a 16 años y de 5 años para los de 16 a 18 años. Conforme a la Disposición Adicional 4ª (LO 7/2000) y al art. 10.2º LORRPM actualmente vigente la sanción máxima prevista en la actualidad es de 8 años de internamiento, con el periodo de seguridad de la mitad de la pena, a los que se suman 5 años de libertad vigilada, en total 13 años.

En conclusión, la respuesta penal a los adolescentes en España no sólo no es excesivamente benigna, sino que se había ido ya endureciendo enormemente desde las primeras decisiones legislativas, en contra de los criterios que se habían establecido más pausadamente.

⁸⁷ Citado por MÉRIDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES (2001), p. 33.

Esta línea de endurecimiento no es compatible, a mi juicio, ni con los textos internacionales, ni con el derecho comparado, ni con las propuestas de política criminal mayoritarias entre los especialistas, ni con los principios que en un momento inspiraron la responsabilidad penal juvenil y que la Exposición de Motivos de la Ley declara.

El Informe del Comité de Derechos del Niño sobre España (CRC/C/15/Add. 185 de 13 de junio del 2002, puntos 53 y 54) ya mostraba su preocupación por el incremento de la duración del tiempo de detención y las medidas de internamiento y que la privación de libertad no sea utilizada como último recurso, recomendando a las autoridades españolas que revisase los periodos de detención e internamiento para adecuarlos a las previsiones generales y alentando el uso de alternativas a la privación de libertad.

La dirección de reforma apuntada por la Disposición Adicional 6ª deriva hacia la misma negación del derecho penal juvenil. Ya con la LO 7/2000 fueron numerosísimos los autores y autoras que opinaban que se estaban quebrantando los principios recogidos en la ley. Con una aún mayor prolongación de la duración de las medidas, el endurecimiento de las medidas de seguridad de los centros, y sobre todo con el cumplimiento en centros penitenciarios a partir de los 18 años, se está *de facto* aplicando a los menores de edad un derecho penal de adultos aunque nominalmente se incluyera en una ley de responsabilidad penal del menor.

El citado Grupo de Estudios de Política Criminal proponía, en cuanto a la duración de las medidas, su limitación a 3 años para los mayores de 16 años, en comparación con los entonces 5 años máximos previstos (no había entrado en vigor la LO 7/2000), por considerar excesivos los 5 años de duración, estimando que en todo caso las medidas de internamiento debieran tener una duración máxima de 2 años. La obligación de que en el art. 9.5º la medida de internamiento tenga un mínimo de un año se estimaba contraria al principio de que son las circunstancias personales del menor y su grado de madurez el criterio preponderante.

La Exposición de Motivos de la LO 5/2000 establece la “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad... las especiales exigencias del interés del menor... flexibilidad en la adopción y

ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto...”. Se reconoce “la naturaleza de disposición sancionadora” pero “una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, *rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma...*, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor”.

“Con la Ley se quiere responder a las expectativas creadas en la sociedad española sobre el tema de la delincuencia juvenil. En particular, el espíritu de la Ley es orientar a los menores de edad, de 14 a 18 años, para que tengan presente el daño producido como consecuencia de sus actuaciones. Para ello, se hace hincapié en la labor de reeducación de los profesionales y las instituciones sobre la base de las circunstancias sociales, personales y familiares de cada uno de ellos. En ocasiones, la trascendencia de los hechos genera una responsabilidad de la que debe ser consciente el infractor. En estos casos, es cuando se deben tomar las medidas oportunas, que no han de ser represivas sino preventivas y orientadas a la efectiva reinserción y en interés del menor.”⁸⁸ Estas orientaciones político-criminales se compadecen mal con la dirección que la futura Disposición Adicional 6ª apunta para las reformas y que se consumó con la LO 8/2006.

⁸⁸ José María Aznar, Prólogo a MÉRIDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES (2001).

G. Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, el subsistema penitenciario antiterrorista

La gran progresión —en el sentido de endurecimiento en el que se venía caminando con carácter general en las reformas penales— se produjo con la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que entró en vigor al día siguiente de su publicación⁸⁹ (BOE nº 156, de 1 de julio de 2003), y que tuvo como principales efectos en materia de terrorismo⁹⁰:

- crear el “periodo de seguridad” en el art. 36 CP⁹¹, al que por las administraciones penitenciarias se le otorgó efecto retroactivo, hasta que la jurisprudencia lo impidió

⁸⁹ Sin duda llama la atención que una reforma de esta relevancia, que implica una sustancial variación del régimen de instituciones como la clasificación en tercer grado o la libertad condicional, con eficacia retroactiva en algunas de sus previsiones, entre en vigor al día siguiente de su publicación, sin periodo de *vacatio legis* alguno para la adaptación del sistema a la nueva ley y para que los operadores jurídicos y las personas afectadas puedan acceder a un conocimiento suficiente de la misma antes de su entrada en vigor.

⁹⁰ Se transcriben los preceptos afectados por la utilidad de que el lector tenga a la vista su tenor literal dado que han sufrido modificaciones relevantes con la LO 1/2015.

⁹¹ «2. 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.

El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate 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, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.»

Artículo que fue modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio, para que el periodo de seguridad fuera discrecional, salvo para determinados grupos de delitos y delincuentes, entre los que están los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII.

- la modificación del art. 76 CP⁹², para elevar el límite de cumplimiento de penas acumuladas hasta los 40 años
- la reforma del art. 78 CP⁹³ para generalizar y convertir en preceptiva la tendencia al cumplimiento íntegro de la pena de prisión en primer o segundo grado

⁹² «Artículo 76:

1. 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:

- **a)** De 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.
- **b)** De 30 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 superior a 20 años.
- **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.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.»

⁹³ «Artículo 78:

1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

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

3. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal,

- el art. 90 CP⁹⁴, para exigir nuevos requisitos para la concesión de la libertad condicional
 - el art. 91 CP⁹⁵, para vedar a los condenados por terrorismo el adelantamiento de la libertad condicional a las 2/3 partes existente
-

Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. 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 anterior posibilidad sólo será aplicable:

- **a)** Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.
- **b)** A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.»

⁹⁴ «Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además 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, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.»

⁹⁵ «Artículo 91:

1. Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate 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, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

2. A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo

para los demás penados así como también el nuevo beneficio penitenciario introducido en el 91.2º de 90 días de adelantamiento de la libertad condicional por año de cumplimiento efectivo, también excluido para los condenados por terrorismo)

- el art. 93.2º y 3º⁹⁶, para reforzar el seguimiento y posible revocación de la libertad condicional para estos delitos y establecer la pérdida del tiempo cumplido en libertad condicional
- así como un nuevo apartado 5º a la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ⁹⁷ (con el fin de dar efecto suspensivo a los recursos del Ministerio Fiscal contra resoluciones que supongan excarcelación)

anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.»

⁹⁶ «2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda.

3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.»

⁹⁷ «5. Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.

Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.»

- y el 72.6º LOGP, para introducir respecto a la clasificación en tercer grado los mismos requisitos que a la libertad condicional
- estableciendo la aplicación retroactiva, independientemente del momento de comisión del delito o la fecha de la condena, conforme a su Disposición Transitoria Única⁹⁸, de lo previsto en los arts. 90 y 93.2º CP y 72.5º y 6º LOGP⁹⁹: “*aplicable a las decisiones que se adopten*

⁹⁸ «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. »

⁹⁹ «5. 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, 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.

Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
- d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además

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”.

Ha de advertirse que las especialidades introducidas se refieren con carácter general (arts. 36.2º, 78, 90 y 91 CP y 72.6º LOGP) a los “delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II o cometidos en el seno de organizaciones criminales”¹⁰⁰. Lo mismo en los arts. 76.1º.d) y 93.2º y 3º CP 2003, pero en estos preceptos no se afecta a los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. La sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II no comprende los delitos de promoción, dirección y pertenencia a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas del entonces vigente 515.2º y 516 CP. Por otro lado, el texto vigente no contenía una definición de organización criminal.

Pero a partir de la Disposición Adicional Primera de la LO 5/2010¹⁰¹, que entró en vigor en diciembre de ese año —lo cual es muy relevante a efectos de

hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.»

¹⁰⁰ Lo que a duras penas pretende disimular que el objetivo real de la reforma es el terrorismo, lo cual resulta evidente en la lectura de la justificación de la reforma, en su defensa en el Parlamento por parte del Ministro de Justicia y en el propio tenor literal de los preceptos; además de ejemplificar una vez más la fuerza contaminante del derecho penal excepcional. En similar sentido, RENART GARCÍA (2003, p. 155), QUINTERO OLIVARES (2004, p. 92), FARALDO CABANA (2004, p. 334), JUANATEY DORADO (2004, p. 17) y LLOBET ANGLÍ (2007, p. 3).

¹⁰¹ “**Disposición adicional primera.**

Las referencias que se hacen a los delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II en los artículos 76 y 93 del Código Penal, se entenderán hechas a

aplicación en el tiempo de estos preceptos, y dada también la frecuencia con que en los últimos tiempos se ha condenado exclusivamente por pertenencia a organizaciones ‘satélites de ETA’¹⁰²—, la referencia a *“los 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”*, ha de entenderse hecha a *“delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas o delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII”*, por lo cual ya sí afectan a los delitos del art. 571 CP 2010, *“o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales”*, que se definen entonces en los nuevos arts. 570 bis y ter CP 2010.

Referencias que de nuevo se ven afectadas por la reforma operada por la LO 2/2015, de 30 de marzo, en los delitos de los arts. 571 a 580 CP. A veces parece que el objetivo del legislador, con estas sucesivas, parciales, conectadas y superpuestas reformas es que no sepamos cuál es la normativa aplicable a cada supuesto.

Además, hay que recordar que esta reforma de las normas sustantivas sobre la ejecución de las penas de 2003 se complementa con la reforma de la LECrim y de la LOPJ por la Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo [por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de

delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de dicho Código.

Las referencias que se hacen a los delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, en los artículos 78, 90 y 91 del Código Penal, se entenderán hechas a delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de dicho Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales.

Se suprime la expresión «bandas armadas» de los artículos 90, 170, 505, 573, 575, 577 y 580 del Código Penal.”

¹⁰² Entrando en algunos casos de lleno en el terreno del delito político en sentido estricto. Véase MIRA BENAVENT (2013a y 2013b).

diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial], que se analiza en un apartado posterior¹⁰³

En primer lugar, ha de hacerse notar que esta reforma competencial equipara cualquier delito de terrorismo, independientemente de su gravedad —y los hay en los artículos 571 a 579 CP castigados con penas de muy diversa gravedad, desde los 6 meses de prisión hasta, hoy día, la prisión permanente—, incluso por imprudencia e incluso hechos que el art. 579.4º CP califica de “objetivamente de menor gravedad” permitiendo la rebaja en uno o dos grados. La equiparación no puede atribuirse sino a las resonancias del término, a su identificación con los delitos más graves y al efecto simbólico que se busca.

Por otro lado, la Exposición de Motivos no nos explica por qué hay una disociación no deseada, qué merma de la eficacia de la política criminal se estaría produciendo, qué disfunciones se pretenden evitar derivadas de la centralización de la instrucción, el enjuiciamiento y la ejecución de las penas en la Audiencia Nacional y la atribución de las competencias de vigilancia penitenciaria a los órganos territoriales. De nuevo estamos ante una exposición de motivos encubridora de las verdaderas motivaciones y finalidades, como se verá en el apartado posterior correspondiente.

Si al inicio de la legislatura se creó el subsistema penal, procesal y penitenciario para los menores de edad, con la LO 7/2000, a finales de la misma

¹⁰³ Atribución competencial motivada en razón de que “la limitación de las competencias del citado órgano jurisdiccional [la Audiencia Nacional] a la instrucción y enjuiciamiento de los delitos y, en especial, la desconexión entre aquellas funciones judiciales y las de ejecución de las penas impuestas puede estar produciendo en la actualidad una disociación no deseada que menoscaba la eficacia general de la política criminal. Para abordar la situación descrita se hace preciso crear los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria con el fin de conseguir una unificación de criterios en el marco del control de las penas en el ámbito de los delitos instruidos y enjuiciados por la Audiencia Nacional. Con esta medida se pretende evitar la disfunción que pudiera ocasionarse entre la centralización de la instrucción y el enjuiciamiento que corresponde a los órganos jurisdiccionales de la Audiencia Nacional y el control de la ejecución de las sentencias por los jueces de vigilancia penitenciaria en un ámbito y jurisdicción diferente a la que constituye el citado tribunal.”

se aborda la construcción del subsistema de ejecución de penas, fundamentalmente de terrorismo, con las Leyes Orgánicas 5/2003, 7/2003 y 15/2003, sin olvidar las fuertemente simbólicas Leyes Orgánicas 1/2003, 6/2003 y 20/2003. Autores como MUÑOZ CONDE han llegado a hablar de una auténtica obsesión reformista del Gobierno de Aznar, de un Derecho penal populista con miras puestas en los beneficios electorales, sin que luego el Gobierno posterior haya hecho nada por eliminar los rasgos más autoritarios y menos democráticos¹⁰⁴. CARBONELL MATEU la considera un auténtico régimen de excepción en el cumplimiento de las penas, que se podría calificar como perteneciente al denominado Derecho penal del enemigo, de absoluta inadecuación a los principios que deben inspirar un régimen penal civilizado¹⁰⁵. CUERDA ARNAU (2006, p. 145) califica a esta LO 7/2003 como un conjunto de reformas “bajo el manto de una tenebrosa concepción de la seguridad ciudadana y con una urgencia impropia de toda legislación penal”. También BARBER BURUSCO (2014, pp. 45-46) refiere un subsistema penitenciario para terroristas y con algo menos de severidad para delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales generado fundamentalmente por el art. 78 CP 2003.

1. Contextualización

Conviene detenerse en la contextualización de esta LO 7/2003, que, a mi juicio, constituye la cristalización en el ámbito de la respuesta punitiva a la corriente general, y con manifestaciones en otros ámbitos, que se generó tras la ruptura de la tregua ligada al Pacto de Estella (Lizarra)¹⁰⁶. Una época que, según

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE (2007, pp. 49-50). Salvo la derogación de los artículos del CP introducidos por la LO 20/2003, de 23 de diciembre, por la LO 2/2005, de 22 de junio.

¹⁰⁵ CARBONELL MATEU (2006, pp. 54-56).

¹⁰⁶ Durante la misma, en mayo de 1999, ocho meses después de que ETA declarase una tregua indefinida, el Gobierno de José María Aznar se encontró a negociar con la banda terrorista en la ciudad suiza de Zúrich. La reunión entre representantes del Ejecutivo y de ETA tuvo lugar el 19 de mayo, en un hotel de Zúrich, y en ella participaron los etarras Mikel Albizu “*Mikel Antza*”, entonces jefe del aparato político de la banda, y Belén González Peñalba, “*Carmen*”. Por parte del Gobierno, Aznar envió al secretario general de la Presidencia, Javier Zarzalejos; al secretario

la caracterización del Informe Foronda, se enmarca en el periodo que denominan de “socialización del sufrimiento” (1995-2010)¹⁰⁷. En este periodo, tras la ruptura de la tregua, se produce un repunte de la actividad terrorista de ETA militar, la única organización terrorista¹⁰⁸ anacrónicamente perviviente, con un resultado de 20 asesinados en 2000, 16 en 2001, 5 en 2002 y 3¹⁰⁹ en 2003 —antes de la

de Estado de Seguridad, Ricardo Martí Fluxá, y a su asesor personal, Pedro Arriola. La reunión contó con un moderador, el entonces Obispo de Bilbao, Juan María Uriarte.

Por otro lado, el Congreso aprobó dos mociones relativas a política penitenciaria. En la moción aprobada por unanimidad el **10-11-98**, el Congreso de los Diputados instaba al Gobierno a desarrollar, mediante el más amplio diálogo con todas las fuerzas políticas, “una nueva orientación consensuada, dinámica y flexible de la política penitenciaria de la forma que mejor propicie el fin de la violencia”. La moción insta también al Gobierno a que “el diálogo, el consenso y el respeto a los principios democráticos y a las legítimas opciones políticas de los ciudadanos rijan todo el proceso que debe conducir al fin de la violencia terrorista y evite actitudes de enfrentamiento entre posiciones ideológicas distintas”.

- El **15-6-1999**, el Pleno del Congreso aprobó unánimemente otra moción, en la que se insta al Gobierno a “culminar el cumplimiento efectivo, en el tiempo más inmediato posible, de una nueva orientación consensuada, dinámica y flexible de la política penitenciaria, acorde con el fin de la violencia”. Véase <http://www.uv.es/~pla/terrorisme/ETAPP.htm>.

¹⁰⁷ LÓPEZ ROMO (2014, pp. 87 y ss.).

¹⁰⁸ Informe del Gobierno Vasco sobre la situación procesal de los atentados perpetrados por organizaciones terroristas con resultado de muerte entre 1960 y 2014: “En el periodo que va de 1960 al 31 de Diciembre de 2011 han sido reconocidas, legal o judicialmente, como víctimas directas del terrorismo aproximadamente 6.000 personas: casi 1.400 víctimas mortales y más de 4.400 heridos físicos y/o psíquicos, de los que alrededor del 60% son grandes inválidos. La mayoría de las víctimas, casi el 65%, han sido provocadas por ETA [o marcas asimilables]; alrededor del 20% por el terrorismo internacional yihadista, y el resto, algo más del 15%, por otras bandas ya desaparecidas de extrema derecha o de extrema izquierda, como el BVE, la Triple A, los GAL o los GRAPO”.

¹⁰⁹ Algunas fuentes sitúan como víctimas en ese año a Domingo Durán Díez, quien había sufrido un atentado de ETA en 1995 [Según el citado Informe del Gobierno Vasco, “Resultó herido muy grave en un atentado perpetrado por ETA el 13 de enero de 1995 que lo dejó tetrapléjico. Falleció el 7 de marzo de 2003. No figura en el listado del Ministerio del Interior como víctima mortal, sino como herido grave, y no figura en la relación de víctimas de la FVT, aunque sí en las de la AVT y COVITE], y a Jesús Lolo Jato, quien había sufrido un disparo por parte de un miembro de ETA en 1978. Según el Informe del Gobierno Vasco: “No figura entre las víctimas del listado del Ministerio del Interior, ni en lista de la FVT, ni en Vidas Rotas, pero sí en los

entrada en vigor de la LO 7/2003—, mayoritariamente miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, aunque tuvieron mayores repercusiones políticas los asesinatos de políticos constitucionalistas y magistrados y fiscales, junto con una extensión difusa de la persecución social, escalando las víctimas mortales de 1998 a 2000 hasta superar las 20 e iniciando un fuerte descenso hasta 2002, que ya sería definitivo¹¹⁰; la capacidad antiterrorista de las FCSE y del poder judicial está plenamente consolidada, a diferencia de los años 80; durante los años 90 se ha producido la denominada “emergencia de las víctimas”¹¹¹, que simbólicamente eclosiona con la respuesta al asesinato de Miguel Ángel Blanco y las convierte en sujeto político de primer orden a comienzo del siglo¹¹²; el problema de ETA pasó a formar parte de la centralidad informativa¹¹³; se constata la insuficiencia de las novedades en materia de ejecución de penas del CP 1995 para dar respuesta a las emergentes reivindicaciones sociales y políticas en punto a la respuesta a una actividad delictiva ya absolutamente desprovista —salvo el exclusivo y mínimo núcleo más fiel de la izquierda abertzale— de la legitimación social de la que había gozado hasta los primeros años 80; la ruptura política producida por el Pacto de Estella (Lizarra) ha cristalizado en el Pacto contra el Terrorismo; la Audiencia Nacional ha ido por vía de interpretación ampliando el círculo de conductas consideradas como delictivas¹¹⁴; a finales de los 90 algunos presos históricos con numerosas condenas por delitos de sangre iban cumpliendo el límite máximo de 30 años,

listados de la AVT y COVITE. El diario El País, en su edición del 16 de abril de 1978, informa de que dos jóvenes sin identificar abrieron fuego la noche anterior contra dos policías municipales de Portugalete (Vizcaya). Lolo Jato resultó herido de gravedad y su compañero ileso. Postrado en una silla de ruedas, fue sometido a numerosas intervenciones y falleció 25 años después, el 17 de mayo de 2003. Esta es la fecha en la que aparece reseñado en los listados de AVT y COVITE”.

¹¹⁰ LÓPEZ ROMO (2014, p. 40).

¹¹¹ MATE RUPÉREZ (2008); ETXEBERRIA MAULEÓN (2007a y 2007b).

¹¹² LÓPEZ ROMO (2014, p. 92).

¹¹³ LÓPEZ ROMO (2014, p. 93): “ETA pasó a ocupar la centralidad de los problemas del país en un momento en el que su escalada terrorista retrotrajo a lo ocurrido en los “años de plomo” y su selección de víctimas impactó de lleno en el proceso político”.

¹¹⁴ ASÚA BATARRITA (1998 y 2003).

reducido por las redenciones¹¹⁵; el 27 de junio de 2002 se había aprobado la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos; paralelamente al proceso de esta ley, el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional perseguía el mismo objetivo por la vía de las consecuencias accesorias del art. 129 CP¹¹⁶, fructificando ambas vías de forma casi simultánea y entrelazada en junio de 2003, al igual que la LO 7/2003.

En definitiva, la legislatura 2000-2004, con mayoría absoluta del Partido Popular, presenta unas características muy diferentes a las décadas anteriores, lo que configura elementos jurídicos y fácticos importantes para interpretar la focalización de esta reforma en lo relativo a la ejecución de las penas.

2. Fundamentación de la reforma: la seguridad jurídica

La justificación genérica de la ley se basa, según el punto I de la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, en:

“La Constitución, en sus artículos 9.3 y 25, establece los principios de legalidad y tipicidad como fundamentos del ordenamiento jurídico penal, principios que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha concretado y desarrollado de manera muy clara. Ambos principios tienen como finalidad garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, a la que hace expresa mención también el artículo 9.3 de la Constitución.

De acuerdo con ellos, el ciudadano tiene derecho a saber con certeza jurídica qué es delito o falta y qué no lo es. El mismo derecho tiene a saber cuál es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta.

¹¹⁵ Entre 1996 y 2004, durante los sucesivos gobiernos de José María Aznar habrían alcanzado la libertad 56 miembros de ETA (según Agustín Valladolid el 2 de mayo de 2012 en <http://blogs.tiempodehoy.com>)..

¹¹⁶ Respecto a la vertiente penal de las ilegalizaciones véase MIRA BENAVENT (2013a y 2013b).

Consecuencia lógica de estos derechos y exigencia necesaria del principio de seguridad jurídica que rige nuestro ordenamiento, es el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta.

La realidad diaria y la experiencia ponen de manifiesto cómo en el cumplimiento de las penas existen amplios ámbitos de discrecionalidad, ámbitos variables en los que resulta oportuno, según la mejor doctrina, establecer reglas para hacer un pronóstico más certero de la pena a cumplir.

Esta ley orgánica se dirige a perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, siempre desde el escrupuloso respeto a los principios contenidos en el artículo 25 de la Constitución”.

Por primera vez —aunque se ha destacado el antecedente del debate parlamentario del Código Penal de 1995¹¹⁷— se emplea el principio de seguridad jurídica para justificar el endurecimiento de las penas y de sus condiciones de cumplimiento, denominado íntegro y efectivo. Como se verá detalladamente en los apartados correspondientes, sentando un proteico precedente repetido posteriormente en la LO 1/2015¹¹⁸ y en la LO 7/2014¹¹⁹.

¹¹⁷ Comisión de Justicia e Interior, Diario de Sesiones, 10 de mayo de 1995, núm. 489, p. 14897. Se puede observar en esta frase el incipiente anuncio de la justificación que permite justificar cualquier reforma, el principio de seguridad jurídica, en el entendimiento que le da el Partido Popular, contundentemente criticado por la doctrina.

¹¹⁸ “La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”.

¹¹⁹ Punto IV 4º párrafo de la Exposición de Motivos, modificada en el Senado para adaptarla a la modificación del art. 14 operada en el Senado: “Junto a este principio general [principio de equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea], con el propósito de reforzar la seguridad jurídica, la Ley enumera, en línea con las previsiones o facultades previstas en la Decisión Marco, los supuestos en los que tales condenas no pueden ser tomadas en

El principio de seguridad jurídica universalmente reconocido, que se basa en la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y que significa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el poder público se entiende comúnmente como "suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada, de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad" (STC 27/1981, de 20 de julio). En el mismo sentido, la STC 46/1990, de 15 de marzo, se refiere a este principio en estos términos: "la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no ... provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas".

Principio de seguridad jurídica cuyas exigencias se concentran en el terreno de la garantía de certeza respecto a las eventuales restricciones de derechos fundamentales que pudiera sufrir el destinatario del *ius puiendi* estatal, ámbito donde un elevado nivel de certeza es garantía de los propios derechos fundamentales; pero no al contrario. El nivel de certeza exigible respecto a las previsiones legales que permiten mayores cotas de libertad de la persona, o en general mayor amplitud en el ejercicio de derechos fundamentales, se sostiene

consideración: a efectos de la revisión de las condenas que ya hubieran sido impuestas con anterioridad en España o de las resoluciones dictadas para dar inicio a su ejecución; a efecto de las condenas que eventualmente se impongan con posterioridad en España por delitos que se hubieran cometido antes de que se hubiera impuesto la condena anterior por el otro Estado miembro; así como en relación con las resoluciones sobre fijación de los límites de cumplimiento de la pena que se dicten conforme al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando incluyan alguna de esas condenas."

sobre la interdicción de la arbitrariedad sin que sufra por un nivel de flexibilidad o discrecionalidad algo mayor que en el caso contrario y siempre porque su no aplicación imprevisible pondría en riesgo la reducción de restricción de derechos fundamentales y el principio de igualdad ante la ley. Por ejemplo, la justificación en la seguridad jurídica sí está bien traída en la modificación de la prescripción por la LO 5/2010 “con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos” (Punto IX de su Exposición de Motivos). Las diferencias interpretativas entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sí generaban inseguridad jurídica, esto es, falta de la certeza constitucionalmente suficiente respecto a las consecuencias jurídico penales del trascurso del tiempo.

Jamás el Tribunal Constitucional ha considerado que la discrecionalidad judicial comporte una quiebra del valor de la seguridad jurídica: “La ley debe indicar el alcance de la discrecionalidad conferida a las autoridades competentes y la manera de su ejercicio, con la suficiente claridad como para proporcionar a las personas la protección adecuada contra una injerencia arbitraria” (STC 145/2014, de 22 de septiembre) La reserva de ley constituye «el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas», lo que «implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate», pero que en todo caso determinan que «el legislador ha de hacer el ‘máximo esfuerzo posible’ para garantizar la seguridad jurídica», esto es, «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STC 49/1999, FJ 4).

Sin embargo, de la Exposición de Motivos de la LO 7/2003 se infiere una comprensión del principio de seguridad ciertamente extraña¹²⁰. En primer lugar,

¹²⁰ Incluso para justiciar la nueva redacción del art. 989 LECrim, referido a la ejecución provisional de resoluciones sobre responsabilidad civil. Véase el Punto IX de la Exposición de Motivos:

porque se atribuye la titularidad del derecho a la seguridad jurídica a la ciudadanía en su conjunto, respecto de la forma de cumplimiento de las penas por parte de otras personas; esto es, el sujeto del derecho a la seguridad jurídica no es aquel que se va a ver sometido a la pena y a su cumplimiento sino el resto de la sociedad. En segundo lugar, la LO 7/2003 parte de la conclusión de que la legislación vigente hasta aquel momento no garantizaba la seguridad jurídica en cuanto a “cuál es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta” y “cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta”. En tercer lugar, que la existencia de ámbitos de discrecionalidad [de la Administración penitenciaria y de los órganos judiciales] afecta negativamente a la seguridad jurídica. En cuarto lugar, que la consecución de una mayor de seguridad jurídica es consecuencia del cumplimiento íntegro y efectivo de las penas¹²¹ —refiriéndose a cumplimiento en régimen cerrado u ordinario de una mayor parte de la pena nominal, puesto que el cumplimiento íntegro de la pena nominal ya estaba garantizado con la desaparición de cualquier acortamiento de condena salvo los indultos—.

“Dentro de la misma filosofía de garantizar la seguridad jurídica en el cumplimiento efectivo del contenido de las sentencias penales, se reforma el artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dotar a la Administración de Justicia de más medios legales que le permitan una eficaz ejecución de las sentencias.

A tal fin, los jueces y tribunales podrán encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presentes y que vaya adquiriendo en el futuro el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia”.

¹²¹ Según el documento de Principios rectores para un final de ETA sin impunidad, suscrito por las asociaciones de víctimas en 2010, “La Constitución de 1978, la ley General Penitenciaria, el Código Penal y el Reglamento Penitenciario suponen nuestra referencia en esta cuestión. Debe quedar claro que la reinserción significa, precisamente, el cumplimiento íntegro de las penas conforme a la ley. No debemos olvidar que la reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de libertad, sino que se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena y con la exigencia de justicia prevista en el art. 1 de la Constitución Española”.

Simplemente, como señalan GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 35), “no existe un supuesto derecho del ciudadano a saber cuánto ‘van a cumplir’ efectivamente quienes delinquen”. Y por otro lado (2004, p. 37) un conocimiento *a priori* del tiempo de cumplimiento en régimen cerrado u ordinario resulta conceptualmente inviable, por referirse precisamente a la clasificación, que en principio debería seguir dependiendo del tratamiento (art. 63 LOGP).

El Informe del CGPJ de 4 de febrero de 2003 (p. 10) no nos aclara este vínculo: “Incluso es posible entender que el artículo 9.2 CE, en cuanto impone a los poderes públicos la función de “promover” y “remover “los obstáculos que impidan “que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos“, vincula el valor seguridad jurídica de forma directa con la idea de justicia”.

Y además el efecto real de unas reformas penales supuestamente basadas en la seguridad jurídica, como se verá en el análisis de las mismas, es justo el contrario (VIVES ANTÓN 2015, pp. 38-39) al exasperar la tendencia a introducir la peligrosidad como criterio básico de la penalidad efectivamente sufrida, con todas las inseguridades que comporta poner al juez ante la tarea de juzgar el futuro.

El segundo punto de la Exposición de Motivos provoca aún mayor estupor:

“Pero, además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha señalado autorizada doctrina penal, el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento”¹²².

La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad,

¹²² Frase idéntica a la del punto II de la Exposición de Motivos del Proyecto de Código penal de 1980 (BOCG de 17 de enero de 1980, p. 658).

protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar. La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto.”

Además de lo excéntrico de la cita de Beccaria, se deduce que el legislador entiende que las previsiones legales previgentes (a tenor de lo reformado, la que permitía el acceso al tercer grado antes de cumplir la mitad de la condena, la que limitaba la acumulación jurídica de las penas a los 30 años, la que no obligaba a computar los plazos para acceder a los “beneficios penitenciarios” y a la libertad condicional sobre la totalidad de la suma de las penas y los criterios de progresión a tercer grado y acceso a la libertad condicional) suponen impunidad o incumplimiento de la pena¹²³.

Así mismo, que la lógica flexibilidad (discrecionalidad reglada habríamos de decir) asociada a la individualización de la pena en fase penitenciaria, corolario lógico del fin de reeducación y reinserción social que anima la ejecución de la pena, perjudica la protección más eficaz contra la delincuencia más grave que la sociedad demandaría. No se acierta a comprender qué hay detrás de esta inferencia lógica ni cómo se construye la misma. Si por protección eficaz frente a las formas de delincuencia más grave se refiere a la función de prevención general negativa de las normas penales, por un lado habría de demostrarse que los modos de ejecución de las penas abstractas que se prevén en las normas penales tienen una relación con la eficacia preventivo general negativa de las mismas, esto es, debilitan la eficacia intimidatoria hacia los potenciales delincuentes graves, significativamente los terroristas. Por otro, si por protección eficaz frente a las formas de delincuencia más grave se refiere a la función

¹²³ Para GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 34) el planteamiento del problema sugeriría que solo se puede hablar de verdadero cumplimiento cuando se está en régimen ordinario (o cerrado, se podría añadir, que por otro lado es el régimen común de los presos por delitos de terrorismo).

inocuidadora de la ejecución de la pena de prisión, en primer lugar habría que aludir a la peligrosidad subsistente de la persona encarcelada y en segundo lugar demostrar que los criterios de clasificación en tercer grado o de concesión de libertades condicionales vigentes hasta ese momento no garantizaban que se excarcelara por esta vía a presos peligrosos.

Pero el cuadro se completa con una argumentación aún más preocupante y grosera: que las leyes que otorgaban la lógica flexibilidad (discrecionalidad reglada) asociada a la individualización de la pena en fase penitenciaria, aplicadas por la Administración penitenciaria y los órganos judiciales competentes, se convertían “en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto” de la reeducación y reinserción social. En primer lugar, inquieta elucubrar sobre qué fin es el que logran los terroristas y los más graves delincuentes. En segundo, cómo pueden lograrlos utilizando la ley y los procedimientos legales. Y en tercero, cómo es posible que las administraciones penitenciarias y los órganos judiciales pudieran ser utilizados como instrumentos —entiendo que se les reputará inconscientes de ello, y no “cómplices”— de la perversión finalística de las leyes.

En definitiva, la Exposición de Motivos es una antología del disparate, de la manipulación y de la inanidad argumentativa¹²⁴, de lo que hay que inferir que lo que hay en realidad es un ocultamiento, fracasado, de los verdaderos motivos de las reformas legales; motivo de todas formas visible en la propia exposición de motivos y respecto del cual el legislador parece acomplejarse: querer que los penados cumplan más tiempo en régimen cerrado u ordinario para calmar las demandas de venganza¹²⁵ de un sector social, mayoritario o no. Y ello es común

¹²⁴ GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, pp. 33-41), refiriéndose fundamentalmente al periodo de seguridad, como declaración programática inaugural en cuanto a la orientación de nuestro sistema punitivo en el marco de las teorías de la pena, estiman que la declaración justificativa de la reforma que estamos analizando “no tiene desperdicio”. Como consecuencia, el juicio de proporcionalidad de la pena no se limitaría al momento de la pena abstracta y de la aplicación judicial sino a la fase de individualización de la pena.

¹²⁵ No se realiza en este momento una valoración de dichos deseos al emplear el término venganza. El académico Arturo Pérez-Reverte, en XL País Semanal, el 20 de abril de 2008, decía: “Hoy quiero hablarles de justicia y venganza. La cosa se resume en una pregunta: ¿Qué

no solo al periodo de seguridad, que tan definitorio político-criminalmente es de la reforma¹²⁶, sino a la elevación del máximo de cumplimiento a los 40 años, a la preceptividad del régimen de cumplimiento íntegro del límite en régimen ordinario o cerrado del art. 78 CP y al no cómputo del tiempo pasado en libertad condicional en caso de revocación, así como a los criterios retroactivamente aplicables —a mi juicio inconstitucionalmente— para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional de los arts. 90 y 91 y 72.6º LOGP.

Se deduce que el legislador entiende que la determinación del juicio de proporcionalidad de la pena, también en cuanto al cómo de su cumplimiento, ha de hacerse ya en abstracto por el propio legislador, reduciendo las posibilidades

tiene de malo la venganza?... Ya sé que en la sociedad occidental esa palabra tiene mala prensa. Hay que perdonar a los que ofenden, alumbrar su camino, reinsertarlos pronto y demás. Pero olvidamos algo: el sentimiento de venganza está en nuestro instinto. En mi opinión, la venganza no es mala. Resulta higiénica para la salud mental, y frustra mucho verse privado de ella. No es casual que sean precisamente los grupos marginales, que no creen en la sociedad o comparten sus códigos, los que procuran siempre tomarse la venganza por su mano. O que, en las películas, nos guste y tranquilice que al final muera el malo. Lo que ocurre es que, para que la sociedad no sea un continuo e incómodo navajeo, los hombres resolvimos confiar al Estado el monopolio de nuestros ajustes de cuentas, y a él corresponde resarcirnos del daño recibido, alejar o anular el peligro social que el ofensor pueda suponer y satisfacer, castigando adecuadamente a éste, nuestro lógico deseo de venganza. El problema, a mi juicio, surge cuando el Estado se revela incapaz de corresponder al compromiso. Viene entonces la frustración de quienes se ven sin reparación, indefensos. De quienes ven al asesino pasear impune por la calle, al estafador disfrutar de su dinero, al violador salir el fin de semana para repetir exactamente lo que lo puso entre rejas. Y además, deben tragarse el discurso mascado por quienes ahondan cada vez más el abismo entre la teoría y la realidad, que queda chachi en la tele pero que se esfuma cuando sale tu número, cuando roban en tu casa, asaltan en tu calle o violan a tu hija. Sólo una sociedad firme y segura de sí, dura con los transgresores hace innecesaria la venganza personal. Una sociedad capaz de protegerse con justicia y serenidad, pero sin complejos. Sin mariconadas de telediario. Cuando no es así, las leyes hechas para proteger a la gente honrada se vuelven contra ella misma, y, puestos así, uno acaba prefiriendo – y ahí está el verdadero peligro– un calibre doce, posta lobera, dejadme solo y pumba, pumba. Lo demás, en última instancia, es retórica y son milongas”.

¹²⁶ Aunque en la práctica fuera irrelevante porque eran absolutamente excepcionales, en ocasiones con importantes efectos discriminatorios, los supuestos de progresión a tercer grado antes de la mitad de la condena, sobre todo en materia de terrorismo.

de individualización de la ejecución de la pena y de valoración del juego de los fines de la pena por parte de los órganos judiciales, para proteger el juicio de proporcionalidad, de aflicción mínima necesaria, que el legislador se reserva. En definitiva, el ámbito de la individualización de la pena se restringe o elimina, con la consiguiente pérdida de peso del fin de prevención especial positiva y del mandato de dirigir la ejecución de la pena a la reinserción social; esto es, al margen de que el tratamiento penitenciario haya tenido éxito, de que se haya producido una efectiva reeducación —entiéndase en un sentido amplio como reducción o eliminación de la peligrosidad criminal— del penado y de que un régimen de semilibertad sea lo individualmente necesario para promover la reinserción social del penado, las exigencias de proporcionalidad —como aflicción mínima necesaria—, retributivas o preventivo-generales, deben prevalecer sobre las necesidades preventivo-especiales. Con ello no se puede decir que se incumpla el mandato constitucional de orientar las penas a la reeducación y a la reinserción social de los penados, pero sin duda se llega a un diferente punto de equilibrio político-criminal.

Según GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 34), el fin de prevención especial, y en concreto de resocialización y reinserción social, ya no sería el principal en la fase de ejecución. Y con ello se estaría superando parcialmente el sistema de individualización científica de 1979, de la LOGP, con un “soterrado regreso al sistema progresivo”¹²⁷. Lo cual en sí no es tan

¹²⁷ Aunque será objeto de atención posteriormente, en mi opinión el sistema de individualización científica pretendido por la LOGP nunca ha sido una realidad en la práctica, puesto que los agentes del sistema penitenciario nunca han abandonado los planteamientos progresivos. Las Juntas de Tratamiento, salvo en épocas pretéritas con el seguimiento general de los juzgados de vigilancia penitenciaria (con excepciones como la de BONA PUIGVERT —1995—), siempre han empleado en la concesión de permisos o en la clasificación criterios puramente temporales más o menos enmascarados. Así, por ejemplo, la negativa a conceder permisos por largo tiempo hasta las tres cuartas partes de la condena, criterio inicialmente rechazado por los órganos judiciales pero luego definitivamente sancionado, ha amparado siempre el itinerario temporal fijado por las Juntas de Tratamiento para el cumplimiento de las condenas. Por otro lado, en criterios que se emplean en el programa informático de Instituciones Penitenciarias, criterios como el de “gravedad de los delitos”, a efectos de concesión de permisos o decisiones tratamentales, no ocultan la relevancia del elemento retributivo o preventivo-general en la ejecución de las penas. La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1989 reconocía,

preocupante, puesto que en realidad el sistema de individualización científica siempre ha contenido elementos temporales y exigencia de buen comportamiento en prisión, sino la magnitud de los plazos impositivos de la individualización del tratamiento.

A mi juicio, subyace la concepción de que el fin preventivo especial positivo obedece al propósito de favorecer al infractor y, además, de que lo que favorezca al infractor perjudica a la víctima y quizás a la sociedad, así como de que los modelos rehabilitadores pecan de lenidad. Es decir, se retrocede en el proceso de humanización de la prisión y de la prevención especial. Sin desconocer que el modelo o la ideología rehabilitadora responde a una concepción antropológica optimista, por decirlo así, y que nace de un fin humanizador, y efectivamente ha tenido un efecto humanizador¹²⁸ en el cumplimiento de las penas de prisión, no debe olvidarse tampoco que la resocialización y reinserción forman parte de las teorías preventivas, por lo cual su contenido y dirección principal es la protección de los bienes jurídicos, en última instancia la protección de la sociedad. Negar esto o ignorarlo, como hace esta reforma, conduce al sistema penal a la venganza institucionalizada, dado que es evidente que no persigue la protección de los bienes jurídicos que hacen posible la convivencia social, salvo que se esgrima que con los instrumentos penitenciarios de reinserción sufre la prevención general negativa, lo cual no me parece posible.

En definitiva, al analizar la justificación de la reforma, por el principio de seguridad jurídica —yo lo denominaría de rigidez neorretributiva—, según GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 35), “pocas veces el jurista ha podido asistir a tamaña manipulación de los principios constitucionales”. Como decía anteriormente, tomando ahora las palabras de estos autores, “ni la certeza ni la seguridad jurídica se ponen en entredicho si el cálculo del tiempo

en este sentido, que el sistema implantado por la LOGP no suponía una total ruptura con el sistema progresivo anterior, hasta el punto de que la duración de la pena seguía teniendo una gran trascendencia en la decisión sobre clasificación del penado.

¹²⁸ GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, nota al pie 7, p. 39),

cumplido en régimen cerrado u ordinario no resulta hacedero, por depender de variables inaprehensibles a priori desde la abstracta contemplación del tipo”.

3. Tramitación legislativa

Lógicamente, por la función que le corresponde en el proceso de elaboración de las leyes conforme al art. 108 LOPJ, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe de 4 de febrero de 2003, no entra en valoraciones político-criminales que le son ajenas en la medida en que está establecido que la política criminal es competencia exclusiva, aunque no ilimitada, del legislador. Se limita a afirmar la compatibilidad del límite de cumplimiento de 40 años¹²⁹ con los arts. 15 y 25.2 CE “en la medida que el penado conserva la esperanza de ser liberado con anterioridad en el caso de que quede acreditada la reinserción social”. En relación con el art. 78 CP “considera el Consejo que los términos en los que discurre la redacción del artículo 78 propuesta en el Anteproyecto debería prever la necesidad de tratamiento diferenciado...” “...de tal forma que no se hagan ilusorios los fines de resocialización que previene el artículo 25.2 CE”. Aunque el Gobierno no atendió este aviso de inconstitucionalidad del Consejo¹³⁰, se acogió mediante la Enmienda conjunta nº 53 del Grupo Popular y Socialista una modificación¹³¹ sustancial, puesto que la primera versión excluía en muchos casos que hubiera forma alguna de liberación anticipada para algunos reclusos,

¹²⁹ “...la prolongación del plazo máximo de cumplimiento “efectivo de la pena” hasta los cuarenta años en caso de delitos especialmente graves, de gran contenido de injusto y de culpabilidad, puede ser la consecuencia de la ponderación del legislador sobre los intereses contrapuestos de la prevención general y especial”.

¹³⁰ El Proyecto de Ley Orgánica no alteraba la redacción (BOCG 14 DE FEBRERO DE 2003. SERIE A. NÚM. 129-1).

¹³¹ Art. 78.3 CP: “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 anterior posibilidad sólo será aplicable: a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte de límite máximo de cumplimiento de la condena”.

aunque hubiera un pronóstico favorable de reinserción social. Respecto al art. 36.2 afirma que “se trata de una disposición del Derecho de la ejecución de penas y no del Derecho penal material por cuanto afecta a la clasificación del penado y al régimen de cumplimiento de la prisión”¹³², recomendando su traslado a la LOGP¹³³, lo cual no fue atendido en el trámite parlamentario, ni tampoco otras recomendaciones de adecuación de la legislación penitenciaria a esta novedad del periodo de seguridad. En cuanto a su compatibilidad con la Constitución, de nuevo el CGPJ la justifica en el reequilibrio entre los legítimos fines de la pena y la competencia del poder legislativo para dar prioridad a la prevención general sobre la prevención especial:

“la ‘defensa del orden jurídico’ y el ‘sentimiento de la comunidad sobre la vigencia de la norma’ explica el establecimiento del llamado ‘periodo de seguridad’ en el caso de delitos amenazados con pena superior a cinco años de prisión”... “se evita la aplicación del régimen abierto hasta que el penado haya estado efectivamente privado de libertad un periodo mínimo como compensación¹³⁴ por el ilícito grave cometido, prevaleciendo durante ese periodo consideraciones de prevención general sobre las relativas a la prevención especial”.

¹³² En sentido contrario GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 45) entienden que desde el punto de vista dogmático, junto con la atribución competencial del recurso de apelación al órgano judicial sentenciador y el efecto suspensivo de los recursos del Ministerio Fiscal, consagra definitivamente la idea de que la clasificación es conceptualmente materia de ejecución de penas y no actividad penitenciaria, por suponer una modificación cualitativa de la pena. Citan la opinión contraria de FERNÁNDEZ ARÉVALO, que no se ha podido encontrar.

¹³³ “**Sacar esta norma del Código Penal evitaría el riesgo de error en la calificación de su naturaleza jurídica** y por consiguiente el riesgo de equivocar la determinación correcta de la vigencia temporal de la nueva norma –como posteriormente habrá ocasión de examinar- por cuanto la intertemporalidad de esta nueva disposición y los problemas que plantea su aplicación en el ámbito de la retroactividad depende en gran medida de la acertada calificación de su naturaleza jurídica”. La vigencia temporal correcta de la nueva norma al final no resultó ser la preconizada por el CGPJ, como luego se verá.

¹³⁴ Término de resonancia claramente retributiva.

En su defensa del Proyecto de Ley en el Congreso el Ministro Michavila Núñez¹³⁵ (Diario de Sesiones de las Cortes Generales de 6 de marzo de 2003. núm. 232, pp. 11857-11861):

“El presente proyecto tiene un objetivo fundamental, señorías, que los delincuentes con delitos más graves y los terroristas cumplan las condenas que les son impuestas. Nuestra democracia tiene que estar a la altura ética de una rebelión ciudadana que ha decidido decir basta ya a quienes tratan de imponer, mediante el terror, su totalitarismo excluyente y se sirven de los espacios de impunidad para burlarse del Estado de derecho. Desde hace años luchamos contra el terror, contra quienes utilizan la amenaza, la extorsión y el asesinato como forma de destruir el sistema de libertades que afortunadamente venimos construyendo los españoles desde hace 25 años. Sin embargo, en este tiempo ETA ha seguido matando... Se trata de garantizar desde el Estado de derecho algo tan elemental y sencillo como el derecho a la libertad de cátedra sin que te pongan una bomba en el ascensor del centro universitario, después seas detenido, condenado y no cumplas la condena... No podemos seguir siendo el único país de la Unión Europea en el que al día siguiente de entrar en prisión se pueden conceder permisos penitenciarios a quien está condenado por delitos de terrorismo o por delitos muy graves^[136]. No podemos seguir siendo el país de la Unión Europea en el que más barato sale ser terrorista con el problema tan grave de terrorismo que tenemos... en ningún caso —nunca, en ningún caso, repito— ninguno ha cumplido la condena impuesta. Ni siquiera han cumplido el límite máximo de la condena establecida en este momento en nuestro ordenamiento en 30 años... Esta es una ley para que los asesinos sepan que ya no les va a salir gratis el segundo o el tercer asesinato, para que sepan que nuestro Estado de derecho no va a ser indiferente a aquellos terroristas que estando en la cárcel celebran, incluso brindando con champán, los asesinatos que comete la banda terrorista sin que ello les perjudique ni les obligue a cumplir íntegramente las condenas. A partir de

¹³⁵ Los diputados López Aguilar (PSOE), quien luego sería Ministro de Justicia, y Ollero Tassara (PP), actualmente Magistrado del Tribunal Constitucional, defendieron el proyecto de ley frente a las enmiendas a la totalidad.

¹³⁶ Sin duda el Ministro no desconoce que es mentira, que ninguna persona presa, por ningún delito, puede obtener un permisos hasta la cuarta parte de cumplimiento.

ahora, señorías, los terroristas no podrán obtener beneficios penitenciarios si no cooperan activamente con la democracia... Es una reforma ponderada y equilibrada, que abarca aspectos esenciales en el cumplimiento de las condenas, que da seguridad jurídica. Si ese principio de legalidad en el derecho penal es esencial — que se sepa cuál es la pena que corresponde a un delito—, no tiene sentido la incertidumbre de no saber cuál es la condena que se cumple por un delito. Se trata de establecer el principio de certeza, de seguridad jurídica y de igualdad en nuestro Estado de derecho... Se trata de evitar que haya en nuestro ordenamiento criterios de reinserción ingenuos o a cualquier precio. Se trata de que, a partir de la entrada en vigor de esta ley, la reinserción se incorpore a los principios constitucionales. Cuando alguien es un asesino terrorista y atenta contra la democracia, no puede tener derecho a la reinserción si no coopera activamente con la democracia, tal y como exigen por unanimidad los 15 países de la Unión Europea en el artículo 6 de la decisión marco acordada el pasado 13 de junio del año 2002^[137]. No puede ser que quienes celebran en las prisiones los atentados y crímenes de ETA se reinserten... desde el respeto a la Constitución y desde la convicción de que aplicar la Constitución, sólo la Constitución, pero toda la Constitución, es el camino más rápido para derrotar definitivamente a ETA...”

Se observan en las palabras del Ministro, con más crudeza, los presupuestos inspiradores de la reforma: que el sistema previgente suponía incumplimiento de la pena¹³⁸, que los terroristas se burlan del Estado de Derecho y que de algún

¹³⁷ **Artículo 6.** “Todos los Estados miembros podrán considerar la posibilidad de tomar las medidas necesarias para que las penas mencionadas en el artículo 5 puedan reducirse si el autor del delito: a) abandona la actividad terrorista, y b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que éstas no hubieran podido obtener de otra forma, y que les ayude a: i) impedir o atenuar los efectos del delito, ii) identificar o procesar a los otros autores del delito, iii) encontrar pruebas, o iv) impedir que se cometan otros delitos de los previstos en los artículos 1 a 4.”

Como se puede ver, el artículo 6 no se refiere a lo que dice el Ministro, sino a lo que ya estaba desde 1995 en el art. 579 CP, después en el art. 579.3º y actualmente en el 579bis.3º CP.

¹³⁸ El Documento de Principios rectores para un final de ETA sin impunidad, suscrito por las asociaciones de víctimas en 2010, entiende que: “Una política penitenciaria que llegara a

modo, no explicado, las reformas contribuirían al fin de ETA, esto es, unos componentes tan burdos que llegan a lo estrictamente demagógico¹³⁹.

En el debate parlamentario se pusieron de manifiesto las censuras de los escasos grupos que se oponían a la reforma¹⁴⁰.

basarse en la excarcelación anticipada de presos juzgados y sentenciados, enmascarándolo en una aplicación laxa de la progresión de grados, supondría una forma de impunidad”.

¹³⁹ DRAE: **1. f.** Práctica política consistente en ganarse con halagos el favor popular. **2. f.** Degeneración de la democracia, consistente en que los políticos, mediante concesiones y halagos a los sentimientos elementales de los ciudadanos, tratan de conseguir o mantener el poder

¹⁴⁰ REJÓN GIEB (IU): *“La voladura del Código Penal de 1995 tiene un profundo sentido de revancha ideológica de la derecha española que, ahora sin complejos, pretende imponer una praxis retributiva alejada de la apuesta constitucional por la resocialización... Contra lo que verdaderamente carga este proyecto de ley orgánica del Gobierno del Partido Popular es contra el sistema de individualización científica, que implica entre otras cosas la progresión y regresión en el tratamiento penitenciario, todo ello en el seno de las instituciones penitenciarias españolas. Se pretende un apartamiento del tratamiento subjetivo e individualizado, introduciendo obstáculos insalvables para la reinserción y resocialización de todos los reclusos en general y determinados colectivos en particular...”*

URIA ETXEBARRIA (PNV): *“Los casos que se han esgrimido como de cumplimiento escaso de pena no lo son a la luz de la legislación vigente sino del Código de 1973... La idea de la justicia como venganza es popularmente atractiva. La reforma —luego la resumiré— no está inspirada en la búsqueda de la justicia para el castigo —desde nuestra perspectiva, por supuesto, señor ministro— de unos crímenes horribles, sino en el valor del castigo mismo, creyendo que este ejerce de por sí una acción preventiva... El problema está en sí, después de la teoría, unas penas de duración tan larga pueden eliminar en la práctica —de hecho y en la realidad— la posibilidad de la reinserción... es obligación de los legisladores —nuestra obligación— establecer un sistema que tendencialmente permita la posibilidad de reinserción, so anatema de incumplir lo establecido por la Constitución en su artículo 25... es esta una reforma que nos parece oportunista, planteada por motivos más bien electorales; creemos que es regresiva, se vuelve al derecho penal de enemigo; creemos que es dudosamente constitucional o, cuando menos, tendencialmente inconstitucional en su aplicación práctica y pensamos —ojalá no sea así— que además será ineficaz...”*

AYMERICH CANO (BNG): *“proyecto de ley de constitucionalidad más que dudosa porque obvia principios básicos del derecho penal democrático y subordina valores y fines constitucionalmente garantizados como la resocialización y la reeducación a otro tipo de*

finalidades y de valores que no aparecen en la Constitución, valores retributivos, securitarios, que en este sentido deben ser rechazados... un proyecto de ley lleno de contenido simbólico, es decir, de medidas que no están dirigidas directamente a proteger bienes jurídicos sino a crear en la opinión pública la imagen de un legislador atento y efectivo; por ejemplo, la irresponsabilidad de establecer la entrada en vigor inmediata de esta ley al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado..."

PUIGCERCÓS I BOIXASSA (ERC): "no podemos renunciar a un tope de garantías liberales a lo que podría ser el ius puniendi. Para nosotros esta es una razón de peso y de fondo. Tampoco podemos renunciar al elemento resocializador y de reinserción que tendrían que implicar el Código Penal y el modelo penitenciario... están haciendo un uso electoralista de esta alarma social..."

SAURA LAPORTA (ICV): "de dudosa constitucionalidad por tres razones: primero, por la elevación del límite máximo del cumplimiento de la pena de prisión a 40 años, que, en definitiva, como se ha repetido aquí, es una cadena perpetua encubierta; segundo, por la modificación de los criterios para alcanzar el tercer grado, fundamentalmente en lo que hace referencia a la retroactividad; y tercero, porque las modificaciones en lo que respecta al acceso a la libertad condicional pueden ser anticonstitucionales..."

LASAGABASTER OLAZÁBAL (EA): "se vulneran principios clave de la propia Constitución, a saber: el principio de reinserción y reeducación, y el principio de humanidad de las penas... interpretamos de manera distinta el artículo 6 de la decisión marco de la Unión Europea. Dicho artículo establece para todos los ordenamientos jurídicos la posibilidad de que la colaboración activa con la justicia sea una de las cuestiones que incida a la hora de imponer la pena, o, lo que es lo mismo, la llamada figura del arrepentido. Es decir, se utiliza ese tema a la hora de imponer la pena y no en el cumplimiento de la misma. Con lo cual, no interpretemos erróneamente lo que no dice esa decisión marco de la Unión Europea... ustedes desconfían del Poder Judicial, no les gusta nada. Y lo que es inadmisibile es que en la propia exposición de motivos se diga que los beneficios penitenciarios son meros instrumentos al servicio de los terroristas. ¿Saben ustedes quién interpreta los beneficios penitenciarios? El propio Poder Judicial, con lo cual denotan una desconfianza realmente preocupante..."

SILVA SÁNCHEZ (CIU): "Los ciudadanos están preocupados, y así lo dice la encuesta del CIS, por la duración de las penas y se han mostrado favorables a un incremento de la duración de las mismas, pero, señorías, no cabe olvidar que se han mostrado mucho más favorables y mucho más preocupados por el cumplimiento efectivo de las mismas. Si hay un 85 por ciento de ciudadanos que se manifiestan a favor o muy a favor de ese endurecimiento, hay un 91 por ciento de ciudadanos que se manifiestan a favor del cumplimiento efectivo... lo que no tiene sentido, señor ministro, es que un delincuente terrorista que ha cometido actos graves, este mismo delincuente que ahora mismo está cumpliendo 20 años, que como mucho podría llegar a cumplir 30, si además, a partir de la entrada en vigor de la ley, se arrepiente activa y expresamente y colabora con la Administración de justicia o con el Estado de derecho, no va a

4. Sucinta valoración global

Para GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, pp. 24-26) la reforma, que nace con una preocupación obsesiva por el terrorismo, introduce un subsistema de una cierta excepcionalidad represiva, sin una sólida legitimación racional y constituye un “festín mediático”¹⁴¹, buscando un rendimiento político que “parece ya agotado”¹⁴², en el que “la realidad ha sido sustituida por la ficción”¹⁴³, y que “no evitará nuevos ‘escándalos’ mediáticos cada vez que el condenado a largas penas de prisión sea ‘excarcelado’ (término equívoco al que indistintamente, al gusto de cada cual, tanto la concesión de un permiso como el pase a régimen abierto o a la libertad condicional)”.

FARALDO CABANA (2004, p. 302) destaca la capacidad expansiva de la legislación de excepción; que acaba convirtiéndose en el modelo de la legislación ‘normal’ (p. 315). El contagio es tan inevitable que no es posible

poder estar en libertad condicional antes de haber cumplido 35 años... Un terrorista condenado a 80 años podrá salir en tercer grado a los 20 años y podrá gozar de libertad condicional a los 30 años. Repito, un terrorista condenado a 80 años, si se arrepiente gozará del tercer grado a los 20 años y de libertad condicional a los 30 años. Pero, señor ministro, si le condenan a ocho años y un día, no va a acceder al tercer grado hasta los 32 años y no estará en libertad condicional hasta los 35. Esto es, se da la curiosa paradoja, por lo demás bastante conocida en el ámbito tributario, de que un día más de condena acaba suponiendo ni más ni menos que 12 años más de régimen ordinario penitenciario, ni más ni menos que cinco años más de prisión”.

¹⁴¹ Y en esto los penalistas debemos hacer autocrítica. Siendo la doctrina penal tan contundente y claramente contraria a esta deriva político-criminal, habiéndola denunciado en los foros y espacios académicos, hay que constatar la escasa pedagogía social realizada por los expertos en la materia, lo que a mi juicio supone una clara omisión de las funciones sociales de la Universidad.

¹⁴² Desgraciadamente, 11 años después, a la vista de las reformas penales de la X Legislatura, la doctrina Parot, etc., los acontecimientos les han desmentido.

¹⁴³ Ojalá fuera así para las personas que ven restringidos sus derechos y libertad, en ocasiones inconstitucionalmente o ilegalmente.

pensar en dos vías, en un derecho del ciudadano y otro del enemigo¹⁴⁴; necesariamente el derecho penal del enemigo irá contaminando el derecho penal en general (a lo que apunta CANCIO MELIÁ 2003, p. 90 nota 57)

Para FARALDO CABANA (2004, p. 316-317), desde el marco de análisis de la crítica al derecho penal del enemigo, las reformas legales —en el caso concreto la LO 7/2003— serán ilegítimas e incompatibles con el Estado de Derecho si su única pretensión es la inocuización de cierto tipo de delincuentes, saltándose a la torera toda posibilidad de rehabilitación y reinserción social, con el fin de satisfacer las ansias de venganza de la comunidad¹⁴⁵, aireadas o creadas por los medios de comunicación —donde probablemente tampoco se gestan sino que se vocean, añado yo—.

En materia de libertad condicional, GARCÍA ALBERO –TAMARIT SUMALLA (2004, p. 92-93) califican la reforma como una contrarreforma, un apéndice de política mediática partidaria, intensificación de la debilidad de la potestad jurisdiccional y uso inverso del principio de seguridad jurídica, excesiva y cansina referencia omnipresente a los delitos de terrorismo y criminalidad organizada

Por último, como culminación de este periodo, cabe mencionar Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales, que modificó el art. 505 CP; y la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal, que introdujo los arts. 506bis, 521bis y 576bis¹⁴⁶,

¹⁴⁴ Si bien CANCIO MELIÁ (2003, p. 95) entiende que ETA no es un ‘enemigo’ que pueda realmente poner en cuestión los “parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible”.

¹⁴⁵ Que la venganza es un vector clave a estas alturas se infiere claramente de frases como las que emplean algunas de las asociaciones de víctimas, significativamente la APAVT: “a los etarras los pueden visitar en prisión, a nuestros muertos en el cementerio”.

¹⁴⁶ **«Artículo 506 bis**

1. La autoridad o funcionario público que, careciendo manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, convocare o autorizare la convocatoria de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco

que fueron suprimidos en la siguiente legislatura a iniciativa del nuevo Gobierno por la LO 2/2005, de 22 de junio, de modificación del Código Penal. Junto con la modificación del art. 36.2º CP por la LO 5/2010, sería la única reforma del Partido Popular que el Partido Socialista Obrero Español ha revertido, al menos parcialmente. Así mismo, cabe mencionar, aunque no contiene ninguna especificidad para delincuentes por terrorismo, que la LO 15/2003 modificó el art. 92 CP, relativo a la libertad condicional de septuagenarios y enfermos muy

años e inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.

2. La autoridad o funcionario público que, sin realizar la convocatoria o autorización a que se refiere el apartado anterior, facilite, promueva o asegure el proceso de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución convocadas por quien carece manifiestamente de competencia o atribuciones para ello, una vez acordada la ilegalidad del proceso será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.»

«Artículo 521 bis

Los que, con ocasión de un proceso de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución convocadas por quien carece manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, participen como interventores o faciliten, promuevan o aseguren su realización una vez acordada la ilegalidad del proceso serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.»

«Artículo 576 bis

1. La autoridad o funcionario público que allegara fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas de cualquier clase a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial por llevar a cabo conductas relacionadas con los delitos a que se refiere esta sección, así como a los partidos políticos, personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica y, en particular, grupos parlamentarios o agrupaciones de electores que, de hecho, continúen o sucedan la actividad de estos partidos políticos disueltos o suspendidos será castigado con la pena de tres a cinco años de prisión.

2. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado anterior a la autoridad o funcionario público que continuase con las conductas previstas en este artículo una vez requerido judicial o administrativamente para que cese en las citadas conductas.»

graves con padecimientos incurables, para añadir los números 2º y 3º¹⁴⁷, en los que regula el procedimiento e introduce la especialidad del patente peligro para la vida, y, como ya se ha mencionado, los arts. 8 y 25 LO 5/2000, para introducir la acusación particular en el procedimiento de menores, incluso para la fase de ejecución.

¹⁴⁷ «2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto. 3. Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el artículo 75 de la Ley orgánica General Penitenciaria.»

H. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: excepcionalización del periodo de seguridad, extensión a organización terrorista y libertad vigilada

Tras el fecundo afán reformista del Partido Popular en esta materia, sobre todo en su segunda legislatura, con mayoría absoluta, las dos siguientes legislaturas no trajeron apenas novedades en esta materia (salvo la referida derogación de los arts. 506bis, 521bis y 576bis, relativos a incriminación de las consultas ilegales, que fueron suprimidos por la LO 2/2005, de 22 de junio).

Sin por supuesto restar relevancia a esta reforma, como a otras importantísimas del periodo¹⁴⁸ en relación con otras materias, en el ámbito de la ejecución de penas por delitos de terrorismo no hubo apenas modificaciones durante estas dos legislaturas, pero tampoco correcciones de rumbo de las reformas del periodo anterior.

Sin duda, la vigencia del Acuerdo por las Libertades y contra el Terrorismo suscrito por el PP y el PSOE el 8 de diciembre de 2000 —cuyos objetivos manifiestos en su preámbulo eran la unidad de estas dos fuerzas para asegurar que las políticas contra el terrorismo no se utilizaran como arma arrojadiza electoral, lo cual se ve claramente que solamente fue cumplido por el PSOE, y la marginación de las nacionalistas periféricas—, así como el papel vigilante y presionante de algunas de las asociaciones de víctimas del terrorismo y el PP durante el periodo, hicieron inviable la rectificación político criminal.

¹⁴⁸ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte. Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Y Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

No obstante, la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 152, de 23 de junio)¹⁴⁹ sí trajo alguna novedad de interés: la atribución de carácter potestativo al periodo de seguridad del art. 36.2 CP¹⁵⁰, lo cual implica un momento de decisión por parte del juzgado o tribunal sentenciador, por lo que ya no será la administración penitenciaria la que valore cuándo procede y cuándo no el periodo de seguridad¹⁵¹. Según la Exposición de Motivos, punto III, “se elimina el automatismo hasta ahora vigente, introduciendo un mecanismo más flexible que permita a los jueces y tribunales adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente” garantizando “la primordial finalidad constitucional de la pena, la resocialización, sin que por otra parte ello comporte detrimento alguno en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma”.

¹⁴⁹ La, según QUINTERO OLIVARES vigesimoséptima reforma del Código Penal, en la segunda legislatura de José Luis Rodríguez Zapatero, comenzó en el año 2006 con una serie de trabajos preparatorios que precederían al Proyecto de reforma de enero de 2007 (QUINTERO OLIVARES, 2010, p. 15).

¹⁵⁰ Nuevo texto: «2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del artículo 183[actos contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años]. d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código [prostitución y corrupción de menores], cuando la víctima sea menor de trece años. El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.»

¹⁵¹ Así se recoge en la Instrucción DGIP 7/2010, de 14 de diciembre. Para que las juntas de tratamiento apliquen el periodo de seguridad cuando se recoja en el testimonio de sentencia o en los delitos en que es preceptivo.

Sin embargo, para los delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, así como los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal la preceptividad del periodo de seguridad de la mitad de la condena y se veta la restauración del régimen general de la clasificación penitenciaria durante la ejecución de la misma porque “se estima conveniente para estos grupos de delitos de extrema gravedad”; periodo de seguridad que, en combinación con el subsistente art. 78 CP 2003, proveniente de la LO 7/2003, da lugar a que si la suma total de las condenas supera el doble del límite de la acumulación, preceptivamente abocará al régimen cerrado u ordinario durante las 4/5 partes del límite, esto es, 24 años para el límite de 30 años y 32 años para el límite de 40 años.

Es decir, que para este grupo de delincuentes no se permite flexibilidad a los jueces y tribunales para adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente y los otros fines legitimadores de la pena —el legislador no explica cuáles—, restringiendo el alcance de la finalidad constitucional de la reinserción social. Que la diversidad de gravedad en cada grupo de delitos es ostensible —aunque en todo caso deban ser penas graves por preverlo así el art. 36.2 CP— y que el criterio de selección de los delitos no es principalmente el bien jurídico protegido o la entidad de la pena prevista, sino una cualidad de la víctima, la minoría de 13 años, o una forma de comisión, en el seno de una organización criminal, o los criterios que definen los delitos de terrorismo es la tipología de delitos excluida del régimen general de clasificación penitenciaria el elemento clave de interpretación del fundamento de la ley para excepcionar dicho régimen general.

Aunque el penado haya evolucionado favorablemente, de modo que su personalidad, la ausencia de peligrosidad criminal, aconsejara por razones de tratamiento progresar a una nueva clasificación, en tercer grado, esto es, se hubiera resocializado o estuviera en trance de hacerlo, esto es, fuera “una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades” (art. 59 LOGP), debería seguir cumpliendo su condena en régimen cerrado u ordinario hasta la mitad de la misma o hasta las 4/5 partes del límite de cumplimiento.

Esta constatación, junto con el grupo de delitos a que se aplica [dicho sucintamente: terrorismo, los cometidos en el seno de una organización criminal,

contra la indemnidad sexual de menores de 13 años y prostitución y corrupción de menores de 13 años] nos lleva a la reflexión sobre las razones político criminales de esta rigidez del cumplimiento ajena a la orientación de la ejecución de las penas a la reeducación y reinserción social.

Pudiera estar en el reproche social que merezcan esa clase de delitos contra menores de 13 años, lo que nos remitiría a fundamentos de tipo retributivo o preventivo general positivo, aunque también se deduce de la gestación de la norma que subyace la concepción de que este tipo de delincuentes no son “rehabilitables”, con lo que se produjo la paradoja de que se excluya *ab initio* la posibilidad de atender al elemento de la rehabilitación durante una parte sustancial de la ejecución de la pena o penas, basada en una especie de presunción de necesidad de inocuización y de su mantenimiento en el tiempo.

Lo mismo cabría decir, con matices, respecto a los delitos de terrorismo y, con más matices aún, los cometidos en el seno de una organización criminal, en los que podemos decir que el relegamiento del fin de rehabilitación y reinserción social obedece a planteamientos inocuizadores, retributivos o preventivo general negativos.

BACH FABREGÓ - GIMENO CUBERO (en QUINTERO OLIVARES 2010, p. 84-86) destacan la *vis expansiva* de la prohibición de reversión, antes solo para terrorismo, atribuyéndola a la Proposición no de ley del Grupo Popular en el Congreso aprobada el 3 de junio de 2008 aprobada por 330 votos a favor y 1 en contra¹⁵². Así mismo, destacan la incoherencia del art. 36.2 CP 2003 con el sistema de individualización científica ya desde 2003.

¹⁵² BOCG IX Legislatura. Congreso 11 de abril de 2008.—Serie D. Núm. 2, pp. 11-12: “El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 y siguientes del Reglamento de la Cámara, tiene el honor de presentar la siguiente Proposición no de Ley con el fin de introducir reformas en el Código Penal en relación con los delitos de abusos sexuales a menores, para su debate en Pleno. Exposición de motivos: El Estado tiene el deber de proteger de forma eficaz a los ciudadanos contra las agresiones de la delincuencia. Esta tutela exige todavía una respuesta mucho más contundente y ágil cuando quienes sufren los ataques son menores de edad o persona que sufre algún tipo de enfermedad o menoscabo mental que los priva de voluntad y que por su vulnerabilidad, las convierten en presas fáciles y

En la misma línea de discusión político criminal podríamos situar la nueva medida de seguridad de libertad vigilada (art. 106 CP introducido por esta LO 5/2010), de 5 a 10 años de duración, aplicable a los condenados a pena de prisión por delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales (conforme al nuevo art. 191.1º CP) y a los condenados a pena de prisión grave por delitos de terrorismo (conforme al nuevo art. 579.3º CP). Su imposición en estos casos es preceptiva —sin perjuicio de lo previsto en el art. 106.2 y 3.c CP introducido por esta LO 5/2010—, salvo que se trate de un solo delito y delincuente primario.

apetecibles de la voracidad delictiva de estos sujetos. El crimen recientemente perpetrado contra una niña de cinco años por parte de un pedófilo que ya antes había abusado sexualmente de otros menores, pone, una vez más, en evidencia la existencia de un problema que desafortunadamente no es nuevo, como es el de la agresión sexual de la que son objeto menores y desvalidos por parte de delincuentes que sin tener en cuenta ni la edad ni la vulnerabilidad de sus víctimas potenciales, las someten a los más execrables actos. No son pocas las denuncias que periódicamente se ponen dando cuenta de la desapariciones de niños, violaciones y abusos sexuales perpetrados contra menores e incapaces, descubrimiento de nuevas redes de pornografía y prostitución infantil, todo ello ante la impasibilidad del Gobierno que está obligado a reaccionar de inmediato poniendo coto a una situación que no admite otro debate que el de aumentar la cuantía de las penas que deben soportar estos sujetos. En efecto, la especial vulnerabilidad de las víctimas y la profunda alarma social que estos ataques suscitan en la población, exigen del Estado una respuesta penal contundente y acorde con la gravedad de la repudiable acción cometida, que no sólo castigue de forma ejemplar las acciones perpetradas contra unas víctimas que carecen de la posibilidad de ofrecer la menor resistencia sino que disuada a los potenciales agresores de cometer esta clase de delitos. Por todo ello, el Grupo Parlamentario Popular presenta la siguiente Proposición no de Ley: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a presentar en el más breve plazo posible un proyecto de ley de reforma del Código penal que contemple lo siguiente: 1. Elevar de forma ejemplar las penas que deben sufrir los infractores de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales contenidos en el Título VIII del Código Penal, cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación. Dicho agravamiento debe incluir tanto la pena principal como las accesorias. 2. Atendiendo a que la sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, modificar el artículo 76 del Código Penal de tal forma que los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales contenidos en el Título VIII del Código Penal, cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, cumplan la integridad de su condena. 3. Introducir medidas más eficaces de seguridad que permitan el control y la prevención del riesgo que entraña la puesta en libertad de delincuentes patológicos con pronóstico elevado de reincidencia una vez cumplida la condena.»

El legislador, en el punto IV de la Exposición de Motivos, explica estas previsiones, que él mismo conecta con la modificación del art. 36.2 CP para hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social:

“Es notorio, sin embargo, que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia. La opción inocuizadora, que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad, choca obviamente con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara. Se hace necesario, por tanto, para tales casos de especial gravedad expresamente previstos, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario¹⁵³, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad... La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (artículo 98.1)”.

¹⁵³ Por cierto difícilmente realizable o exitoso en condiciones de cumplimiento mínimos en régimen cerrado u ordinario de 24 o 32 años.

Resulta difícilmente comprensible la conexión de la especial gravedad del delito con la incapacidad o inadecuación de la pena para lograr la rehabilitación. Evidentemente, esta conclusión solo se puede alcanzar estableciendo un juicio, prejuicio, sobre el delincuente, no sobre el delito. Además de que el concepto de gravedad que maneja el legislador no es el de la gravedad del delito en función de la pena, grave o menos grave, puesto que estos grupos de delitos están castigados con penas que en ocasiones ni siquiera son de prisión o con penas de prisión menos graves.

Ahora bien, esta presunción de imposibilidad de rehabilitación no es predicable de los terroristas —o quienes hubieran cometido su delito en una organización criminal¹⁵⁴— del mismo modo que en el caso de los delincuentes sexuales, dada la evidente diferencia de naturaleza.

Se opta por una solución inocuizadora, en contra de lo que nominalmente se dice, pero que no pasa por la privación de libertad —como custodia de seguridad o prolongación de la pena— sino por una medida de seguridad no privativa de libertad; de cuyo carácter casi exclusivamente inocuizador o asegurativo no cabe dudar a la vista de su configuración en el art. 106.1 CP, salvo en sus letras *j* y *k*¹⁵⁵.

La medida de seguridad se justifica en “la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado”, lo cual se cohonesto mal con su preceptiva imposición desde antes de comenzar a cumplir la pena de prisión en cuya ejecución se supone que no se va a cejar en el esfuerzo rehabilitador.

¹⁵⁴ El art. 570 bis 1 CP, introducido por esta misma ley, define la organización criminal como “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

¹⁵⁵ “j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.”

Si finalmente la imposición de la medida depende del juicio pronóstico de peligrosidad, a realizar en el periodo de 2 meses anterior a la extinción de la pena o penas de prisión, no se entiende la razón de limitarla a estos dos grupos de delitos y delincuentes. Da toda la impresión de que están también en juego consideraciones de tipo preventivo-general relativas a la respuesta a los sentimientos de inseguridad ciudadana.

A juicio de PORTILLA CONTRERAS (en QUINTERO OLIVARES 2010, p. 382)¹⁵⁶ este “híbrido jurídico” resulta difícil de asumir.

Por otro lado, la LO 5/2010 aborda una completa reestructuración de los delitos de terrorismo¹⁵⁷, sin dejar de dar una nueva vuelta de tuerca a la exasperación punitiva y a la incriminación de nuevas conductas¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Con cita de ACALE SÁNCHEZ (2010, p. 426); GARCÍA RIVAS *ET ALTER* (2010), en ÁLVAREZ GARCÍA – GONZÁLEZ CUSSAC (2010), p. 424, para quienes resulta inadmisibile que la prognosis de criminalidad futura derive de las características del delito y no de las circunstancias del delincuente.

¹⁵⁷ Punto XXIX Exposición de Motivos: “Según se ha adelantado, otra de las importantes novedades que introduce la presente ley es una profunda reordenación y clarificación del tratamiento penal de las conductas terroristas, incluyendo entre ellas la propia formación, integración o participación en organizaciones o grupos terroristas, al tiempo que se incorporan algunas novedades que dan cumplimiento a las obligaciones legislativas derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI. El tratamiento de estas organizaciones y grupos se desplaza a un nuevo capítulo VII del Título XXII, aprovechando a tal fin el artículo 571, cuyo contenido se traslada al 572, lo que permite constituir con aquel una sección primera dedicada a dichas organizaciones y grupos, para mantener en la segunda los actuales delitos de terrorismo. Así, se sitúan las organizaciones y grupos terroristas –por obvias razones de proximidad conceptual, en los términos y por las razones ya expuestas– a continuación de las organizaciones y grupos criminales, al tiempo que se unifica en un mismo capítulo del Código Penal la reacción penal contra todas las manifestaciones de terrorismo. En atención a la gravedad intrínseca de la actividad terrorista, considerada como la mayor amenaza para el Estado de Derecho, así como a la peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido de dificultad para su identificación y desarticulación, se opta –a diferencia del esquema adoptado en el capítulo anterior para las otras organizaciones y grupos criminales– por equiparar plenamente el tratamiento punitivo de los grupos terroristas al de las organizaciones propiamente dichas, manteniendo en este punto la misma respuesta penal que hasta ahora

había venido dando la jurisprudencia. De conformidad con la pauta marcada por la citada Decisión Marco, al artículo 576 se añade un número 3 que amplía el concepto de colaboración con organización o grupo terrorista, asimilándoles conductas que hasta el presente han planteado algunas dificultades de encaje legal: así se ofrece la oportuna respuesta punitiva a la actuación de los grupos o células –e incluso de las conductas individuales– que tienen por objeto la captación, el adoctrinamiento, el adiestramiento o la formación de terroristas. En la misma línea apuntada por la normativa armonizadora europea, se recogen en el primer apartado del artículo 579 las conductas de distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas que, sin llegar necesariamente a constituir resoluciones manifestadas de delito (esto es, provocación, conspiración o proposición para la realización de una concreta acción criminal) se han acreditado como medios innegablemente aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir, si bien, tal y como exigen la Decisión Marco y el Convenio del Consejo de Europa sobre terrorismo, tales conductas deberán generar o incrementar un cierto riesgo de comisión de un delito de terrorismo. Por su parte, el artículo 576 bis, que había quedado vacío de contenido tras su derogación por la Ley Orgánica 2/2005 de 22 de junio, pasa ahora a recoger la tipificación expresa del delito de financiación del terrorismo, que además se completa, siguiendo la línea normativa trazada en materia de blanqueo de capitales, con la inclusión de la conducta imprudente de los sujetos especialmente obligados a colaborar con la Administración en la prevención de dicha financiación.”

¹⁵⁸ Véanse los comentarios de GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (2010, pp. 371-378), que llega a afirmar que “al legislador solo le queda un límite preciso que franquear. Un límite a trazar de acuerdo con el principio rector que podría ser enunciado de esta guisa ‘o estás contra el terrorismo o formas parte de él’. Tal parece ser *el leit motiv* de la reforma”, afirmando incluso que el art. 579.1 CP es “simplemente inconstitucional”.

I. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo de 2015: la prisión permanente y la nueva libertad condicional

El 30 de marzo de 2015, al final de la X Legislatura, 2011-2015, la segunda de mayoría absoluta del Partido Popular, se promulgaron tres leyes de singular relevancia, publicadas en el BOE nº 77, de 31 de marzo: la LO 1/2015, de reforma del Código Penal; la LO 2/2015, de reforma del Código Penal en materia de terrorismo¹⁵⁹; y la LO 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Las tres entraron en vigor el 1 de julio de 2015.

Aunque estas reformas penales no afectarán apenas a las personas presas que cumplen o cumplan en el futuro condenas por delitos de terrorismo independentista cometidos hasta el 30 de junio de 2015 —por lo que en principio no afecta al objeto de este trabajo—, no cabe omitir algunas referencias descriptivas de las mismas y alguna valoración político criminal, en la medida en que en gran medida son la, aparentemente, culminación de la deriva político criminal¹⁶⁰ que se viene exponiendo y comentando en los apartados anteriores.

Sin perjuicio de que también existe algún texto encomiástico¹⁶¹ como el producido por ALCALÁ PÉREZ-FLORES – JAÉN VALLEJO¹⁶² – MARTÍNEZ

¹⁵⁹ Consecuencia de una Proposición de Ley pactada entre el PP y el PSOE: la Proposición de Ley Orgánica 122/000189 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, consecuencia del Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo entre el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español, en <http://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2015/>.

¹⁶⁰ Que GONZÁLEZ CUSSAC (2015, Prefacio, p. 18) califica como “ideología radical combinada con un conjunto de factores sociológicos y culturales contenidos en la afortunada expresión del ‘populismo punitivo’”.

¹⁶¹ Llamam la atención por su carácter laudatorio pero escasamente argumentativo los textos de JAÉN VALLEJO – PERRINO PÉREZ (2015) y ALCALÁ PÉREZ-FLORES – JAÉN VALLEJO – MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ PRADO – PERRINO PÉREZ (2015), quienes por otro lado apenas citan las abundantes y mayoritarias críticas a estas reformas. Por ejemplo, respecto a la prisión permanente refieren que “ha recibido algunas críticas en la doctrina española” y citan únicamente a autores que “han expresado su perfecto encaje constitucional”, en textos

ARRIETA MÁRQUEZ PRADO y PERRINO PÉREZ, son ampliamente mayoritarias las opiniones negativas, fuertemente críticas, con las reformas penales operadas durante la última legislatura. Así, merece especialmente destacarse que un enorme número de catedráticos y catedráticas de 32 universidades públicas españolas¹⁶³ hayan suscrito y hecho público un

periodísticos: Ramón Rodríguez Arribas, José Luis Manzanares Samaniego, Rafael Mendizábal, Manuel Cobo del Rosal, Luis Rodríguez Ramos y Manuel Jiménez de Parga (véase página 8 y notas finales 11 a 16). Por el contrario se podrían citar otros textos periodísticos, muy críticos, de otros juristas conservadores como el ex Fiscal General del Estado Eduardo Torres-Dulce (en El País de 1 de julio de 2015): “la mayoría de cambios se han producido por razones mediáticas y, sencillamente, no existe el principio de proporcionalidad a la hora de imponer una sanción”.

No obstante, destacan JAÉN VALLEJO – PERRINO PÉREZ (2015, p. 23) la incoherencia de la prisión permanente revisable con la subsistencia de límites de cumplimiento no revisables de hasta 40 años.

¹⁶² Asesor del Ministerio de Justicia.

¹⁶³ Álvarez García (Universidad Carlos III); Abel Souto (Santiago de Compostela); Acale Sánchez (Cádiz); Alonso Álamo (Valladolid); Arroyo Zapatero (Castilla-La Mancha); Benítez Ortuzar (Jaén); Berdugo Gómez de la Torre (Salamanca); Boldova Pasamar (Zaragoza); Cancio Meliá (Autónoma de Madrid); Carbonell Matéu (Valencia); Carmona Salgado (Granada); Carrasco Andriño (Alicante); Cervelló Donderis (Valencia); Corcoy Bidasolo (Barcelona); Cuerda Arnau (Jaume I); Cuerda Riezu (Rey Juan Carlos); De la Cuesta Aguado (Cantabria); De Vicente Martínez (Castilla-La Mancha); Demetrio Crespo (Castilla-La Mancha); Díaz y García Conlledo (León); Díez Ripollés (Málaga); Dopico Gómez-Aller (Carlos III); Doval País (Alicante); Hava García (Cádiz); Faraldo Cabana (Coruña); Fernández Teruelo (Oviedo); Ferré Olivé (Huelva); García Albero (Lérida); García Arán (Autónoma de Barcelona); García Pérez (Málaga); García Rivas (Castilla-La Mancha); Gimbernat Ordeig (Complutense); Gómez Rivero (Sevilla); González Cussac (Valencia); González Rus (Córdoba); Gracia Martín (Zaragoza); Guanarteme Sánchez-Lázaro (La Laguna); Iglesias Río (Burgos); Juanatey Dorado (Alicante); Lamarca Pérez (Carlos III); Lorenzo Copello (Málaga); Lorenzo Salgado (Santiago de Compostela); Maqueda Abreu (Granada); Martínez Buján (Coruña); Martínez Escamilla (Complutense); Miró Linares (Miguel Hernández); Morales Prats (Autónoma de Barcelona); Morillas Cueva (Granada); Muñagorri Laguía (Universidad del País Vasco); Muñoz Conde (Pablo de Olavide); Muñoz Sánchez (Málaga); Nieto Martín (Castilla-La Mancha); Núñez Paz (Huelva); Orts Berenguer (Valencia); Otero González (Carlos III); Paredes Castañón (Oviedo); Peñaranda Ramos (Autónoma de Madrid); Pérez Cepeda (Salamanca); Pérez Manzano (Autónoma de Madrid); Peris Riera (Murcia); Portilla Contreras (Jaén); Queralt Jiménez (Barcelona); Quintero Olivares (Rovira i Virgili); Rebollo Vargas (Autónoma de Barcelona); Robles Planas (Pompeu Fabra); Rodríguez

manifiesto¹⁶⁴ en el que contundentemente y en términos durísimos deploran las reformas por su enorme pobreza técnica, por haber prescindido de la tradición jurídica española, por beber de las peores fuentes político-criminales, por el indeseado aumento de la gravedad de no pocas conductas, por la injustificable cadena perpetua, por el abandono del principio de culpabilidad y por la burla de los trámites legislativos, llegando a calificar la situación de “un verdadero estado de necesidad política provocado por la deslealtad democrática del actual Gobierno, quien mediante las denunciadas iniciativas legislativas está elaborando una urdimbre jurídica extraordinariamente alejada de un sistema democrático atento a las libertades y derechos fundamentales, y mucho más próxima a un sistema autoritario que francamente creíamos ya olvidado”¹⁶⁵.

En mayor o menor medida en el mismo sentido crítico se sitúan las obras doctrinales¹⁶⁶ conocidas hasta la fecha como la publicación dirigida por ÁLVAREZ GARCÍA resultante del Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”¹⁶⁷, que acogió a gran parte de los profesores de Derecho penal de España, así como las dirigidas por GONZÁLEZ CUSSAC (2015), QUINTERO OLIVARES (2015), MORILLAS CUEVA (2015) o las escritas por MANZANARES SAMANIEGO

Montañés (Alcalá de Henares); Rueda Martín (Zaragoza); Sola Reche (La Laguna); Terradillos Basoco (Cádiz); Zúñiga Rodríguez (Salamanca).

¹⁶⁴ <http://www.ub.edu/dpenal/recursos/TEXTO%20FINAL2.pdf>

¹⁶⁵ En sentido similar véase el Comunicado “No hay derecho. Por un código penal de todos” del Grupo de Estudios de Política Criminal ante la reforma del código penal [en <http://www.gepc.es/web>], que incluso convocó para el 4 de marzo de 2015 un acto conjunto de las universidades públicas españolas en protesta por las reformas penales.

¹⁶⁶ Resulta inabarcable e innecesario al objeto de este trabajo recoger todas las opiniones de expertos en Derecho penal aparecidas en medios de comunicación, redes sociales, internet y en las numerosas jornadas sobre las reformas penales acaecidas en universidades y colegios de abogados.

¹⁶⁷ Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013. Tirant lo Blanch, 2013.

(2015a), NAVARRO MASSIP (2015), MOLINA MANSILLA (2015) o VÁZQUEZ IRUZUBIETA (2015).

1. Ampliación del concepto de terrorismo

La Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, nació fuertemente condicionada por los atentados yihadistas de París conocidos por el ataque a la revista satírica *Charlie Hebdo*, justificándose en las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1373/2001 y 2178/2014, las novedades del “terrorismo internacional de corte yihadista”¹⁶⁸ y la supuesta insuficiencia de una legislación penal española experimentada en la lucha contra ETA y GRAPO basada en la organización o grupo terrorista¹⁶⁹.

Esta LO 2/2015 modifica los artículos 571 a 580 CP —superponiéndose a la reforma por la LO 1/2015, en cuanto que esta modifica los art. 570 bis y ter, a los que el art. 571 CP se remite, a fin únicamente de eliminar la referencia a las faltas— en primer lugar para proporcionar una nueva definición de terrorismo¹⁷⁰ en el art. 573 CP¹⁷¹, basada en las DM 2002/475/JAI y 2008/919/JAI¹⁷²:

“1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o

¹⁶⁸ Sobre el concepto de terrorismo internacional y terrorismo global, véase AULESTIA (2005, pp. 77 y ss.).

¹⁶⁹ Preámbulo LO 2/2015. Véase el Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo de 2 de febrero de 2015, en <http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh15/seguridad/Documents>.

¹⁷⁰ Para un análisis de las notas definitorias del terrorismo, al margen de lo jurídico, véase AULESTIA (2005, pp. 81-87).

¹⁷¹ Se destacan en negrilla los aspectos novedosos.

¹⁷² Modifica la anterior para ampliar el concepto.

explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.^a **Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.**

2.^a **Alterar gravemente la paz pública.**

3.^a **Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.**

4.^a **Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.**

2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.”

2. Cuestiones relativas al terrorismo afectadas por la LO 1/2015

En relación con la LO 1/2015, esta LO 2/2015 introduce para los delitos de terrorismo con resultado de muerte (art. 573 bis.1º CP) la pena de prisión permanente¹⁷³, aunque no se diga expresamente (el texto se refiere a “la de

¹⁷³ El presidio perpetuo o cadena perpetua es una pena privativa de libertad de carácter indefinido, que normalmente se impone como condena ante un delito grave, y que puede implicar la privación de libertad de por vida. En la mayoría de jurisdicciones en las que no se contempla la pena capital, la cadena perpetua (en especial sin posibilidad de libertad condicional) constituye el castigo más severo que puede recibir un criminal. El término "cadena perpetua" hace referencia a una pena que ya se ha extinguido en la casi totalidad de la legislaciones (sólo Perú mantiene este término en su legislación aunque tampoco existe la "cadena" como pena). A este

prisión por el tiempo máximo previsto en este Código”), en virtud de que esta ley es producto de un pacto entre el PP y el PSOE y este último partido se manifiesta contrario a esta pena y ha presentado el 30 de junio de 2015 —junto con diputados del Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i de Unió, el de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, el de Unión Progreso y Democracia, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y el Grupo Parlamentario Mixto— recurso de constitucionalidad contra la misma, y su propósito anunciado es derogarla cuando pueda lograr la mayoría parlamentaria para ello. Si así fuera, la pena para este delito sería la de prisión por el tiempo máximo previsto en el Código. Si entendemos que se refiere al nuevo art. 36.2º, primer párrafo, la duración sería de hasta 20 años, y si atendemos a la duración excepcional a la que se refiere el mismo párrafo, sería de hasta 30 años (por ejemplo art. 485.2, segundo párrafo). Obviamente, parece claro que se volvería a la pena de prisión de hasta 30 años del actual artículo 572.1º.

La nueva pena de prisión permanente¹⁷⁴¹⁷⁵ se regula en los arts. 33.2, 35, 36.1, 70.4º, 76.1, 78 bis y 92 y está prevista, además de en el art. 573.1 CP,

tipo de pena, recogida en los códigos penales decimonónicos, se la fraccionaba en "años de cadena" y la más gravosa era la "cadena perpetua" lo que significaba pasar el tiempo de la condena encadenado a un muro. Hoy se habla de "prisión perpetua" o más técnicamente "prisión o reclusión por tiempo indeterminado", pues ya no se encadena a los reos y la condenación de por vida es extremadamente excepcional. De todos modos se sigue utilizando "cadena perpetua" como designación coloquial de este tipo de condena.

JAÉN VALLEJO – PERRINO PÉREZ (2015, p. 23) hubieran preferido la denominación prisión perpetua.

¹⁷⁴ Que se justifica en la Exposición de Motivos: *“La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido. En este mismo sentido, se revisan los delitos de homicidio, asesinato y detención ilegal o secuestro con desaparición, y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto...*

La reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad –asesinatos especialmente graves,

para los delitos de asesinato —cuando la víctima sea menor de dieciséis años de

homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad— en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos.

La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena, un tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. La previsión de esta revisión judicial periódica de la situación personal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado.

En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social.

La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de «pena definitiva» en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión...

La reforma prevé la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los asesinatos especialmente graves, que son ahora definidos en el artículo 140 del Código Penal: asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie.”

¹⁷⁵ Ha recibido generalizadas críticas por parte de la doctrina. Por ejemplo DOMÍNGUEZ IZQUIERDO (2015, pp. 131-133) señala que, proveniente de la Enmienda 384 del Grupo Popular a la LO 5/2010, constituye un fraude de etiquetas que, partiendo de una sensación de impunidad artificialmente creada, ostenta un carácter puramente simbólico.

edad o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad; cuando el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal y cuando el reo de asesinato hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas— (art. 140.1 CP)¹⁷⁶; matar al Rey o a la Reina o al Príncipe o a la Princesa de Asturias (art. 485.1 CP); matar al Jefe de un Estado extranjero o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado que se halle en España (art. 605.1 CP); genocidio (art. 607 CP); y de lesa humanidad con resultado de muerte (nuevo 607 bis.3 CP).

En relación con la ejecución de la pena de prisión permanente, para los delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII, se prevé que:

- se pueda acceder a los permisos penitenciarios a partir de los doce (12) años de cumplimiento (art. 36.1 *in fine* CP)
- la progresión a tercer grado de tratamiento —autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias—
 - hasta el cumplimiento de veinte (20) años de prisión efectiva (art. 36.1.a CP)
 - veinticuatro (24) años cuando concurren varias penas y una de ellas sea prisión permanente y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años (art. 78 bis.3 CP)
 - treinta y dos (32) años cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente y el resto de penas

¹⁷⁶ Si observamos los delitos de asesinatos cometidos en España (387 en 2011, 364 en 2012; y por otro lado que según el INE, los homicidios de menores de 14 años en 2013 fueron 18 y que según la Memoria de la Fiscalía General del Estado 2014 la evolución, en fase inicial del procedimiento, los homicidios y asesinatos serían 1.294 en 2011, 1.307 en 2012 y 1.176 en 2013, mientras que en fase de calificación por el MF los asesinatos serían 248 en 2011, 301 en 2012 y 272 en 2013; y en sentencia 221 asesinatos en 2012 y 237 en 2013) podríamos estimar que necesariamente se producirá una importante aplicación de la prisión permanente.

impuestas sumen un total de veinticinco años o más (art. 78 bis.3 CP)

- Para la revisión¹⁷⁷ —suspensión de la ejecución de la prisión permanente—, por parte del tribunal, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, en un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado, se deberá haber cumplido:
 - Veinticinco (25) años de condena (art. 92.1 CP)
 - En el caso de concurrencia de delitos, la suspensión de la ejecución de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de
 - veintiocho (28) años de prisión, cuando concurren varias penas y una de ellas sea prisión permanente y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años (art. 78 bis.3 *in fine* CP)
 - treinta y cinco (35) años de prisión¹⁷⁸ cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más (art. 78 bis.3 *in fine* CP)

¹⁷⁷ Que carece de “insuficientes requisitos formales” (GONZÁLEZ CUSSAC 2015, Prefacio, p. 19).

Conociendo la gran escasez de medios personales y la tendencia a la ritualización en el ámbito penitenciario, la imagen simbólica creada por Stephen King en su obra “Rita Hayworth and the Shawshank Redemption”, convertida en película en 1994 por Frank Darabont, con el título en España de “Cadena Perpetua”, se nos antoja como la más probable realidad: Morgan Freeman compareciendo ante un desinteresado tribunal de burócratas que le desconocen casi absolutamente para responder a un rituarial escenificación vacía de contenido.

¹⁷⁸ Incluso defensores de la pena como JAÉN VALLEJO – PERRINO PÉREZ (2015, p. 215) consideran que 35 años es un plazo excesivo para la revisión.

En definitiva, se consolida ya en nuestro ordenamiento jurídico un régimen progresivo contrario al principio de individualización científica establecido en el art. 72.1 LOGP¹⁷⁹, con unos plazos de acceso a los instrumentos de reinserción social largos¹⁸⁰ y excepcionales para los delitos de terrorismo, desnivelando el equilibrio de los fines de la pena en la fase de ejecución claramente hacia la retribución y la prevención general, en detrimento de la prevención especial positiva.

Nótese que con la exigencia de autorización por parte del tribunal sentenciador previa a la progresión a tercer grado se da un paso más en la evolución de la comprensión de la clasificación penitenciaria desde una cuestión meramente penitenciaria, fuera del radio de acción nuclear del principio de legalidad, a la de ámbito propio de ejecución de la pena y por tanto afecta a exigencias del principio de legalidad como la prohibición de irretroactividad¹⁸¹. La consideración de la clasificación penitenciaria como parte esencial de la carga aflictiva de la pena tiene a su vez el efecto de situarla en el núcleo del debate sobre los fines de la pena. Como se comentó *supra*, en 2003 se atribuyó la competencia para los recursos de apelación en esta materia al tribunal sentenciador, se incluyó el periodo de seguridad en el código penal y se estableció jurisprudencialmente que el art. 36.2 introducido por dicha ley por tener naturaleza penal (contra lo que sostenía el Informe del CGPJ al anteproyecto de la LO 7/2003) no era de aplicación retroactiva. Ahora se da un paso más y la clasificación penitenciaria en tercer grado en la prisión permanente requerirá autorización previa del tribunal sentenciador y de un

¹⁷⁹ La propia Instrucción de la SGIP 4/2015, de 29 de junio, entiende que la LO 1/2015 necesariamente debe proyectarse en una reforma de la ley penitenciaria y su reglamento de desarrollo. Al respecto véase, críticamente, SOLAR CALVO (2015).

¹⁸⁰ BARQUÍN SANZ (2015, p. 260) destaca que entre la posibilidad de clasificación en tercer grado a los 15 años y la posibilidad de revisión a los 25 años habría unos larguísimos 10 años en tercer grado. Obviamente quien ha diseñado estos plazos desconoce lo absurdo y contraproducente que puede ser cumplir una pena en tercer grado durante 10 años.

¹⁸¹ La Instrucción de la SGIP 4/2015, de 29 de junio, no hace referencia a este extremo, dado que en su Disposición Transitoria Segunda se remite a “una Instrucción *ex profeso* específica, que se dictará en su momento”.

procedimiento judicial, aunque no se establece expresamente que sea contradictorio.

También en la concesión de la libertad condicional —ahora suspensión de la ejecución conforme al nuevo art. 90 CP, con lo cual declina su naturaleza de último grado del sistema penitenciario (art. 72.1 LOGP)— en el caso de la prisión permanente, esto es, para la denominada revisión (nuevo art. 36.1 que se remite al nuevo art. 92 CP) se atribuye la competencia al tribunal sentenciador, sustrayéndosela al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que la ostentaba hasta el momento y sigue haciéndolo en relación con las penas de prisión de duración determinada o definida¹⁸².

Por otro lado, se introduce una limitación temporal mínima para los permisos penitenciarios, únicamente para la prisión permanente (8 años con carácter general y 12 para los delitos de terrorismo), por primera vez también en el Código penal, además de la de la cuarta parte de la condena ya prevista en la legislación penitenciaria. La excepcionalidad para los delitos de terrorismo es una constante en cualquier reforma, en ocasiones sin que se sepa a qué obedece, como en este caso, en el que se establece una diferencia en el marco de la pena más grave que nuestro sistema constitucional podría llegar a admitir. No se entiende muy bien la diferencia de trato entre los delitos que dan lugar a la pena de prisión permanente.

En relación con aspectos que pudieran afectar a la ejecución de las penas por delitos de terrorismo por hechos anteriores al 1 de julio de 2015, una novedad relevante es que conforme al art. 36.3 CP¹⁸³ se permite al tribunal, en los casos de prisión permanente, o al juzgado de vigilancia penitenciaria, en el resto,

¹⁸² La Instrucción de la SGIP 4/2015, de 29 de junio, nos dice que su duración es indeterminada, pero no indefinida, sin que se alcance a comprender el significado, puesto que ambos términos vienen a ser sinónimos.

¹⁸³ “3. En todo caso, el tribunal o el juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad.”

clasificar en tercer grado a los presos enfermos muy graves con padecimientos incurables¹⁸⁴ y los septuagenarios. Esta posibilidad se había aceptado como paso previo a la libertad condicional al amparo del artículo 76.2.f) LOGP por el Acuerdo 125 de los Criterios de Actuación, Conclusiones y Acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI Reuniones celebradas entre 1981 y 2007 (Texto refundido y depurado actualizado al 1 de enero de 2008), que afirma que:

“Debe ser rechazada a limine litis cualquier petición de libertad condicional de un penado que no se encuentre clasificado en tercer grado en el momento de formular su solicitud, salvo en los supuestos excepcionales de enfermos graves con padecimientos incurables, o penados que hayan cumplido la edad de 70 años o estén próximos a alcanzarla. En estos supuestos, el Juez de Vigilancia podrá acordar dicha progresión de grado, sin propuesta previa del establecimiento, en el mismo Auto en que se conceda a aquél el beneficio de la libertad condicional. Aunque la práctica de resolver eventuales peticiones de libertad condicional por penados clasificados en segundo grado debe estimarse que conculca la regla general del artículo 76.2.f) LOGP, precepto que supedita la clasificación en tercer grado al cauce procesal de un recurso por parte del interno. La invocación del cauce procesal del artículo 76.2.g) LOGP para resolver una pretendida queja tácita contra la decisión de clasificación en segundo grado resulta improcedente, pues dicho cauce procesal no es utilizable contra decisiones de la Administración penitenciaria para las que la LOGP previó explícitamente el cauce procesal del recurso -artículos 76.2.e) y .f)-, debiendo en consecuencia reputarse improcedente concentrar en un mismo expediente la simultánea resolución de una clasificación que no ha sido recurrida, objeto de una supuesta queja tácita, con la tramitación de un expediente de libertad condicional, la excepcionalidad de la libertad condicional por avanzada edad tiene un tratamiento sustantivo específico, que se encuentra en el artículo 92 CP, modificado por L.O. 15/2003, de 25

¹⁸⁴ La Instrucción SGIP 2/2005, de 15 de marzo, de modificación sobre las indicaciones de la I.2/2004, para la adecuación del procedimiento de actuación de las juntas de tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, puntos 1.3 y 1.5, ya había entendido que el art. 104.4º RP no quedaba afectado por el periodo de seguridad.

de noviembre, justificándose el régimen excepcional frente al criterio general de concesión de la libertad condicional en que aquí no se trata de preparar al interno para la futura vida en libertad sino en asegurarse de que pasa fuera del establecimiento penitenciario sus últimos momentos.”

Sin embargo, en ocasiones, como en los Autos del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 26 de mayo de 2015 y 15 de julio de 2015 (Peticiones y quejas 871/2003 nº 0003), el Juzgado ha entendido que dicha posibilidad solo era aplicable al previgente art. 92.3º CP 2003, a pesar de que el Acuerdo referido fue aprobado antes de la reforma por la LO 15/2003 que lo introdujo. La Sala de lo Penal, a pesar de haber entrado en vigor el referido art. 36.3º CP, desestima en vía de apelación la concesión de la libertad condicional previa progresión judicial a tercer grado en el Auto de la Sección 1ª 623/2015, de 28 de julio, sobre la base de una interpretación restrictiva del mismo que se comenta *infra*; interpretación que tampoco puede tomarse como criterio a futuro porque ya sabemos que las decisiones de la Audiencia Nacional varían con frecuencia con base en cuestiones coyunturales externas a la resolución judicial.

La Instrucción SGIP 4/2015, punto II.1, entiende que esta posibilidad solamente es aplicable a las condenas de prisión permanente revisable o “los delitos enumerados en el punto 2 del citado precepto [art. 36 CP]”, indicando a las Juntas de Tratamiento que lo tengan en cuenta en la emisión de informes, lo que significaría que en las penas de prisión en las que no hubiera periodo de seguridad quedarían sometidas al régimen general del art. 104.4º RP, que no contempla a los mayores de 70 años. A mi juicio esta interpretación no puede admitirse, porque hace de peor condición a las personas condenadas a penas de prisión determinadas sin periodo de seguridad, ni se desprende de la literalidad del precepto que refiere que será de aplicación “en todo caso”, aunque una interpretación sistemática podría llevar a afirmar que se trata de una excepción, para estas personas, al régimen excepcional de las limitaciones temporales a la clasificación en tercer grado.

En segundo lugar, en el art. 76.2 CP¹⁸⁵ se establece que el momento relevante a efectos de la acumulación jurídica y limitación de condenas es el del enjuiciamiento y no el de la primera sentencia no firme¹⁸⁶, como se venía interpretando¹⁸⁷. Habrá que ver si se produce una interpretación jurisprudencial que varíe la anterior con base en la nueva norma. En realidad ya se podría haber interpretado de esta forma, puesto que en puridad, con la redacción del art. 76.2 CP por LO 7/2003 “por el momento de su comisión” solo podrían haberse enjuiciado en uno solo delitos cometidos antes de la apertura del juicio oral¹⁸⁸. Y si fuéramos procesalmente estrictos únicamente hasta el Auto de transformación en Procedimiento Abreviado (art. 779.4º LECr) o el Auto de Conclusión del Sumario (art. 622 LECrim), momento a partir del cual no cabe acumular nuevos hechos a las diligencias.

3. La nueva libertad condicional

En tercer lugar, una reforma de calado es la reforma de la libertad condicional. Esta trasmuta su naturaleza¹⁸⁹ para convertirse en una suspensión de la

¹⁸⁵ “2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos **cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar**”.

¹⁸⁶ Aunque se ha admitido la acumulación jurídica de penas por delitos cometidos antes de la firmeza de la sentencia (véase por ejemplo F.Dº 1º STS 47/2002, de 26 de enero, Ponente Martín Canivell).

¹⁸⁷ Véase la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2014, pp. 6-7, cuya doctrina podría verse revisada en este punto, al igual que para acoger la doctrina de la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015.

¹⁸⁸ GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 65).

¹⁸⁹ SOLAR CALVO (2015), p. 1: “se produce un cambio radical en la naturaleza jurídica de la libertad condicional que pasa inadvertido porque la misma no cambia tanto en cuanto a los controles que implica para el liberado, pero que sin duda tiene consecuencias jurídicas que debieran abordarse. Lo anterior hasta el punto de poder significar una **derogación encubierta de la LOGP** con consecuencias tan relevantes en la esfera jurídica de los internos como lo es la pérdida del tiempo que hubiera transcurrido en la misma”.

ejecución y ello se hace sin derogar el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en el que expresamente se establece 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”¹⁹⁰. Como dice SOLAR CALVO (2015, p. 1) “se establece una nueva regulación de la libertad condicional que, conservando el contenido de lo que venía siendo la misma, no se parece en nada a lo que ésta era. Se produce así un **choque jurídico sin resolver** entre lo que el nuevo CP y la LO 1/79 General Penitenciaria (LOGP) dicen sobre la misma”.

Efectivamente, en el fondo no se producen muchas modificaciones sustanciales de la libertad condicional; incluso se mantiene el nombre y el legislador utiliza una redacción que parece redundante (“acordará”¹⁹¹ la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional”, que en realidad no son cosas distintas). Así, la competencia sigue siendo del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, salvo en la nueva pena de prisión permanente; los criterios temporales siguen siendo los mismos; las posibilidades de adelantamiento también con algún matiz (salvo que la libertad condicional a las dos terceras partes y el adelantamiento de 90 días por año ya no se configuran como excepcionales); los requisitos son casi los mismos, aunque ya no se mencione el Informe pronóstico final del art. 67 LOGP¹⁹² sino que se establecen los criterios que ha de valorar el Juzgado¹⁹³; la aplicabilidad de

¹⁹⁰ Ya se ha aludido anteriormente a que la propia SGIP entiende que esta reforma penal deberá proyectarse en una reforma de la legislación penitenciaria.

¹⁹¹ Se establece como preceptivo, dándose los requisitos y conforme a los criterios establecidos.

¹⁹² A pesar de lo cual la Instrucción SGIP 4/2015 entiende que debe mantenerse la remisión de dicho informe junto con el expediente de libertad condicional dado que al fin y al cabo el juzgado “debe hacer una valoración positiva sobre la capacidad del interno para respetar la ley penal, que no es otra cosa que establecer un pronóstico de que el interno va a cometer o no nuevos delitos, es, decir, el tradicional pronóstico de reincidencia o de reinserción social favorable o desfavorable”.

¹⁹³ “...la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los

condiciones y sus consecuencias, ahora lo previsto en los arts. 83, 86 y 87 CP, aunque hay algunas novedades relevantes en la revocación; y las excepciones respecto a los condenados por delitos de terrorismo siguen siendo las mismas.

Las novedades se centran en la libertad condicional excepcional a la mitad de la condena del art. 90.3 CP¹⁹⁴ para primeros ingresos en prisión; las medidas para la garantía del comiso o la responsabilidad civil, en especial en delitos contra la administración pública¹⁹⁵; el plazo de suspensión (“libertad condicional”) previsto en el art. 90.5¹⁹⁶, que pudiera ser superior al tiempo restante por cumplir si este fuera inferior a 5 años; la posibilidad de revocación de la suspensión por cambio sobrevenido en las circunstancias del art. 90.5¹⁹⁷; el

efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

¹⁹⁴ “3. Excepcionalmente, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados en que concurren los siguientes requisitos: a) Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que esta no supere los tres años de duración. b) Que hayan extinguido la mitad de su condena. c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere al apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior. Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales.”

¹⁹⁵ “4. El juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta para alguno de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II de este Código, cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado”.

¹⁹⁶ “El plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado”.

¹⁹⁷ “Asimismo, 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

inicio del expediente de libertad a petición del penado¹⁹⁸; y quizás la más importante sea la pérdida del tiempo pasado en libertad en caso de revocación, lo que se introdujo en el art. 93.3 CP¹⁹⁹ por la LO 7/2003 para los delitos 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”.

Del que de algún modo parece antecedente el art. 93.2º CP, introducido por LO 7/2003 y modificado por la Disposición Adicional de la LO 5/2010 en cuanto al ámbito de los delitos a los que afecta: *“En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda”*. Este inciso subrayado se interpretó que se refería a la desvinculación con el grupo terrorista (CORCOY BIDASOLO – MIR PUIG 2011, p. 235).

De algún modo también recuerda a la revocación de la libertad condicional por mala conducta del art. 99 CP 1973 y del art. 66.3º RP 1981.

¹⁹⁸ Aunque la redacción es confusa, porque en la misma frase se establece que resolverá de oficio a petición del penado: *“7. 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”*. Hasta ahora el inicio del expediente de libertad condicional estaba en manos de la administración penitenciaria, si bien cumpliéndose los requisitos temporales y de clasificación en tercer grado, ante la no iniciación, se podía acceder en queja al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria al amparo del art. 76.2.g) LOGP, e incluso desde el segundo grado en los casos de enfermedades muy graves con padecimientos incurables y septuagenarios (Acuerdo 125 de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria ya referido).

La Instrucción SGIP 4/2015 entiende que la posibilidad de inicio a petición del penado no empece que la administración siga iniciando el expediente como hasta ahora con los procedimientos según los casos previstos en la página 10.

¹⁹⁹ *“En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”*.

terrorismo y ahora —de nuevo la *vis expansiva* de la legislación excepcional— se generaliza a todos los delitos²⁰⁰.

En opinión de SOLAR CALVO (2015, p. 1) todas estas modificaciones se han hecho “con la única finalidad de permitir extender y normalizar los efectos revocadores que ya introdujo la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas para el cumplimiento íntegro de las penas, y la adaptación constitucional de la nueva pena de cadena perpetua que se crea”; con la que coincido, sobre todo en que es la necesidad de encajar la prisión permanente en nuestro sistema de penas lo que requería de esta nueva configuración de la libertad condicional.

Por último, resulta llamativo comprobar cómo se crea un nuevo art. 94bis CP²⁰¹, con efecto sobre todos los supuestos de suspensión, para dar cumplimiento a lo previsto en la Decisión Marco de la UE 675/2008, mientras que en la LO 7/2014, como luego se analizará *in extenso*, se veda el principio de equivalencia para el efecto beneficioso para el penado de fijar límite de cumplimiento máximo.

4. Vigencia temporal

La LO 1/2015 no contiene reglas de aplicación temporal respecto a las modificaciones en el ámbito de ejecución de las penas en sus disposiciones

²⁰⁰ Recuperando lo previsto en el art. 66.3 RP 1981 (“La reincidencia en el delito llevará aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, según dispone el artículo 99 del Código Penal”) conforme preveía el art. 99 CP 1973 (“La reincidencia o reiteración en el delito llevarán aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”) para los supuestos de reiteración delictiva durante la libertad condicional.

²⁰¹ “A los efectos previstos en este Capítulo, las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea tendrán el mismo valor que las impuestas por los jueces o tribunales españoles salvo que sus antecedentes hubieran sido cancelados, o pudieran serlo con arreglo al Derecho español”.

transitorias, por lo que habrá de estarse a las reglas generales de irretroactividad y retroactividad de la ley más favorable²⁰².

La Disposición Transitoria primera de la Instrucción SGIP 4/2015, de 29 de junio, prevé la aplicación de la nueva normativa a los expedientes de libertad condicional que se inicien a partir del 1 de julio de 2015, lo cual puede ser aceptable para los aspectos de procedimiento de la administración penitenciaria pero no para las cuestiones materiales de ejecución de penas.

A mi juicio, resulta evidente que la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional a las penas por hechos cometidos antes del 1 de julio de 2015 queda vedada por el derecho a la irretroactividad de las disposiciones desfavorables, como ya se interpretó respecto al art. 93.3º CP introducido por la LO 7/2003 para los delitos de terrorismo.

Entiendo que lo mismo cabe decir sobre la posibilidad de revocación por incumplimiento sobrevenido de los criterios que hubieran dado lugar a la libertad condicional (art. 90.5º, párrafo tercero CP)²⁰³; sobre la posibilidad de imponer un tiempo de suspensión superior al del tiempo de condena que reste por cumplir (art. 90.5º, párrafo cuarto CP); sobre las especiales exigencias de tipo patrimonial del art. 90.4º; o sobre la equivalencia de las condenas de Estados de la UE (art. 94bis CP)²⁰⁴.

²⁰² Sobre el régimen transitorio de la LO 1/2015, véase GONZÁLEZ TAPIA (2015).

²⁰³ Aunque la Disposición Transitoria Única LO 7/2003 establecía la aplicación *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* en el caso del art. 93.2º CP, que considero, de algún modo, antecedente de este art. 90.5º, párrafo tercero CP.

²⁰⁴ Si bien hay que tener en cuenta que desde el 3 de diciembre de 2014 está en vigor el artículo 14 LO 7/2014: *“1. Las condenas anteriores firmes dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que hubieran correspondido a tal condena si hubiera sido dictada en España, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que se hubieran impuesto por hechos que fueran punibles de conformidad con la ley española vigente a la fecha de su comisión. b) Que se haya obtenido información suficiente sobre dichas condenas a través de los*

En la medida en que estas nuevas regulaciones afecten al núcleo esencial de la pena, las nuevas normas no podrán aplicarse a hechos anteriores al 1 de julio.

Da la impresión de que se presenta de nuevo un marco de incertidumbre como el que generó la LO 7/2003 respecto al periodo de seguridad. En aquel caso la Disposición Transitoria²⁰⁵ permitía la aplicación de los nuevos requisitos de la libertad condicional y el tercer grado, guardando silencio respecto al resto de novedades. Con base en la no solicitada digresión del CGPJ en su informe, se comenzó a aplicar retroactivamente el periodo de seguridad, lo cual fue anulado por los órganos judiciales hasta que lo asumieron las administraciones penitenciarias. El Informe sostenía sin embargo el art. 76 CP como una norma penal no aplicable a hechos anteriores a su entrada en vigor, pero respecto al art. 78 CP sostenía su aplicabilidad no a condenas anteriores a su entrada en vigor, por conllevar *ex post* la modificación del título de ejecución, pero sí a las condenas posteriores por hechos anteriores, al considerar la regla del cumplimiento efectivo como una norma que no afecta a la duración de la pena impuesta en sentencia, y no se refiere por ello al artículo 25.1 CE.

instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales”.

²⁰⁵ “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.”

J. Recapitulación

Recapitulando, las especificidades legales expresas en materia de ejecución de las penas de prisión en relación con personas presas por delitos de terrorismo no aparecerán hasta la reforma procesal por LO 5/2003 y la Ley Orgánica para el cumplimiento efectivo e íntegro de las penas de 2003.

No obstante, con anterioridad, aparte del precedente del ‘ensayo’ en la jurisdicción de menores en 2000, por un lado, ya existía la previsión específica para la clasificación en primer grado (genéricamente en el RP 1981 por pertenencia a organizaciones delictivas y específicamente en el RP 1996 por pertenencia a banda armada); la intervención de comunicaciones (art. 51.2º LOGP); la dispersión desde 1989 y la inclusión en el régimen FIES (Circular DGIP 6 de marzo de 1991). Por otro lado, la eliminación en 1995 de la redención de penas por el trabajo y la introducción del art. 78 CP 1995, aunque no se refieren ni afectan específicamente a los convictos por delitos de terrorismo estuvieron muy influenciadas por las excarcelaciones anticipadas²⁰⁶ de personas presas con larguísimas condenas. Y por otro la práctica administrativa y judicial ya marcaba algunas especialidades relacionadas con los presos de ETA.

A partir de 2003, y tras las reformas de 2010 y 2015, se configuran en el ámbito de ejecución de las penas —en su vertiente de ejecución de la sentencia, de ejecución de la pena y de ejecución penitenciaria, tanto por el órgano sentenciador como por el de vigilancia penitenciaria como por la administración penitenciaria— una serie de especialidades.

Partiendo de un marco punitivo exasperado por su naturaleza terrorista, que prevé penas significativamente más elevadas para estos delitos respecto al delito común equivalente —ahora incluso para la previsión de la prisión

²⁰⁶ Fundamentalmente por el efecto de las redenciones ordinarias y extraordinarias de la pena sobre los 30 años de máximo de cumplimiento, lo que producía el cumplimiento íntegro de la pena con un cumplimiento efectivo de 17 o 18 años, y en algunos casos por la concesión de terceros grados y/o libertades condicionales, que dieron lugar a la semilibertad o libertad incluso antes de esos años de cumplimiento efectivo.

permanente—, a lo que se añade la punición autónoma de la pertenencia a una organización terrorista, a su vez exasperada respecto a la pertenencia a organización criminal, en su ejecución y cumplimiento se establecen reglas especiales:

- Competencia centralizada en la Audiencia Nacional: Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y Sección 1ª de la Sala de lo Penal en vía de recurso de apelación para todas las materias, sin la distinción que se realiza entre materias de ejecución de penas y materias penitencias en los delitos que no son competencia de la Audiencia Nacional.
- Para el acceso a permisos, tercer grado y revisión (libertad condicional/suspensión de la ejecución) en la prisión permanente (36.1º CP)
- Para el acceso a permisos, tercer grado y revisión (libertad condicional/suspensión de la ejecución) en la prisión permanente concurrente con otras penas (78bis.3º CP)
- Para la fijación del máximo de cumplimiento efectivo en los supuestos de acumulación jurídica de penas determinadas (art. 76.2º.d CP)
- Para la sustitución por la expulsión de España (89.4.b CP)
- Para la clasificación en primer grado (102.5º RP)
- Para la intervención de comunicaciones (51.2º LOGP)
- Para el destino de centro de cumplimiento (extralegal)
- Para el periodo de seguridad en penas determinadas y para el retorno al régimen general (36.2º CP)
- Para el cumplimiento en régimen cerrado y/u ordinario sin salidas del máximo de cumplimiento efectivo de penas determinadas acumuladas, para la vuelta al régimen general y para lo que se considera en ese caso régimen general, que es otro distinto (78 CP)

- Requisitos específicos para el acceso al tercer grado (72.6º LOGP) y a la libertad condicional (90.8º y 92.2º CP)
- Para vedar el adelantamiento de la libertad condicional a los dos tercios (90.8º *in fine* CP)
- Para vedar el adelantamiento de la libertad condicional en 90 días por año (90.8º *in fine* CP)
- Hasta 2015 la regulación de la revocación de la libertad condicional y de sus efectos (art. 92.2º y 3º CP 2003)
- En la posibilidad de las víctimas de realizar alegaciones e impugnar las resoluciones del juzgado de vigilancia penitenciaria (art. 13 EVD).

También en la práctica forense se percibe a partir de 2003 una aplicación judicial de lucha contra el terrorismo, en la que cabe destacar el intento de reinterpretar la conexidad temporal en la acumulación jurídica de penas, la doctrina Parot, las imputaciones una vez cumplidos los máximos de cumplimiento efectivo en casos como el de De Juana Chaos o Troitiño, con el fin de prolongar el encarcelamiento, o las recientes sentencias del TS en relación con el cómputo de la privación de libertad sufrida en Francia en el máximo de cumplimiento acordado por la Audiencia Nacional.

Es cierto que estas cuestiones no afectan exclusivamente a la ejecución de las penas por delitos de terrorismo, aunque estos fueran el *leit motiv* de la regulación legal, bien porque desde el inicio o durante la tramitación parlamentaria se extienden a otros delitos (como el caso de la LO 7/2000), bien porque tras aprobarse para delitos de terrorismo en una reforma posterior se extienden a otros (como el caso de la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional).

Los delitos que se ven afectados por esta *vis expansiva* —en ocasiones mero arrastre por motivos aparentemente técnicos²⁰⁷— de las especialidades en materia de ejecución de las penas de prisión son con carácter general los realizados en el seno de una organización criminal y en el aspecto competencial a los delitos competencia de la Audiencia Nacional, pero también los del art. 183 (actos de carácter sexual con menores de 16 años) y los relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores de 13 años, en relación con el periodo de seguridad (art. 36.2º CP) y a los delitos de homicidio, aborto del art. 144 CP, lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad sexual, contra la libertad e indemnidad sexual, robos con violencia o intimidación y trata de seres humanos en cuanto a la participación de la víctima en la ejecución de la pena (art. 13 EVD).

En definitiva, la evolución legislativa antiterrorista en la ejecución se enmarca en las grandes líneas de:

- control de la competencia jurisdiccional;
- prolongación del límite máximo de cumplimiento efectivo, incluso hasta su eliminación;
- y prolongación del cumplimiento de la pena de prisión en régimen ordinario (o cerrado), aunque se den las condiciones ordinarias para el acceso a la semilibertad o la libertad, aunque la persona penada esté en condiciones de vivir en libertad respetando la ley penal, esto es fundamental, que ya no sea peligrosa para los bienes jurídicos penalmente protegidos.

²⁰⁷ En general por la intención de no producir o enmascarar una quiebra evidente del principio de igualdad; intención que en lugar de llevar a la reducción de excepciones en el seno de la legislación ordinaria lleva con carácter general a generalizar lo que materialmente es excepción.

K. Valoración político-criminal

En primer lugar, cabe destacar que la evolución político criminal en materia de acumulación y ejecución de penas por delitos de terrorismo va en gran medida a la par de las tendencias político-criminales, tanto específicas de la materia antiterrorista como las generales, tanto en el ámbito español como internacional; tendencias marcadas por la preocupación por la respuesta penal a la peligrosidad, a la habitualidad en las infracciones menos graves y a los delitos que generan mayor conmoción social, dentro de los cuales situaríamos el terrorismo.

Ahora bien, la temprana aparición del terrorismo en España —respecto a la conmoción mundial provocada a partir del 11 de septiembre de 2001— y la anacrónica pervivencia de ETA militar hasta nuestros días —desaparecidos ya tiempo atrás fenómenos terroristas similares propios de los años 70, tanto en España como en Alemania, Italia u otros lugares de Europa— confieren algunas notas distintivas al caso español.

Por otro lado, alguna doctrina ha llamado la atención sobre el hecho de que la excepcionalidad en materia antiterrorista no haya llegado a la ejecución de las sentencias hasta prácticamente el año 2003, a pesar del número, importancia y excepcionalidad de las sucesivas reformas legales antiterroristas durante los años 70 y 80 en materias sustantivas y procesales. Como luego se dirá, a mi juicio esto puede responder a que en los 70, 80 y 90 la eficacia preventiva policial y judicial ante una ETA gravemente mortal —aunque su potencialidad de desestructuración del sistema democrático fuera menguando muy notablemente— era la preocupación principal, mientras que en la fase de consolidación del sistema, con una ETA cada vez más derrotada, la preocupación principal se desplaza hacia las demandas sociales simbólicas y de castigo.

Estos últimos 20 años se caracterizan por la preeminencia del elemento de la seguridad, o apariencia de seguridad, el uso meramente simbólico del derecho penal, el populismo punitivo, la consolidación de los elementos de derecho penal del enemigo y la contaminación al Derecho penal común, el represtigio de la prisión por su efecto inocuidador, a la par del desinterés por sus costes y efectos desocializadores, así como la apelación a un retribucionismo que ya no opera

como límite, la marginación del *expertise* criminológico y jurídico-penal y la ‘coartada de las víctimas’. La dirección político criminal de los últimos 20 años refleja una intervención penal criminalizadora, moralizante, simbólica, represiva y sectaria (DE LA MATA BARRANCO 2007, p. 31)

Existe una abrumadora asunción doctrinal de que la respuesta al terrorismo en España se enmarca dentro de los parámetros del denominado derecho penal del enemigo.

Señala CARBONELL MATEU (2006, p. 51) que la política antiterrorista constituye un terreno perfecto para el Derecho penal del enemigo. En el mismo sentido GONZÁLEZ CUSSAC (2006, p. 90) considera que la normativa especial antiterrorista española en los años 70 y 80 incorporó sus contenidos al derecho común procesal y penal otorgando carta de naturaleza a un Derecho de emergencia. Nuestra legislación penal, procesal y de ejecución está repleta de medidas de excepción²⁰⁸.

Según FARALDO CABANA (2004, p. 317) un derecho penal del enemigo carente de cualquier atisbo de legitimidad, si tuviera alguna, puesto que, pudiéndose en algún caso aceptar alguna de las lógicas del Derecho penal del enemigo, estas solamente la tendrían por su eficacia para proteger a la sociedad. Dado que la mayor parte de las especificidades de la ejecución de las penas en delitos de terrorismo son innecesarias y no son eficaces para esa función protectora, cabe afirmar con rotundidad su ilegitimidad

MUÑOZ CONDE (2007, p. 28) también observa en las reformas penales de 2003 en materia de delitos muy graves la tendencia denominada derecho penal del enemigo. También LAMARCA PÉREZ (2013, p. 40) sitúa la legislación antiterrorista en el marco del derecho penal del enemigo ya desde el art. 55.2 CE y también desde su propia negación en la práctica de su carácter de suspensión y de individual.

²⁰⁸ En el mismo sentido otros autores como NIETO GARCÍA (2008) o ECHANO BASALDÚA (2010).

Según SÁEZ VALCÁRCEL (2007, p. 58) el miedo al terrorismo se convierte en una legitimación alternativa al alcance de los gobiernos para lograr el acatamiento a medidas político-criminalmente situadas en el ámbito del Derecho penal del enemigo.

CANCIO MELIÁ (2006b, p. 118-123) sitúa al “nuevo Derecho antiterrorista” —en parte en el CP 1995, en la LO 7/2000 y en las LLOO 7 y 15/2003— en el centro de gravedad del Derecho penal del enemigo, en el que la carga genética del punitivismo se recombina con el Derecho penal simbólico.

Por su parte, BUENO ARÚS (2009, p. 87) distingue entre legislación penal excepcional o de emergencia y derecho penal del enemigo con base en que el primero tendría un carácter coyuntural, fruto de unas circunstancias excepcionalmente graves, mientras que el segundo tiene un carácter estable, situando al terrorismo en el segundo, pues si bien es una situación grave no constituye una realidad coyuntural sino estable²⁰⁹.

A la vista de lo abrumador de las opiniones doctrinales, resultan chocantes afirmaciones autocomplacientes como las del ex Secretario de Estado y Ministro del Interior CAMACHO VIZCAÍNO (2013, pp. 27-28) para quien el modelo y la estrategia²¹⁰ de España en la lucha contra el terrorismo es un ejemplo de respeto a los derechos y libertades²¹¹, o del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional

²⁰⁹ Por cierto, advirtiendo de que ha de evitarse el riesgo de que el exceso de medidas extraordinarias produzcan una sensación de injusticia o de desprecio a derechos fundamentales.

Efectivamente, la acumulación de medidas punitivas extraordinarias o excepcionales (no en el tiempo sino en relación con el derecho penal ordinario) superpuestas y concurrentes a mi juicio no coadyuvan a la función de estabilización normativa de la prevención general positiva sino que pueden obstaculizarla a pesar de declararse que precisamente la finalidad preventivo-general positiva es uno de sus fundamentos.

²¹⁰

http://www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf

²¹¹ Aunque obvia y afortunadamente hay que reconocer que estamos lejos de quantánamos, cárceles secretas y otras escalofrantes realidades contemporáneas. Con la desventaja europea de que la pretendida normalidad constitucional en la respuesta al terrorismo incrementa aún más los riesgos de contagio sobre el derecho penal en su conjunto (CANCIO MELIÁ 2006a, p. 20).

(ZARAGOZA AGUADO 2013, pp. 101-102), lo cual es evidente que no es así a la vista de la excepcionalidad y emergencia en aspectos sustantivos, procesales y de ejecución. Lo que ofrece un contraste total con la primera ponente en las Jornadas en las que los anteriores también participaron, LAMARCA PÉREZ (2013, p. 39), para quien “la legislación antiterrorista muestra de modo más patente una tendencia clarísimamente autoritaria que lesiona de manera muy grave la eficacia de las garantías individuales” o con la de MIRA BENAVENT (2013, p. 100) quien incluso apunta a responsabilidad penal de los jueces de instrucción de la Audiencia Nacional “por haber causado todo este estropicio”.

La justificación oficial de la pervivencia de la excepcional legislación antiterrorista después de 2011 oscila entre la necesidad de que ETA se disuelva y desaparezca y el terrorismo internacional (CAMACHO VIZCAÍNO, 2013, pp. 28-29). A mi juicio, para ello no basta sumar a lo existente reformas como la LO 2/2015, sino que se requiere una reflexión global sobre toda la legislación antiterrorista.

Si bien es cierto que la mayoría de estas reformas se producen en periodos de mayoría absoluta de la derecha, tiene razón DE LA MATA BARRANCO (2007, p. 13) en que el gran apoyo parlamentario de algunas de ellas —aunque a mi juicio habría que considerar el nivel de presión social, política y mediática del momento para valorar este apoyo— no permite atribuir las a la intolerancia de un grupo político sino a la general tendencia a la expansión del Derecho penal y a una quiebra del Derecho penal mínimo que parecía plenamente consolidado. Siendo esto cierto y no un fenómeno exclusivamente español, en mi opinión en España esta tendencia es arrastrada y liderada por la respuesta penal al terrorismo de ETA.

Ciertamente, la atribución de la etiqueta de Derecho penal del enemigo comporta una estigmatización²¹² sobre la que hay que detenerse.

JAKOBS, situado en la tenue línea que separa la explicación²¹³ de la justificación, describía sintéticamente en 2000 (pp. 29-34) dicho diagnóstico, que

²¹² JAKOBS (2006c, p. 72) alude a que el término está anatemizado.

es una categorización y denominación de una serie de elementos del sistema penal. A su juicio, existiría un área de lo que se denomina Derecho penal que no es tal²¹⁴, porque no reúne las características para ser considerado Derecho; este Derecho penal del enemigo seguiría otras reglas distintas de las de “un derecho penal jurídico-estatal interno”²¹⁵. Este no-derecho penal surgiría de la insuficiencia de la pena determinada conforme al Estado de derecho en algunos ámbitos por sus limitaciones frente a ciertos sujetos. Este ámbito sería el de los sujetos que no dan una suficiente garantía cognitiva²¹⁶ de que se van a

²¹³ JAKOBS (2006a, p. 17), desde su aséptica visión funcionalista, se queja de que lo que él considera un mero diagnóstico dé miedo, su formulación se considere indecorosa y se mate al mensajero. En 2000 (p. 10) anuncia que se limita a “enumerar algunas características de la sociedad moderna de corte occidental y describir su relación con el concepto de derecho penal”.

Tanto JAKOBS como CANCIO MELIÁ (2006a, p.18) coinciden en que su discrepancia no está en lo que constatan sino en lo que significa la constatación, en las consecuencias que cabe esperar o que deben postularse.

MUÑOZ CONDE (2007, p. 40) sostiene que no basta con identificar y describir los brotes o ejemplos evidentes de Derecho penal del enemigo sino que hay que analizar su compatibilidad con el marco constitucional de un Estado de Derecho y los Pactos internacionales de derechos civiles.

²¹⁴ Según JAKOBS (2000, p. 9) “puede que circulen comunicaciones bajo la rúbrica de ‘derecho penal’, sin pertenecer a su concepto”, “que no han de ser ilegítimas *per se*, pero navegan bajo bandera equivocada”. En 2006b (p. 55) sostiene que la guerra contra el enemigo es un legítimo derecho de los ciudadanos, su derecho a la seguridad.

Derecho penal sería aquel que puede garantizar la expectativa de que el otro es fiel al derecho (2000, p. 16); y tendría como función manifiesta la estabilidad normativa, su inalterabilidad, la confirmación de la identidad de la sociedad y la marginalización del hecho penal, en el terreno de la juridicidad, no en el de la efectividad de la prevención, no en la neutralización de riesgos, no en la seguridad óptima de los bienes. Lo que no excluye, junto a la función manifiesta, la existencia de la dirección de la motivación como función latente, esto es, la habituación o intimidación del sujeto que no es capaz de garantizar una suficiente fidelidad al derecho.

²¹⁵ En 2000 aún refería que no estaría resuelta la cuestión de si ese derecho penal del enemigo se revela como derecho; posteriormente (2006b, p. 55) ya afirmaría que no es derecho.

²¹⁶ Se infiere que JAKOBS les responsabiliza de ello o considera que es necesaria la existencia de un derecho penal del enemigo cuando afirma que no pretenden ser tratados como personas.

comportar como personas²¹⁷ —es decir, manteniéndose suficientemente en la fidelidad al derecho—. Respecto a estos sujetos-no personas, careciendo de sentido la función manifiesta de estabilización normativa, de confirmación de la identidad de la sociedad, cobraría sentido la función latente motivadora, habituación o intimidación, porque estos sujetos carecen de disposición jurídica a mantenerse en la fidelidad al derecho.

Manifestaciones típicas de este área que se denomina derecho penal pero que no encaja en su concepto de derecho penal serían (2000, p. 31): el adelantamiento de la punibilidad, la falta de reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento, el paso de “legislación de derecho penal a la legislación de lucha para combatir la delincuencia”²¹⁸, penas más elevadas y limitación de garantías procesales. No se ha encontrado que JAKOBS otorgue tal carácter a elementos del ámbito de la ejecución de las penas.

El enemigo sería —definido conforme a las leyes alemanas a que se refiere (2000, pp. 31-32)— quien, de forma duradera, no incidental, en su comportamiento (sexual), en su ocupación profesional (delincuencia organizada) o por su vinculación a una organización (terrorismo), ha abandonado el derecho, no garantizando seguridad cognitiva, esto es, la expectativa de mantenerse fiel al derecho²¹⁹.

²¹⁷ Persona haría referencia no al sujeto, al hombre (2000, p. 16) sino la máscara (de la etimología griega del término), al reconocimiento de portar derechos y obligaciones. Sería a las personas a las que va dirigida la función confirmatoria, estabilizadora y marginalizadora del hecho penal; la comunicación de que “no hay que adherirse al hecho”.

²¹⁸ Entiendo que lo puede afirmar así porque derecho penal auténtico es para él únicamente el que se dirige a los que manifiestan suficiente voluntad de mantenerse en la fidelidad al derecho, para quienes la función estabilizadora del derecho es suficiente, mientras que para los que no garantizan una suficiente fidelidad al derecho no habría derecho penal auténtico sino prevención, motivadora o inocuizadora, lucha contra el delito, una mera reacción defensiva, no ilimitada (con el límite de lo necesario) pero más amplia que la legítima defensa porque se dirige también a agresiones futuras; una reacción contra un enemigo.

²¹⁹ En mi opinión, la referencia a que la pérdida del respaldo de la religión, de la familia, de la pluralidad cultural, del sentimiento de pertenencia nacional provocarán un aumento de los enemigos resulta inquietante.

En relación con los enemigos, se trata de neutralizarlos; la regulación jurídica se dirige a la exclusión del concepto de persona y por tanto del derecho penal (interno o auténtico), el que se basta con la función de estabilización normativa. El enemigo se define por su peligrosidad y contra ella hay que luchar; es una guerra, cuyas limitaciones dependerán de cuánto se le tema; un individuo que ni se deja coaccionar ni se mantiene apartado (por lo que se le aparta, se le inoctrina, se le neutraliza²²⁰).

Y aquí sí introduce JAKOBS (2000, p. 34) un deber ser: la ciencia ha de identificar las reglas que pertenecen al derecho penal del enemigo “y separarlas de las del derecho penal de ciudadanos para, dentro de este último, poder insistir aún con más firmeza en el tratamiento del delincuente como persona jurídica”²²¹. *Sensu contrario*, parece que JAKOBS comprendiera o se resignara a que haya sujetos que no sean tratados como personas jurídicas.

He aquí a mi juicio el *quid* de la cuestión, siguiendo a MUÑOZ CONDE (2007, p. 40), no basta con identificar y describir los brotes o ejemplos evidentes de Derecho penal del enemigo, sino que hay que analizar su compatibilidad con el marco constitucional de un Estado de Derecho y los Pactos internacionales de derechos civiles. Aunque, en realidad, los brotes o ejemplos de derecho penal del enemigo se identificarían a mi juicio por su incompatibilidad con los valores que atribuimos con carácter inalienable e indiscriminable a todas las personas y con su necesidad desde la perspectiva de su eficacia preventiva en el marco de un derecho penal protector de bienes jurídicos.

²²⁰ JAKOBS señala en relación al enemigo, al individuo peligroso, directamente a la custodia de seguridad (2006a, p. 16). Aunque en 2006b (p. 71) admite “una pena privativa de libertad que garantice el aseguramiento, es decir, que sea correspondientemente extensa” Y entiendo que al margen de la pena adecuada a la culpabilidad, para la que bastará aquella que haga aparecer el hecho delictivo como fracasado en su significación contranormativa. Hay fragmentos de JAKOBS que me recuerdan al conocido símil del tigre de Enrico FERRI.

²²¹ En 2006b (p. 55) afirma que un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo.

En definitiva, al margen de la utilidad de un consenso sobre un concepto de derecho penal del enemigo que sirviera para categorizar los elementos del sistema penal que se estiman ilegítimos, lo relevante es la identificación de las notas principales de un derecho penal del enemigo; a mi juicio son: la selección de sujetos —personas, individuos, no debe haber distingos en cuanto la cualidad de sujetos de derechos y portadores de una dignidad humana inalienable—; la atribución de una peligrosidad irreductible por los mecanismos ordinarios; la legitimación con ello de esa exclusión; y la exclusión o devaluación de los derechos y garantías comunes creando con ello un subsistema penal y penitenciario específico e ilegítimamente excepcional.

A lo largo de los años la anacrónica perpetuación del terrorismo independentista vasco ha generado un crecimiento de la incompreensión y el descenso de su legitimación social, una mayor percepción de la brutalidad de sus acciones, ya completamente descontextualizadas, trasladándose así el foco de análisis criminológico de lo político y estructural hacia los individuos terroristas y calificándolos como seres sanguinarios, animales, no personas, no vascos (“es posible que a mucha gente no le apetezca ver en el cine la parte humana del terrorista porque para ellos son demonios”²²²) —esto es, todo aquello que permita diferenciarnos y alejarnos de lo humanamente incomprensible—. A la vez que se les iba desposeyendo de su revestimiento político, explicativo o justificativo, se les iba localizando como un problema meramente de delincuencia común pero a la vez como enemigos cualificados del sistema social y político de convivencia. Se genera así una percepción del terrorista calificable como estigmatización, en el sentido de creación de un estereotipo independiente de la realidad y por otra parte incuestionable so pena de incurrir en simpatía o equidistancia. Estigmatización que cumple la “función de permitir reacciones desproporcionadas frente a conductas que afectan a elementos particularmente sensibles de la imagen que la sociedad ha construido de sí misma, como el consenso en torno a la organización territorial de España”; reacciones desproporcionadas, excepcionales y específicas que, a diferencia de lo que ocurriría con una respuesta normalizada, erróneamente visibilizan la situación querida por los terroristas: un enfrentamiento colectivo, una guerra, un

²²² Carmona (2004: 30) citado por MARCOS RAMOS (2011, p. 60).

conflicto entre el Estado y un territorio (FARALDO CABANA, 2004, p. 311). Paradójicamente, son los dos extremos del arco político, polarizado en relación con esta cuestión, quienes abonan la tesis del conflicto, de la guerra, en la que solo hay un relato posible, de verdugos y víctimas, de liberadores y opresores, menguando el espacio, mayoritario, de abordajes normalizados, multifactoriales y omnicomprensivos.

Fuera del ámbito sustantivo y procesal en materia de terrorismo, en los que resulta evidente que la legislación ordinaria española está preñada de las manifestaciones típicas de derecho penal del enemigo²²³, entiendo que en el ámbito de la ejecución de las sentencias y de las penas en terrorismo también se observan dichos elementos de derecho penal del enemigo. Se selecciona a un grupo de personas, incluso al margen de la lesividad de sus acciones, como enemigos del sistema; se les atribuye o presume peligrosidad con incidencia en toda la fase de ejecución; y se legitima con ello un subsistema penal y penitenciario específico e ilegítimamente excepcional.

Y, en este sentido, ojalá fuera un régimen jurídicamente excepcional; coyuntural y separado, en el sentido dado por CANCIO MELIÁ (2006a, p. 19) de que la consecuencia de realizar el diagnóstico jakobsiano es al tiempo reclamar que las medidas represivas del derecho penal del enemigo sean trasladadas a las medidas en estado de excepción. Sin embargo, se quiere disfrazar una excepcionalidad que podría suscitar dudas sobre su legitimidad, puesto que no queda abarcada por la transitoria excepcionalidad que habilita el art. 55.2º CE, mediante su inclusión en la legislación penal y penitenciaria ordinaria, lo cual produce la expansión, el contagio, la contaminación, el cambio de paradigma, el cambio estructural²²⁴ en el derecho penal ordinario que afecta a todas las personas. Se produce así la perversión del “derecho penal de los ciudadanos” que JAKOBS quería proteger mediante la descripción del derecho penal del enemigo (JAKOBS 2000, p. 34). La regulación española jamás podría recibir el plácet de JAKOBS.

²²³ Véase por todos GEPC (2013)

²²⁴ CANCIO MELIÁ (2006a, p. 19).

BUENO ARÚS (2009, p. 89, nota 2) parece sostener también que hubiera sido deseable redactar una ley especial reguladora de los delitos de terrorismo con preceptos específicos de Derecho penal sustantivo, Derecho procesal y administrativo, Derecho penitenciario y Derecho internacional.

En 2006 JAKOBS incluye una específica referencia al terrorismo (al terrorista²²⁵) como enemigo. A su juicio, no puede conducirse una guerra, una lucha (no como meros términos sino como auténticos conceptos), contra el terrorismo con los instrumentos del Estado de Derecho. Consecuentemente, hay que aceptar por necesaria la contaminación del Derecho penal con los elementos jurídico-policiales del derecho penal del enemigo. Pero hay que destacar que las penas en este terreno pueden explicarse “sólo con base en el peligro existente”, en el “delincuente de evidente peligrosidad”²²⁶. En consecuencia, las medidas del derecho penal del enemigo en el ámbito del terrorismo solo se legitiman en que su renuncia vaciaría el derecho del ciudadano a la seguridad, a la vigencia *real* del Derecho²²⁷. Por otro lado, JAKOBS distingue entre la legitimidad de la punición del terrorista por su peligrosidad de su “heteroadministración” para intimidar la tendencia delictiva *de otros*, lo cual iría escandalosamente contra el Estado de Derecho.

Por tanto, la regulación española de la ejecución de las penas impuestas a terroristas sería inadmisibles a juicio de JAKOBS porque extiende la inocuización al margen de la peligrosidad, tanto por impedir la reinserción social aunque el preso esté resocializado, en el sentido de que no represente un peligro para la vigencia real de un derecho penal protector de bienes jurídicos, como por permanecer en el tiempo cuando objetivamente la organización terrorista es virtualmente inofensiva.

Por otro lado, también queda claro en JAKOBS que en el derecho penal del enemigo el Estado no se dirigiría a los ciudadanos (2000, p. 32); tampoco se

²²⁵ Véase el matiz en JAKOBS (2006c, p. 60): la punición del terrorista (de la pertenencia a una asociación terrorista) sería un medio para combatir el terrorismo.

²²⁶ JAKOBS (2006c, pp. 69-70).

²²⁷ JAKOBS (2006c, p. 75).

dirigiría, como comunicación, a los enemigos, a los que simplemente se neutraliza. Y sin embargo, se observa, en la evolución de la ejecución de las penas impuestas a terroristas, que el Estado y el Derecho, más allá de la eficacia preventiva de la exasperación de la intimidación general —de la que la ejecución especialmente afflictiva sería un elemento confirmatorio— y de la eficacia preventiva de la dotación de armas procedimentales extraordinarias a las policías y a los órganos judiciales —que pueden justificar parte de las especialidades sustantivas y procesales— y de la eficacia preventiva de la inocuización mediante la prolongación del tiempo de encarcelamiento²²⁸ —que pueden justificar parte de las especialidades de la ejecución de las sentencias— con las medidas que ha ido introduciendo en relación con el terrorismo en el ámbito de la acumulación y ejecución de las penas, principalmente desde 2003, primordialmente quieren comunicarse con los ciudadanos no terroristas, por lo que su fundamentación principal ha de encontrarse no en la protección de bienes jurídicos sino en lo meramente simbólico.

Ciertamente, frente a las graves amenazas terroristas —con sus perfiles diferenciados: durante la dictadura, en la transición, en el comienzo del periodo de constitucional, en la consolidación de la democracia (exclusivamente con la de una progresivamente aislada ETA militar) y en el momento actual, definible por la desaparición del terrorismo endémico y el surgimiento de otro tipo de terrorismo, de origen internacional— es justificable y legítima una respuesta excepcional, obviamente con límites, como tal con vocación de transitoriedad. El orden constitucional, la paz pública y los bienes jurídico-penales merecen y necesitan seguridad y protección.

En mi opinión ya con el CP 1995, no solamente después, comienza a implantarse el modelo de Derecho penal llamado de la seguridad²²⁹. Un modelo penal en el que se eleva la seguridad ciudadana a objetivo político criminal, de forma que se produce un deslizamiento del Derecho penal que establece la

²²⁸ Aseguramiento físico, en palabras de JAKOBS (2006b, p. 25), que no pretendería significar nada sino solo ser coacción efectiva contra el individuo peligroso, lucha contra el peligro; la pena es comunicación y aquí no la hay.

²²⁹ DÍEZ RIPOLLÉS (2005, p.10).

responsabilidad e impone la pena en atención a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, hacia un Derecho penal que establece la sanción en atención a la peligrosidad real o presunta del delincuente; un Derecho penal cuyas penas pretenden en mayor medida la inocuización del delincuente que su reinserción social.

Aunque se ha querido oponer en este sentido el llamado ‘código penal de la democracia’ a un posterior ‘código penal de la seguridad’ —en ambos casos autodenominaciones de sus promotores— en mi opinión lo cierto es que el CP 1995 ya había iniciado alguna de estas tendencias, entre otros modos con la eliminación de la redención de penas por el trabajo sin introducir mecanismos sustitutivos de humanización de las penas ni reducir las duraciones nominales de las penas abstractas —que es lo que está en la base del boom de masificación penitenciaria a partir de 1999²³⁰—, así como con la regla del cumplimiento efectivo del art. 78 CP 1995; tímidamente, quizás con complejos de los que carece la derecha, pero en el código penal de los socialistas, como se ha visto en el debate parlamentario, ya están los gérmenes del derecho penal de la seguridad.

Este cambio de paradigma se viene produciendo también en el resto de los países de nuestro entorno. Puede verse, en parte, en los movimientos político criminales de tolerancia cero y *Law and order* en EEUU en los años 80, en la categorización del “derecho penal del enemigo” elaborada por el profesor alemán JAKOBS al final de la década de los 90 y en las reformas que se derivan de los compromisos internacionales, sobre todo a partir del año 2001, cuya finalidad es luchar contra el terrorismo internacional, la delincuencia organizada, etc.

Las exigencias de eficacia preventiva, ciertamente ignorada por el modelo penal garantista y escasamente lograda por el modelo bienestarista²³¹, dejan el campo abierto para el modelo penal de la seguridad.

²³⁰ Véase CID MOLINÉ (2002, pp. 15 y 16),

²³¹ DÍEZ RIPOLLÉS (2005, p. 2).

Ahora bien, una cuestión son las necesidades de seguridad, en cuanto eficacia preventiva, y otra las necesidades de calmar las reales o irreales, espontáneas o inducidas, sensaciones de seguridad. Si no se actúa a la par en la respuesta a ambas seguridades, nos deslizamos de nuevo hacia lo meramente simbólico.

Es un lugar común en la doctrina hacer referencia al sentimiento social de inseguridad que caracteriza la sociedad actual, como caldo de cultivo idóneo para el nacimiento y arraigo del Derecho penal de la seguridad²³²; “una expresión simbólica de esos sentimientos de temor”, que una buena parte de la doctrina atribuye, al menos en parte, a la “labor interesada de unos medios de comunicación empeñados en servir de apoyo a una política estatal igualmente interesada en administrar la «seguridad interna»”²³³.

Ciertamente los medios de comunicación informan una y otra vez de delitos de muy distinta índole con un alto grado de dramatización; la seguridad, la inseguridad, los delitos escabrosos, las decisiones judiciales excesivamente benignas, los delincuentes reincidentes, han pasado a ser tema principal de las tertulias televisivas y radiofónicas; las crónicas de sucesos copan cada vez mayor porcentaje de los informativos²³⁴; se importan formatos televisivos de equipos de reporteros que acompañan a los policías en sus intervenciones... Como consecuencia, la respuesta de los partidos políticos y del legislador se va desplazando de la producción de efectos reales en la contención de la delincuencia hacia producir efectos políticos inmediatos de carácter estabilizador e integrador, que refuerzan la confianza institucional y demuestran solidaridad con las víctimas (prevención general positiva de integración) y, al mismo tiempo, apartan socialmente al delincuente (prevención especial negativa de inculcación); efectos aparentemente políticamente rentables y sin coste alguno.

²³² ECHANO BASALDÚA (2010a, p. 177).

²³³ MAQUEDA ABREU (2003, p.7). Al respecto véanse RODRIGO ALSINA (1989 y 1999); FERNÁNDEZ – HERREROS – SÁENZ ABUJETA – VALERO SÁNCHEZ – VEGAS NAVAS (1995); GARCÍA ARÁN – BOTELLA CORRAL (dir.) (2008); SOTO NAVARRO (2005a y 2005b); y ZUOLAGA ROJO (2014).

²³⁴ Véase el estudio de DIÉZ RIPOLLÉS – GARCÍA ESPAÑA (2009, pp. 22 y ss.).

La delincuencia grave, en especial, los delitos sexuales violentos, pero también otros delitos graves, señaladamente, los de terrorismo, conmociona de forma especial el sentimiento social de inseguridad ante el temor de que el hecho se repita en el futuro, incluso, de ser víctima del mismo. No puede pasarse por alto además que se atribuye a estos delincuentes características personales invariables de por vida; los expertos televisivos proclaman que no son rehabilitables. Consecuentemente se impone la neutralización de la única fuente de peligro, una vez olvidada cualquier explicación social y estructural de los delitos, la inocuización del delincuente, incluso de por vida, como finalmente sucede con la LO 1/2015.

Obviamente la percepción social de la delincuencia terrorista presenta unos caracteres específicos netamente diferenciables, como también la propia delincuencia terrorista, cuyos daños personales, sociales y políticos²³⁵ reúnen a su vez perfiles específicos. Amén de que las notas características de la victimización terrorista, su significado social y político, la creciente visibilidad y capacidad de incidencia social y política de las asociaciones y fundaciones de víctimas del terrorismo contribuyen a generar una específica percepción social del terrorismo de ETA.

Y ligado con esto, otro cambio relevante afecta al papel que se atribuye y ocupan las víctimas del delito —significativamente las víctimas del terrorismo, en cuyo papel incide extraordinariamente el fenómeno asociativo—, cuyas demandas se encuentran en el centro de los debates político criminales actuales. La mayoría social se identifica con las víctimas, ya que se ven como víctimas potenciales, de forma que sus demandas encuentran la solidaridad de la sociedad. El clamor por el respeto a sus intereses y sentimientos dificulta que se tenga presente el complejo equilibrio que debe mantenerse en el sistema penal entre los legítimos intereses públicos y de la víctima, por una parte, y los legítimos intereses del procesado, por otra. Camino por el que se llegan a considerar como un escarnio para las víctimas ciertas garantías del proceso o el disfrute por éste de determinadas situaciones del sistema de ejecución de las penas.

²³⁵ Véase MATE RUPÉREZ (2008).

Sin embargo, a mi juicio, el análisis de los fundamentos del subsistema penal y penitenciario en materia de terrorismo a partir de 2003 no conduce a focalizar su comprensión en los aspectos securitarios sino más bien en los simbólicos.

La política criminal antiterrorista en España —arrastre por su vocación expansiva de otros ámbitos político criminales— se explica por tanto, junto con las necesidades reales, por la respuesta a esas descritas demandas de seguridad y por su componente prioritariamente simbólico.

Resultan enormemente significativos los episodios descritos y las valoraciones realizadas por NIETO GARCÍA (2008), Jurista de Instituciones Penitenciarias, en relación con la excarcelación de De Juana Chaos en marzo de 2007, para quien por primera vez se producía una enorme reacción social, fuertemente condicionada por los medios de comunicación, un sarpullido emocional, sentimientos de ira, deseos de que muriera, en relación con un aspecto de ejecución penal y reclamando mayor dureza en la ejecución en relación con un condenado concreto²³⁶, empujando al sistema a profundizar en la línea de la LO 7/2003: decadencia del ideal rehabilitador, introducción de elementos retributivos en la ejecución de la pena de prisión, revalorización del componente aflictivo de la pena, populismo punitivo, satisfacción de los deseos de venganza de la sociedad, la cultura del control descrita por GARLAND y la perspectiva criminológica del derecho penal del enemigo.

²³⁶ Posteriormente, en 2012, se reedita de nuevo un episodio similar, si cabe con mayor virulencia pero con las mismas características, en relación con la libertad de Uribetxeberria Bolinaga, a mi juicio provocando un importante retraimiento en instituciones penitenciarias y en el JCVP. Hasta su muerte, la AVT señalaba cada día vía *twitter* los días que permanecía vivo en libertad.

En 2013 se repetiría la reacción popular, principalmente por parte de algunas asociaciones y algunos medios de comunicación, con las excarcelaciones consecuencia de la declaración de irretroactividad de la doctrina Parot, llegándose incluso a solicitar la inaplicación de la STEDH, retrasar su aplicación y hasta abandonar la CEDH.

Una vez cesada la actividad terrorista de ETA y prácticamente desaparecida de las preocupaciones de los españoles²³⁷, sin que terrorismo internacional salafista alcance cotas significativas²³⁸, la explicación de la excepcionalidad terrorista se aleja de la fundamentación securitaria para asentarse sobre lo meramente simbólico, con fuertes connotaciones vindicativas y de incidencia sobre el relato histórico reciente, lo que explica que lo relativo a las demandas sociales en materia de ejecución de las penas —avivadas por ‘escándalos’ como las excarcelaciones motivadas por la declaración de ilegalidad de la doctrina Parot o por las decisiones judiciales de computar en el máximo de cumplimiento los años de prisión cumplidos en Francia— cobre mayor protagonismo. Se puede observar que las últimas reformas legislativas penales, aprobadas el 30 de marzo, la LO 1/2015, la LO 2/2015 y la LO 4/2015, no inciden principalmente sobre el fenómeno terrorista etarra. A diferencia de lo ocurrido en los años 2000 —LO 7/2000—, 2003 —LO 5/2003 y 7/2003— y 2010 —LO 5/2010—, el terrorismo de ETA ya no es una preocupación principal del legislador. Si acaso en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se observa el interés, en su art. 13.1, por la capacidad de acción de las víctimas del terrorismo en relación con determinadas decisiones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en relación con el periodo de seguridad y la regla del cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. El debate público ya no se enfoca sobre los medios policiales, políticos, procesales o sustantivos para luchar contra un terrorismo desaparecido, sino sobre la ejecución de las penas impuestas por delitos pasados, sobre todo los cometidos antes de 1996 y antes de 2003, puesto que los cometidos a partir de 2003 son relativamente escasos y aún no se han notado los efectos de la LO 7/2003.

²³⁷ Según los datos del CIS el porcentaje de españoles que sitúan el terrorismo de ETA entre los tres problemas principales se sitúa en junio de 2015 en un 0,4%, frente a por ejemplo el 1,2% de febrero de 2014.

²³⁸ Según los datos del CIS el porcentaje de españoles que sitúan el terrorismo internacional entre los tres problemas principales se sitúa en junio de 2015 en un 0,2%, frente a su cota más alta del 2,1% de abril del 2015, seguramente relacionada con el atentado de París de 7 de enero de 2015.

Sin embargo, todo lo relacionado con el terrorismo de ETA continúa impregnado de un fuerte componente simbólico, como no puede ser de otro modo. Que la pena, el sistema penal en su conjunto, lleva ínsito lo simbólico es una evidencia desde el momento en que le atribuimos funciones retributivas y preventivo generales en la comunicación social²³⁹. La cuestión problemática, como señala el imprescindible trabajo de DÍEZ RIPOLLÉS (2001), es la falta de legitimidad del uso meramente simbólico del derecho penal —que siempre tiene costes personales, principalmente para los destinatarios de la represión penal—, esto es, cuando no se dirige a producir efectos reales socio-personales²⁴⁰ sino únicamente declarativo formales. El Derecho penal tiende legítimamente a producir unos efectos: inocuización, resocialización, intimidación especial y general, socialización de los posibles delincuentes y confirmación del orden social básico (2001, p. 9). La ilegitimidad procedería de la superación o marginación de esos efectos utilitarios legítimos porque se deja de atender a la prevención de delitos y a la protección de bienes jurídicos. En el caso de la respuesta al terrorismo de ETA desde 2011 es llamativo comprobar cómo, una vez desaparecido el peligro real de un resurgir de este terrorismo, una vez que la sociedad española ha ido interiorizando esta ausencia de peligro, a pesar de las voces que han conseguido mantenerlo vivo durante algún tiempo, ya no es el miedo o la inseguridad las que perpetúan el derecho excepcional, el derecho penal del enemigo, sino meramente ese aspecto de ira y deseo de venganza al que se refería GARLAND²⁴¹.

En consecuencia, la expansión del derecho penal²⁴² —en la que incluyo la evolución analizada en materia de ejecución de las penas— se resumiría a juicio de CANCIO MELIÁ (2006b, p. 93) en las grandes líneas del Derecho penal simbólico y del resurgir del punitivismo.

²³⁹ Véase el respecto el inaugural trabajo de HASSEMER – MUÑOZ CONDE (1989). DÍEZ RIPOLLÉS (2001, p. 3).

²⁴⁰ Sobre medidas innecesarias y derecho penal simbólico véase también, entre muchos trabajos, LLOBET ANGLÍ (2010, pp. 249-267).

²⁴¹ GARLAND (2005, pp. 39 y ss.).

²⁴² Término establecido por SILVA SÁNCHEZ (2001).

En las reformas del 2003 dirigidas al cumplimiento de penas por los terroristas, y en la extensión de estas a otros delincuentes en 2010, puede verse que se contempla más al tipo de autor de estos concretos delitos —a un autor tipo al que puede no responder quien efectivamente comete el delito— y al peligro que encierra, o se le atribuye, que a consideraciones de otra índole. Una vez más se hace patente que estas normas tienen presente la clase de autor²⁴³, terrorista o perteneciente a organización criminal y que lo relevante es proceder a su inocuización en el caso de los delincuentes caracterizados como peligrosos —delincuencia sexual y dirigida contra menores fundamentalmente— y a la retribución mediante el incremento del contenido aflictivo de la ejecución de las penas para terroristas.

A día de hoy, el cúmulo de especialidades en la ejecución de las penas para los delitos de terrorismo, en unos casos en solitario, y en otros compartidas, con delincuencia organizada u otros delitos, aunque sea para disimular, alcanza para hablar de un régimen especial y excepcional, casi una rama propia del derecho de ejecución de penas.

No se puede sino coincidir con FARALDO CABANA (2006, p. 757) en que estamos ante un auténtico subsistema penitenciario de excepción para el tratamiento del terrorismo, calificación que cabría extender a todo el ámbito de ejecución de penas puesto que al comprender también la competencia jurisdiccional de la ejecución, los límites de cumplimiento o la acumulación de condenas, va más allá de lo penitenciario.

²⁴³ Hay un acuerdo generalizado en que la legislación antiterrorista española contiene importantes elementos de Derecho penal de autor, lo que estaría proscrito por el principio de culpabilidad. Muy ilustrativamente lo expresa MIRA BENAVENT (2013, p. 99) al poner de relieve cómo las mismas conductas se consideran ejercicio de libertad de reunión, expresión o manifestación si las realizan unas personas, pero constituyen un delito de terrorismo si las realizan otras pertenecientes a partidos o movimientos políticos ilegalizados, o sucesores de aquellos o simplemente a algo que sea identificable con el conjunto de la izquierda *abertzale* o izquierda patriótica. La responsabilidad penal se basa por tanto en lo que uno es, no en lo que uno hace.

También BUENO ARÚS (2009, pp. 88-89, nota 2) entiende que las reformas del año 2003 configuran un régimen específico para los delitos de terrorismo, un subsistema o régimen especial destinado a los reos de terrorismo.

En conclusión de esta parte, y como adelanto de la profundización en apartados posteriores del trabajo, a mi juicio la evolución del derecho de ejecución de penas en materia de terrorismo, hasta la creación de un subsistema penitenciario de excepción, obedece fundamentalmente a los aspectos pura e ilegítimamente simbólicos del punitivismo, mal encuadrados en muchas ocasiones junto con los legítimos efectos de prevención general positiva. El subsistema creado no responde a la eficacia preventiva, a la neutralización de la peligrosidad; si acaso a la confirmación del elemento retributivo en la fase de ejecución, pero con una tendencia punitiva ajena a la proporcionalidad retributiva. El sistema de ejecución de penas a partir de 1995 ya contaba con instrumentos para posibilitar la inocuización casi perpetua —al menos hasta la desaparición de la peligrosidad individual, como demuestra la escasez de terroristas reincidentes— de los terroristas peligrosos. Por tanto, el único efecto real del subsistema penitenciario creado a partir de 2003 es la jibarización de la prevención especial positiva correlativa a la satisfacción de las demandas sociales de venganza por el inmenso daño causado por ETA²⁴⁴.

Si bien no se puede bajar la guardia ante el terrorismo, tampoco se puede cerrar definitivamente las puertas a la reinserción social (entendida como no desocialización y como humanización del sistema punitivo)²⁴⁵. No es admisible constitucionalmente una regulación que conceda a la prevención general positiva, en realidad un neoretribucionismo mal disimulado, la preminencia absoluta frente al principio resocializador, el tratamiento y la humanización de las penas. El entendimiento de la seguridad jurídica que propone la LO 7/2003 —y añadido yo de la LO 1/2015 y de la LO 7/2014— es una interpretación tosca e interesada²⁴⁶.

²⁴⁴ Véase LASCURAIN SÁNCHEZ (2004).

²⁴⁵ MUÑOZ CONDE (2007, p. 48).

²⁴⁶ VALEIJE ÁLVAREZ (2013, p. 136).

“Por mucho desprecio y repugnancia que nos merezcan los actos de los terroristas, no podemos negarles su condición humana, sin el riesgo de negárnosla a nosotros mismos”²⁴⁷.

²⁴⁷ MARTÍN PALLÍN 2003, citado por CANO PAÑO (2007, p. 22).

II. CUESTIONES PROCESALES

A continuación de la regulación de los estados de sitio y excepción, la Constitución habilita al legislador orgánico para suspender, para personas determinadas y en relación con la investigación de bandas armadas o elementos terroristas, el derecho fundamental a la libertad en cuanto al plazo máximo de detención, así como los derechos a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones²⁴⁸.

Los plazos de detención, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones son los únicos derechos que pueden constitucionalmente ser objeto de suspensión; todos ellos con relación a la investigación de actividades terroristas, esto es, se trata de una suspensión —no eliminación—, intrínsecamente temporal, relacionada con la eficacia investigadora de la policía, para lo cual se la permite actuar sin autorización judicial. Es decir, la Constitución española viene a amparar la “legislación de emergencia” (VIRGALA FORURIA 1994, p. 62). *Sensu contrario*, no cabe en ningún caso la suspensión de otros derechos fundamentales.

Como es sabido, en España la normativa antiterrorista se encuentra integrada en la legislación ordinaria (Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica General Penitenciaria, Reglamento Penitenciario y Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores). El conjunto de previsiones específicas dentro de la legislación ordinaria configura un conjunto

²⁴⁸ Artículo 55 CE Suspensión de derechos y libertades:

“2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2²⁴⁸, y 18, apartados 2 y 3²⁴⁸, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

de normativa procesal, penal y penitenciaria ciertamente excepcional. Dicha excepcionalidad viene en algunas cuestiones a ampararse en el art. 55.2 de la Constitución. En otros casos, no amparados por este precepto, se niega la excepcionalidad o se configura como una especialidad justificada que no vulnera ni suspende derechos fundamentales.

En opinión de VIRGALA FORURIA (1994, p. 63) estos medios jurídicos excepcionales eran necesarios y legítimos en democracia —sin perjuicio de señalar algunos excesos— para luchar contra ETA en el momento de aprobarse la Constitución, pues, a pesar del proceso de transición a la democracia desarrollado, seguían existiendo bandas terroristas, principalmente ETA, causando cerca de 90 asesinatos en 1977 y 1978, tratando de doblegar la voluntad del Estado.

El artículo 55.2 CE se encuentra muy vinculado al concepto jurídico de terrorismo. El texto literalmente se refiere a bandas armadas o elementos terroristas, pero en todo caso refiriéndose a delitos de terrorismo, ya sea integrado en banda armada, en colaboración con ella o individualmente²⁴⁹. Con base en esta previsión, en el Derecho español —que sanciona también el terrorismo puramente individual²⁵⁰— el concepto de terrorismo²⁵¹ se estructura

²⁴⁹ LAMARCA (1985, pp. 190-191) y MESTRE DELGADO (1987, p. 168).

²⁵⁰ En el sentido de reforzar la atención a este elemento individual, a consecuencia de los riesgos generados por el terrorismo islamista, se dirige expresamente la LO 2/2015, de 30 de marzo.

²⁵¹ Véase al respecto ASÚA BATARRITA (2002); CAPITA REMEZAL (2007); CARBONELL MATEU (2006).

El Código Penal no delimita el contenido del concepto de grupo terrorista; la jurisprudencia combina el criterio de orden subjetivo, centrado en las finalidades aludidas, con otros de carácter objetivo: grupo suficientemente numeroso dotado de una organización con cierta permanencia (y jerarquía) y que dispone de armas o explosivos en cantidad semejante a la requerida para el depósito (STS 25 enero 1988). A partir de la STC 199/1987, de 16 de diciembre, se considera que los grupos terroristas se caracterizan por la provocación de una inseguridad de alta intensidad en la población a través de la cual “se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana”, algo especialmente suscitado “por el uso de armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen”, en

fundamentalmente en torno a las finalidades perseguidas por la acción de los miembros o colaboradores de bandas armadas, organizaciones o grupos (o del terrorista individual).

Con este último concepto legal –interpretación auténtica— se consolida la configuración subjetiva del componente terrorista, que lo convierte en una especie dentro de las organizaciones o grupos criminales de los artículos 570bis.1º y 570ter.1º CP, sin a mi juicio repercusiones prácticas importantes por la amplitud con que se venía entendiendo el tradicional componente subjetivo²⁵².

Como se ha relatado anteriormente, tras aproximadamente 40 años de legislación antiterrorista, la situación actual es una legislación —y praxis, no conviene olvidarlo— hiperbólica y excepcional²⁵³, introducida en la legislación común —con los efectos expansivos y contaminantes que le son intrínsecos— afectando al ámbito penal sustantivo, procedimental y de ejecución. A pesar de ser este último el objeto único de este trabajo, entiendo que conviene una descripción y valoración general de algunos aspectos procesales, dejando de lado las cuestiones sustantivas de definición y penalidad de los delitos.

Son numerosas las reglas excepcionales en materia procesal. Para algunos, como ya se ha referido, constituyen el núcleo de la excepcionalidad antiterrorista. Sin duda, además de las excepciones legales, la lucha contra el terrorismo de ETA también ha contaminado en gran medida la práctica forense²⁵⁴. Las especificidades no son únicamente competenciales y en el ámbito de la investigación del delito (en las que se incluyen las que amparan su excepcionalidad en la Constitución) sino que se ha desarrollado incluso una

definitiva, por la comisión sistemática de delitos graves mediante el uso de armamento o explosivos (DE LA CUESTA ARZAMENDI 2003, p. 1).

²⁵² Sobre la reforma de 2015, véase CANO PAÑOS (2015, pp. 905-951).

²⁵³ GEPC (2013, p. 7-8).

²⁵⁴ Hay acuerdo sobre esto, aunque lo nieguen actores como ZARAGOZA AGUADO (2013). Se comenta con más detenimiento en otros apartados de este trabajo. Véase el Manifiesto del GEPC (2013) aprobado en mayo de 2012.

práctica excepcional en materia de valoración de la prueba, por ejemplo en relación con el valor probatorio de los informes policiales.

El retorno desde la excepcionalidad hacia la normalidad parece difícil, pero ya se ha visto alguna plasmación, como es el caso del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 3 de junio de 2015, sobre el valor probatorio de la declaración del imputado ante la Policía no corroborada en sede judicial:

“Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio.

No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECrim. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECrim.

Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.

Este acuerdo sustituye el que sobre la materia se había adoptado en el mes de noviembre de 2006²⁵⁵.”

Obviamente excede del ámbito de este trabajo y de mis posibilidades abordar estas cuestiones procesales, pero considero de interés considerar lo relativo a tres cuestiones procesales de diversa relevancia nucleares de la política antiterrorista. En primer lugar, la incomunicación, una regulación dirigida por el art. 520bis.2º LECrim a las detenciones por los delitos del art. 384bis LECrim

²⁵⁵ Pleno no jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006. Testimonio de referencia de los policías y del letrado: “Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”. Aplicado por la STS nº 1215/2006, de 4 de diciembre de 2006, Ponente Monterde Ferrer.

[“delito cometido por medio de persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”], con un régimen a su vez excepcional en el art. 509 LECrim, supone una clara excepcionalidad, al margen del amparo constitucional, que genera una restricción de los derechos del detenido (art. 527 LECrim) y un grave riesgo para sus derechos fundamentales; riesgo que ha sido reiteradamente puesto de manifiesto críticamente por diversos organismos internacionales y, por otro lado, ha generado numerosas denuncias por abusos y vulneraciones de derechos humanos, una jurisprudencia del TEDH peyorativa para España y en consecuencia un sustento de algún modo legitimante para ETA, al menos en su entorno, al presentarse como víctimas de actuaciones ilegítimas del Estado, en muchas ocasiones no sin razón. En segundo lugar, resulta de interés estudiar y valorar la competencia centralizada de la Audiencia Nacional, sobre todo a partir de la atribución de la competencia jurisdiccional en materia de vigilancia penitenciaria a este órgano especial. Y en último lugar estimo que resulta necesario ocuparse de la novedad del papel procesal de la víctima en el procedimiento penitenciario, porque el fenómeno del terrorismo y la papel social y político de las víctimas del terrorismo tiene mucho que ver con su reciente configuración y porque puede tener importante repercusión sobre la aplicación de la ley por los órganos judiciales en esta materia.

A. Incomunicación

En el estudio que ha realizado el *Ararteko* (Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma Vasca) sobre 103 personas a las que se aplicó la detención incomunicada, atendiendo “a los datos obtenidos, se observa que un 11,7% de los detenidos incomunicados son puestos en libertad por la policía. Es decir, no precisan pasar a disposición judicial puesto que no parecen existir indicios de vinculación o relación alguna con el delito de terrorismo por el que se les ha detenido. Parece difícil argumentar que, en lo que respecta a estas personas, la aplicación de esta medida haya respondido a situación de emergencia alguna que ponga en peligro la estabilidad estatal o política, tal y como se viene exigiendo desde el ámbito internacional. A este porcentaje hay que añadir el 3,3% de detenidos incomunicados que, pasando a disposición judicial, son puestos en libertad y el 11% que, pasando igualmente a disposición judicial, son puestos en libertad con fianza. Este dato nuevamente cuestiona la

excepcionalidad de la aplicación de la detención incomunicada a los detenidos por terrorismo y da pie a pensar que su adopción tiene un carácter más bien ordinario. Unido a ello, conviene destacar que, de los 103 detenidos incomunicados objeto de estudio, solo 46 han sido condenados”. “Especial consideración merece, en este sentido, la realidad de 29 personas que, siendo detenidas e incomunicadas en relación a delitos de terrorismo, finalmente son absueltas en el juicio (7 personas) o puestas en libertad en algún momento del proceso (22 personas)”.

Añade este estudio que, “aun centrando la atención en los condenados, la excepcionalidad y la proporcionalidad con las que debe ser adoptada la medida de incomunicación a la que se han visto sometidos durante el período de detención contrastan, sin embargo, con la ausencia de gravedad y de intensidad de las conductas delictivas imputadas, difícilmente conciliable con la exigencia de que la detención incomunicada solo sea adoptada en los supuestos más graves que supongan un peligro para la vida del Estado y para la propia estabilidad política del mismo”. Por otra parte, en relación con los efectivamente condenados, más de la mitad de los sujetos (71,7%) han sido condenados a penas privativas de libertad inferiores a 8 años, lo que revela que de entre los delitos de terrorismo se trata de los de menor entidad.

Por todo ello, parece confirmarse la tesis de que la medida de incomunicación se aplica ordinariamente, sin atender a los criterios de la excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, vulnerando por consiguiente los estándares recogidos en el art. 15 CEDH que exigen un peligro o amenaza para el orden político (que, desde luego, debiera ser convenientemente motivado en cada caso para poder controlar judicialmente la objetividad de los argumentos esgrimidos).

En cuanto al ámbito de aplicación de la detención incomunicada, la regulación contemplada en el artículo 520 bis 1) LECrim alude a persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes (art. 384 LECrim). No obstante, como este concepto es tan amplio, al referirse a una pluralidad de conductas de diversa gravedad, solo las conductas que sean lo suficientemente intensas en su capacidad de poner en grave peligro la organización del Estado y la estabilidad política del mismo justificarán la adopción de una medida restrictiva de derechos que quiera respetar los estándares internacionales normativizados en materia de derechos humanos. Como señala el *Ararteko*, “la detención incomunicada, en cuanto medida de

naturaleza ordinaria, aplicable en todos los supuestos de terrorismo, resulta contraria a las previsiones de excepcionalidad y proporcionalidad exigibles internacionalmente, en cuanto sustrato material para la adopción de esta clase de medidas”²⁵⁶.

En caso de detención incomunicada —solo puede decretarla el juzgado central de Instrucción— los derechos del detenido sufren las siguientes modificaciones:

- a) “Podrá acordarse que su abogado sea designado de oficio.
- b) Podrá acordarse que no tenga derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado.
- c) Podrá acordarse que no se comunique con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.
- d) Podrá acordarse que el detenido no tenga acceso a las actuaciones.
- e) Podrá acordarse que el abogado del detenido no tenga acceso a las actuaciones” (art. 527 LECrim).

“La incomunicación o restricción de otro derecho del apartado anterior será acordada por auto. Cuando la restricción de derechos sea solicitada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal se entenderán acordadas las medidas previstas por el apartado 1 que hayan sido instadas por un plazo máximo de 24 horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones” (art. 527 LECrim). La incomunicación y la aplicación al detenido o preso de algunas de las excepciones referidas en el artículo anterior será acordada por auto debiéndose motivar las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general de conformidad con lo dispuesto en el artículo 509 LECr”. “El juez controlará efectivamente las condiciones en que se desarrolle la

²⁵⁶ ORBEGOZO ORONÓZ – PÉREZ MACHÍO – PEGO OTERO (2010, p. 85).

incomunicación, a cuyo efecto podrá requerir información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto a sus derechos” (art. 527.1 LECr.). En los casos de restrinjan los derechos a comunicarse con todas o con alguna de las personas con las que tiene derecho a hacerlo se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada 24 horas, según criterio facultativo (art. 527.3 LECr.).

La interpretación más adecuada con las garantías constitucionales del derecho a la defensa es garantizar de forma plena el ejercicio de estos derechos. Únicamente a instancias del fiscal o de la policía podrán verse limitados, lo que deberá ser autorizado por el Juez. Toda suspensión de derechos constituye una restricción de un derecho fundamental y por tanto solo será legítima cuando esté suficientemente fundamentada. Esta norma se incorpora a raíz de la implantación de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. El legislador es consciente de que la presencia de un letrado independiente y profesional constituye una de las garantías clave para cerciorarse de que los derechos del detenido son plenamente respetados, así como para prevenir situaciones de maltrato, abusos o torturas durante la detención. Existen excepciones: que “debe ser proporcionada, estrictamente limitada en el tiempo, no basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad del presunto delito y no ir en perjuicio de la imparcialidad general del proceso”. La privación injustificada de estos derechos ha de conllevar la nulidad del valor probatorio de la declaración. Se incluyen, además, dos apartados d) y e) en el artículo 527.1 de la LECrim, de acuerdo con las cuales podrá asimismo acordarse que el detenido o preso en régimen de incomunicación, o su Abogado, no tengan acceso a las actuaciones, incluido el atestado policial. En la Directiva 2013/48/UE nada se dice de la posibilidad de suspender el derecho de acceso a las actuaciones que corresponde al detenido o preso incomunicado y a su Abogado. En este caso, el fundamento de la regulación debe buscarse en el artículo 7.4 de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, cuyo plazo de transposición concluye el 4 de octubre de 2015: en efecto, el derecho de acceso a las actuaciones por parte del detenido o preso o

de su abogado, reconocido en los artículos 7.2 y 7.3 de esta norma comunitaria, "podrá denegarse", de acuerdo con su artículo 7.4, "si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal". Estos fundamentos son los que tiene que concretar la policía, el fiscal y, posteriormente, el juez si quiere prohibir el ejercicio de todos los derechos reconocidos.

La prohibición debe ser excepcional. Como señala el Relator especial de la Naciones Unidas²⁵⁷, "aunque por ley el detenido debe tener acceso al abogado que se le haya asignado en cualquier momento durante las diligencias policiales y judiciales, en la práctica el abogado solamente aparece cuando el detenido está a punto de hacer y firmar su declaración formal, y no tiene la oportunidad de hablar con el detenido. Aparentemente se informa a los detenidos de que hay un abogado presente en la sala y se les facilita el número de identificación del abogado, pero no pueden verlo. El Relator Especial fue informado de que no se identifica al abogado por su nombre por su propia seguridad. El abogado permanece en silencio mientras se hace la declaración, con lo que su función se reduce de hecho a la de un mero observador." Una vez firmada la declaración, el detenido comparece ante el juzgado instructor de la Audiencia Nacional, que decreta su ingreso en prisión o su puesta en libertad. En ese momento, si el detenido afirma haber sufrido torturas, puede formular la denuncia de tortura. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, si con anterioridad a la declaración se notifica un auto levantando el régimen de incomunicación, hay que ofrecer a la persona detenida la posibilidad de ejercer su derecho a nombrar letrado de confianza; un caso parecido es el recogido en la STC 165/2005, FJ 1. (véase también SAN de 14 de mayo de 2014, Ponente Sáez Valcárcel).

²⁵⁷ Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven. Visita a España del 5 al 10 de octubre de 2003. p. 13.

En cuanto a la posibilidad de entrevistarse con el abogado antes o al finalizar la diligencia correspondiente también es potestativa. Si se prohíbe, junto a la imposibilidad de la libre designación de abogado, se viola la garantía básica de todo detenido: la posibilidad de ejercitar de forma inmediata y plena el derecho a la asistencia letrada prevista en el artículo 17.3 CE.

El informe del *Ararteko* confirma como objetivo principal de la incomunicación, junto a otros, el de obtener la declaración del detenido al señalar que “El uso de la medida de detención incomunicada suele ser utilizado como instrumento para vencer la eventual resistencia del detenido a declarar, pues un efecto altamente eficaz es que las personas detenidas e incomunicadas acaban declarando”. El estudio realizado pone de manifiesto esta realidad, a partir de los datos obtenidos, en relación con cuatro factores: la duración de la detención incomunicada; el número de declaraciones inculpatorias en sede policial; la relevancia que estas adquieren a efectos de las condenas recaídas; y la denuncia de presiones ilegítimas para declarar en el curso de la incomunicación. Todo parece indicar que existe una efectiva relación de causalidad entre detención incomunicada y declaración auto inculpatoria y agotamiento, tanto de los plazos ordinarios de detención como los de la prórroga de la misma. En efecto, no se levanta la incomunicación a ninguna persona antes del tercer día, incluidos aquellos que no han procedido a prestar declaración alguna (36,4%).

B. Excurso: incomunicación y riesgo de tortura

Según el informe del Comité contra la Tortura en 2009, este régimen jurídico “vulnera las salvaguardas propias de un Estado de Derecho contra los malos tratos y actos de tortura” y recomienda:

“– (...) Vigilar que la persona detenida e incomunicada tenga el derecho de informar a una persona de su elección su detención y el lugar en que se encuentra, tan pronto como sea posible y a más tardar 48 horas después de su inicial privación de libertad; -Tomar las medidas necesarias para permitir que las personas detenidas en régimen de incomunicación puedan entrevistarse en privado con un abogado tras su detención; -Los médicos deberán redactar informes médicos y entregarlos al juez; -Asegurar que las personas incomunicadas tengan el derecho a ser examinadas por un médico de su elección; -Establecer reglas claras sobre el procedimiento a seguir por los agentes del orden para llevar a cabo los interrogatorios, entre las que se encuentra la prohibición de tapar los ojos de las personas detenidas o ponerles un pasamontañas; -Prohibir forzar a los detenidos a hacer ejercicios físicos o mantenerse de pie de manera prolongada; -Adoptar medidas para mejorar significativamente los registros por parte de los representantes de la Ley en los casos de detención incomunicada (...); -Las personas detenidas en situación de incomunicación deben ser correctamente informadas de su situación jurídica y de sus derechos; -La legislación (y reglamentos) en vigor deben ser modificados sin demora para prohibir la aplicación a los menores del régimen de incomunicación; -Las personas sujetas al artículo 520 bis del Código de procedimiento penal deben ser sistemáticamente presentadas físicamente ante el juzgado competente antes de que decida sobre la cuestión de la prolongación de la detención más allá de las 72 horas. Si ha lugar, modificar la legislación pertinente; -El Consejo de la magistratura debería alentar a los jueces a adoptar un enfoque más proactivo con respecto a los poderes de vigilancia que disponen en virtud del párrafo 3 del artículo 520 bis del Código de procedimiento penal; -Tomar las medidas adecuadas (...) para el registro en video de la incomunicación.”

Por otra parte, “el Relator recibió información fidedigna que le induce a creer que, aunque la tortura y los malos tratos no son sistemáticos en España, el sistema de detención practicado permite casos de tortura o malos tratos, en

particular de personas detenidas en régimen de incomunicación por actividades terroristas. Según las informaciones recibidas, lo más probable es que la tortura o los malos tratos se produzcan durante el período inicial de custodia policial. Información de fuentes no gubernamentales indica que se recurre particularmente a la tortura o a los malos tratos para obtener una declaración del detenido. La aplicación actual y limitada de las garantías legales parece ser insuficiente”. Por tanto, “la vigencia de una medida como la presente permite la creación de espacios, extramuros del Derecho, que pueden favorecer determinadas prácticas contrarias, tanto a los derechos humanos, como a los propios estándares mínimos internacionales que permiten la derogación de las obligaciones contraídas internacionalmente”²⁵⁸.

Determinados titulares de Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional adoptan medidas para garantizar un eficaz control jurisdiccional y proteger el derecho del inculcado a no autoinculparse. Es así que acuerdan la comunicación del lugar de la detención a la familia, la grabación de lo que ocurre en las zonas de custodia para controlar las entradas y salidas de la celda, la llevanza de un libro-registro que permita conocer las diligencias que se practican con el encartado, la identidad de los funcionarios actuantes y los horarios, la intervención de un médico de confianza designado por la familia, junto al médico forense, y la grabación de los interrogatorios (véase SAN de 14 de mayo de 2014, Ponente Sáez Valcárcel). A este respecto el Mecanismo Nacional de Prevención de la tortura (Informe 2014, p. 45), señala que se debería “prohibir expresamente la aplicación de este régimen a menores de edad y permitir que los detenidos puedan siempre entrevistarse reservadamente con el abogado que les sea asignado de oficio. Además sería aconsejable que pudiera designar un segundo médico, adscrito al sistema público de salud que examinase a los detenidos de forma independiente mientras dura la incomunicación. Asimismo, debería exigirse obligatoriamente la videograbación, con audio, de forma continua mientras dure la incomunicación para captar todos los lugares en los que permanezcan o transiten los detenidos incluso los vehículos de conducción y exceptuando únicamente los aseos”.

²⁵⁸ ORBEGOZO ORONÓZ – PÉREZ MACHÍO – PEGO OTERO (2010, p. 85).

Por otro lado, en 2003, el Departamento del Interior del Gobierno Vasco, en consulta con el Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social y el Departamento de Salud del Gobierno Vasco, adoptaron cierto número de garantías adicionales, recogidas en un Protocolo que debía aplicar la *Ertzaintza* (Policía Autonómica Vasca) a las personas detenidas en régimen de incomunicación. El Protocolo trata de la coordinación de las actividades en relación con los detenidos de la *Ertzaintza*, del Servicio Vasco de Salud *Osakidetza* y del Instituto Vasco de Medicina Legal. Entre las garantías adicionales figuran unos exámenes médicos más exhaustivos de la condición de los detenidos, con análisis de sangre y de orina si el detenido los pide. El Protocolo incluye también los servicios que se prestarán a las familias de los detenidos en régimen de incomunicación. Se establece también una línea telefónica que funciona las 24 horas del día y facilita información a los familiares próximos del detenido. Entre la información facilitada figura el motivo y el lugar de la detención, las condiciones de salud del detenido y una lista de artículos personales que se pueden entregar al detenido. Se informa también a la familia del momento en que se termina la detención incomunicada y el detenido es puesto a disposición de las autoridades judiciales²⁵⁹.

La detención incomunicada es especialmente problemática respecto de los malos tratos. En este sentido, desde diversas instancias internacionales se viene advirtiendo que, “frente al discurso oficial de la administración, las denuncias de torturas y malos tratos en España no pueden considerarse como meras fabulaciones, y que su uso, si bien no sistemático, es sin embargo más que esporádico e incidental”. De entre los pronunciamientos más recientes en el sentido apuntado cabe destacar tres:

Amnistía internacional, en su informe “Sal en la herida”, recomienda la necesidad de adoptar medidas urgentes para introducir la grabación en vídeo y audio de todas las zonas de custodia de las comisarías de policía y de cualquier

²⁵⁹ Protocolo para la coordinación de la asistencia a personas detenidas en régimen de incomunicación. E/CN.4/2004/56/Add.2 página 9.

otro lugar donde las personas detenidas puedan estar presentes como medida preventiva contra la tortura²⁶⁰.

Por su parte, Martin Sheinin, primer relator especial de la ONU para los derechos humanos y el contrterrorismo, muestra preocupación por las denuncias de torturas y malos tratos presentadas por sospechosos de terrorismo a los que se les ha aplicado la medida de incomunicación, así como la información según la cual se hace caso omiso sistemáticamente de esas denuncias por las autoridades españolas²⁶¹.

Por último, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Informe de 2008, no deja lugar a dudas sobre su preocupación por el tema: “13. El Comité observa con preocupación que continúan denunciándose casos de tortura y que el Estado parte no parece haber elaborado una estrategia global, ni haber tomado medidas suficientes para asegurar la erradicación definitiva de esta práctica. El Estado parte todavía no ha adoptado un mecanismo eficaz de prevención de la tortura, a pesar de las recomendaciones en este sentido de diferentes órganos y expertos internacionales (art. 7).

También es muy relevante el Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su 107º período de sesiones, de 27 de marzo de 2013, Comunicación Nº 1945/2010, en el caso María Atxabal, en el que “el Comité considera que el archivo del caso en fase de instrucción, que impidió la celebración del juicio oral, no responde a las exigencias de minuciosidad que corresponde a toda denuncia por actos de tortura, y que las únicas diligencias realizadas en fase de instrucción no fueron suficientes para examinar los hechos con un nivel de profundidad acorde con la enfermedad de la autora y los informes de los médicos que la trataron y diagnosticaron. Dadas las dificultades que entraña probar la existencia de tortura y malos tratos cuando estos no dejan marcas físicas, como en el caso de la autora, las investigaciones de estos actos deben ser exhaustivas. Además, todo daño físico o psíquico ocasionado a una persona en situación de detención, más aún en régimen de incomunicación, da

²⁶⁰ Amnistía Internacional (2007, p. 58).

²⁶¹ Al respecto, véanse *infra* las referencias a la jurisprudencia del TEDH sobre esta cuestión.

lugar a una importante presunción de hecho, puesto que la carga de la prueba no debe pesar sobre la presunta víctima²⁶². En estas circunstancias, el Comité considera que la investigación realizada por los tribunales internos no fue suficiente para garantizar a la autora su derecho a un recurso efectivo, y que los hechos que tiene ante sí constituyen una violación del artículo 7, leído solo y juntamente con el artículo 2, párrafo 3, del Pacto”, obligando a España a “proporcionar a la autora un recurso efectivo que comprenda: a) una investigación imparcial, efectiva y completa de los hechos, y el procesamiento y castigo de los responsables; b) una reparación íntegra que incluya una indemnización adecuada; c) medidas de asistencia médica especializada y gratuita”.

Por su parte, la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 27/2014, de 14 de mayo, absolvió a 40 acusados, teniendo las declaraciones en régimen de incomunicación en sede policial por no hechas toda vez que en su posterior comparecencia en el Juzgado se desdijeron de las mismas y refirieron haberlas hecho bajo torturas y presión de la policía. El régimen de incomunicación exige una tutela judicial reforzada. En ese sentido, en particular, se anula la declaración autoinculpatoria de una detenida que decidió presentarse voluntariamente ante el Juzgado de Instrucción para evitar las torturas sufridas por otros detenidos de esa misma causa, y, a través de un escrito, manifestó que era su deseo firme no declarar en comisaría y hacerlo solo ante el Juzgado. Pues bien, el día en que se dirigía a presentarse ante el juzgado, el instructor policial del atestado la detuvo en la puerta de la Audiencia Nacional y fue trasladada a dependencias policiales. El juez, a pesar de la decisión de la detenida de presentarse ante él, ordenó la incomunicación, produciéndose la declaración en comisaría, obviamente cabe deducir que bajo presiones, dado que había anticipado por escrito su deseo de no declarar en comisaría. La Sala que enjuició este hecho consideró esta prueba nula por haber sido obtenida bajo torturas. Ciertamente resulta incomprensible la indolencia del juez de instrucción en una situación tan clara.

²⁶² En este sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda Nº 40351/05, Beristain Ukar c. España, sentencia de 8 de marzo de 2011, párr. 39.

Por otro lado, las instituciones de reconocido prestigio internacional señalan su preocupación por este tema toda vez que el control judicial es meramente formal y administrativo²⁶³ y no entra en el fondo de la cuestión ni en su justificación²⁶⁴, “llegando a convertirse en una medida que puede facilitar la práctica de la tortura y equivale en sí a una forma de trato cruel, inhumano o degradante”²⁶⁵. En el informe del *Ararteko* se señala que el 47% de detenidos incomunicados informa al Juez instructor en el momento de la declaración algún tipo de vulneración de derechos, en ocasiones muy graves.

En este tema el contenido del voto particular de los magistrados Pérez Tremps y Ortega Álvarez en la STC 12/2013 (Sala Segunda), de 28 enero, resulta muy revelador²⁶⁶:

²⁶³ Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven. Visita a España del 5 al 10 de octubre de 2003. pág. 13. Manifiesta una gran preocupación por el hecho de que “las personas mantenidas en régimen de incomunicación, cuyo período de detención se prolonga más allá de las 72 horas hasta un máximo de cinco días no hayan sido vistas por el juez antes de la decisión de prorrogar el período de detención”.

²⁶⁴ Declaración del *Ararteko* ante la tortura. 21 de diciembre de 2004.

²⁶⁵ Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven. Visita a España del 5 al 10 de octubre de 2003. pág. 11.

²⁶⁶ *Como acertadamente señaló el Ministerio Fiscal en su informe, debe partirse de la base de que en este caso los hechos denunciados consistían en la creación de un ambiente o clima de intimidación e inseguridad, explícita o implícita, incrementando así la vulnerabilidad del denunciante, que se encontraba detenido e incomunicado, debilitando su resistencia y voluntad a la hora de efectuar una declaración. Esta circunstancia resulta relevante, toda vez que ello determina la dificultad de acreditar este tipo de situaciones, condicionando los medios de investigación a desarrollar, que deben dirigirse a resaltar aspectos o signos psicológicos que permanecen ocultos por su propia naturaleza. En ese contexto de dificultad probatoria, la importancia y el alcance del derecho fundamental a no ser sometido a tortura o malos tratos, sobre el que tanto ha incidido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, STEDH de 2 de noviembre de 2004 [TEDH 2004, 65], Martínez Sala y otros c. España, § 120), impone que la actuación judicial en su labor instructora deba ser especialmente diligente a la hora de despejar cualquier duda que pudiera mantenerse respecto de la veracidad de los hechos denunciados.*

“Una vez comprobado, por las razones dichas, que las resoluciones impugnadas no contenían la motivación reforzada que con arreglo al artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836) es exigible para poder acordar fundadamente el archivo de la causa, también cabe apreciar que los órganos judiciales no

3. A partir de ello, y entrando ya en el análisis de los argumentos que fueron utilizados judicialmente para justificar el archivo de las actuaciones, éstos quedan limitados a la falta de veracidad de la denuncia formulada. Así, se inciden en las siguientes tres circunstancias: a) la ausencia de cualquier referencia a la situación de maltrato en las declaraciones policiales y en la judicial, estando en esta última fuera del control de la autoridad policial; b) la ausencia en los reconocimientos médico-forenses de cualquier síntoma o estado compatible con las amenazas e intimidaciones; y c) el tiempo transcurrido entre que se produjo la detención y la denuncia por malos tratos.

Pues bien, en relación con la valoración de las declaraciones realizadas en sede policial y judicial, debe recordarse que este Tribunal ya ha reiterado que no puede considerarse concluyente el hecho de que el recurrente no hubiera formulado una expresa manifestación sobre malos tratos, por no ser exigible tal conducta a quien se encuentra bajo absoluto control policial, detenido e incomunicado, habida cuenta del temor que puede albergar a un posible riesgo cuando se encuentre exclusiva y nuevamente ante los responsables de su custodia. Esta misma conclusión se ha alcanzado en relación con la ausencia de denuncia ante el propio Juez de instrucción a cuya disposición se pone el detenido, incidiendo en la posible existencia de una voluntad condicionada por la intensa intimidación previa y poniendo de manifiesto que este tipo de argumentación «supone ignorar la exigencia de racionalidad antes citada que impone reparar en que el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica» [STC 63/2010, de 18 de octubre (RTC 2010, 63), F. 3 a)]. En cualquier caso, resulta muy significativo que, tal como destaca el Auto de sobreseimiento de 26 de mayo de 2010, el recurrente se abstuviera de contestar a la pregunta formulada acerca del trato policial recibido.

Tampoco resulta asumible, en términos de un deber de motivación reforzada, el razonamiento basado en la ausencia en los reconocimientos médico-forenses de cualquier síntoma o estado compatible con las amenazas e intimidaciones. Más allá de la dificultad de poder acreditar unos hechos como los denunciados a través de una simple exploración física o un reconocimiento médico, no cabe obviar, en los términos señalados por el Ministerio Fiscal, que todos estos reconocimientos se realizan siempre bajo directo control policial, en situación de detención incomunicada. Además, resulta significativo que, incluso en ese contexto de dificultad, en los dos primeros informes se haga mención expresa a que el recurrente no quiere contestar sobre el trato recibido, y se destaque en el primero de ellos la actitud poco colaboradora del recurrente.

agotaron todos los medios razonables y eficaces de investigación a su alcance para desmentir o confirmar la credibilidad de la denuncia del recurrente, como exigencia derivada de la doctrina de este Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 34/2008, de 25 de febrero [RTC 2008, 34] , F. 6, o 131/2012, de 18 de junio [RTC 2012, 131] , F. 2) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, SSTEDH de 2 de noviembre de 2004 [TEDH 2004, 65] , Martínez Sala y otros c. España , § 159; o de 16 de octubre de 2012 [TEDH 2012, 92], Otamendi Egiguren c. España , § 38). En el presente caso, atendiendo a las concretas razones utilizadas para justificar el archivo, puede concluirse que existían otros medios de investigación adecuados para esclarecer los hechos denunciados que hubieran debido llevar a perseverar en una indagación judicial. Estos medios de investigación, además, fueron expresamente solicitados en vía judicial por el recurrente”.

En el ámbito de la detención policial incomunicada es en el que encontramos las principales quejas sobre las que ha resuelto el TEDH condenando a España²⁶⁷, es decir, quejas presentadas por personas privadas de libertad en sedes policiales (en calabozos) sobre las que todavía no había recaído una orden judicial de ingreso en prisión y siempre en el ámbito del terrorismo, puesto

²⁶⁷ Casos ETXEBERRIA CABALLERO contra España y ATAUN ROJO c. España (SSTEDH 07/10/2014); OTAMENDI EGIGUREN (caso Egunkaria) c. España (STEDH 16/10/2012); B.S. (ciudadana nigeriana, caso de identificación en la calle) c. España (STEDH 24/07/2012); BERISTAIN UKAR c. España (STEDH 8/3/2011); SAN ARGIMIRO ISASA c. España (STEDH 28/09/2010); IRIBARREN PINILLOS c. España (STEDH 8/01/2009); OLAECHEA CAHUAS (caso Sendero Luminoso) c. España (STEDH 10/08/2006); MARTÍNEZ SALA Y OTROS c. España (STEDH 2/11/2004); DEL RÍO PRADA c. España (STEDH 21/10/2013); MANGOURAS (caso Prestige) c. España (STEDH 28/09/2010); VAND DER TANG (caso Nécora) c. España (STEDH 13/07/1995); SCOTT (caso de delito contra la libertad sexual) c. España (STEDH de 18/12/1996); RIERA BLUME Y OTROS (caso Centro Esotérico de Investigaciones) c. España (STEDH 14/10/1999); RAF (caso de criminalidad organizada) c. España (STEDH 17/06/ 2003); TENDAM (caso de robo) c. España (STEDH 13/07/2010); y JAURRIETA ORTIGALA (caso de delito contra la salud pública) c. España (STEDH 22/01/2013).

Una gran parte versan sobre vulneraciones en el marco de actuaciones ‘antiterroristas’ de las autoridades españolas, en general en relación con Euskadi y, en el caso Martínez Salas y otros y Barberá Chamorro, Messeguer Mas y Jabardo García, con Cataluña.

que la detención incomunicada sólo se contempla en estos supuestos. En estos casos se demanda a España por la vulneración del art. 3 del Convenio alegando que han sufrido un trato inhumano y/o degradante durante el periodo en que estuvieron bajo el régimen de incomunicación. Llama la atención que salvo una (Caso Iribarren Pinillos), no hay ninguna condena a España por efectiva vulneración del art. 3 en su vertiente sustantiva²⁶⁸, existiendo sin embargo, diversas sentencias condenatorias para España por vulnerar el art. 3 en su vertiente procesal. España incurre de manera sistemática en una falta de investigación efectiva tendente a determinar si ha habido o no la existencia de esos malos tratos alegados por los demandantes durante el periodo de duración de la detención incomunicada. No se examina con rigor, ni profundidad por parte del Estado Español la existencia de dicho trato inhumano.

Sobre la base de los análisis que se han hecho en esta materia²⁶⁹ puede concluirse que España no se encuentra entre los países más condenados por el TEDH, dictando el Tribunal relativamente pocas sentencias en comparación con los países de nuestro entorno más cercano.

Desde que entró en vigor el Protocolo nº 11 aumentó significativamente el número de demandas registradas respecto de España, que en su mayoría han sido declaradas inadmisibles. El derecho a un proceso equitativo recogido en el art. 6.1 del convenio es el derecho que ha concentrado en los últimos años la mayor parte de las sentencias en las que el tribunal ha apreciado una violación del convenio por España²⁷⁰.

En el ámbito de la privación de libertad las obligaciones impuestas a España las encontramos en el marco de la falta de investigación efectiva por malos tratos durante el periodo de la detención en los calabozos, con motivo de delitos cuya

²⁶⁸ Sí entra en el fondo el Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su 107º período de sesiones, de 27 de marzo de 2013, Comunicación Nº 1945/2010, en el caso María Atxabal.

²⁶⁹ Informe “El tiempo de los derechos”, nº 31.

²⁷⁰ CELDRÁN KHUL (2004, p. 4).

competencia ostenta la Audiencia Nacional (terrorismo, delitos contra el Estado, etc.).

El detonante en la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos condenando a España por la violación del art. 3 del Convenio, lo encontramos en el caso *Martínez Sala y otros contra España*²⁷¹. La sentencia pone de manifiesto una situación ya referida con anterioridad por diversos organismos internacionales. Existen numerosos informes anteriores a dicho fallo que formulan recomendaciones a España en dicho ámbito, entre los que conviene destacar los del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1996²⁷², y del Comité Europeo para la prevención de la Tortura y Penas o Tratos inhumanos o degradantes (en adelante CPT) de 2001²⁷³. En todos ellos, se destaca la preocupación por la inobservancia de España de las obligaciones asumidas en los Convenios ante determinadas situaciones, como son las medidas antiterroristas.

Las sentencias vienen a evidenciar una realidad y es que el mayor número de condenas a España —en materia de personas privadas de libertad, bien como consecuencia de estar detenidos bajo custodia policial, bien por estar en situación de prisión preventiva o cumpliendo condena— se producen por la violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Todas estas sentencias condenatorias para España comparten una serie de características:

En los casos expuestos los tribunales nacionales nunca enfocaron la investigación hacia la búsqueda de los autores que habían cometido los hechos.

²⁷¹ Informe “El tiempo de los derechos”, nº 31. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a torturas. Septiembre 2013. www.idhc.org

²⁷² Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, Theo Van Boven sobre la visita a España del 5 al 10 de octubre de 2003, en el 60º período de sesiones (E/CN.4/2004/56/Add.2).

²⁷³ Informe al Gobierno español sobre la visita a España del 22 a 26 de julio de 2001 del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Penas o Tratos inhumanos o degradantes (CPT/Inf/(2003)).

Los tribunales nacionales no han permitido que el demandante aporte medios de prueba que puedan clarificar quiénes son los presuntos responsables de la agresión o cuáles fueron los hechos. De ahí que en prácticamente todos los supuestos el ECtHR ha declarado la vulneración del artículo 3 en su vertiente procesal y no la violación sustantiva del precepto. De hecho, de los cinco pronunciamientos únicamente se declara la vulneración sustantiva en el caso Iribarren Pinillos contra España.

Las torturas padecidas y que no se investigaron fueron soportadas por sospechosos de pertenencia o colaboración con organización terrorista; y muchos de esos malos tratos fueron ocasionados durante los traslados a la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid. También es común a todos ellos que dichas torturas se producen dentro del ámbito de la incomunicación. La calificación del detenido como sospechoso de un delito de terrorismo llevará aparejada la detención incomunicada y no poder nombrar a un abogado de su elección, debiendo ser asistido con carácter obligatorio por un letrado del turno de oficio²⁷⁴. El Comité contra la Tortura en 2002 expuso que consideraba que “el régimen de la incomunicación, independientemente de los resguardos legales para decretarla, facilita la comisión de actos de tortura y malos tratos”.

El Comité Contra la Tortura²⁷⁵ alienta al Estado a modificar el régimen legal de la incomunicación a fin de garantizar derechos tales como:

- Escoger un abogado de elección por el detenido.
- Ser visitado por un médico adscrito al sistema público de salud elegido por el detenido además de por el médico forense.

²⁷⁴ Es por ello que la mayoría de informes de organismos internacionales recogen las reticencias de España para modificar las disposiciones presentes en su legislación referentes a la actuación en casos de terrorismo. Sobre este extremo el Comité de Prevención de la tortura a raíz de su tercera visita a España declaró que “es explicable que en un país democrático como España, las actividades terroristas deban encontrarse con una fuerte respuesta de las Instituciones del Estado, sin embargo no se justifica la violación de los derechos fundamentales para combatir el terrorismo en una sociedad democrática”.

²⁷⁵ Informe al Gobierno español del Comité Europeo de Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos degradantes (CPT) sobre la visita llevada a cabo del 30 al 13 de junio de 2011. CPT/Inf (2013) 6 Pág. 20.

- Que pueda ponerse en conocimiento de un tercero la detención y el lugar donde se encuentre en cada momento (un familiar o cualquier otra persona que quiera el detenido).
- Entrevistarse con el abogado “reservadamente”.

Dicha recomendación junto con el contenido de las obligaciones impuestas para España en las sentencias del TEDH en esta materia deberían promover estos cambios legislativos para evitar las condenas por el art. 3 del Convenio, tanto en la vertiente procesal de falta de investigación, como en la vertiente sustantiva. Pero tristemente, a día de hoy, la situación continúa igual, desoyendo el reino de España estas obligaciones y recomendaciones, como acabamos de comprobar con la sentencia más reciente en esta materia del año 2014.

Cuando se denunciaron los hechos, los tribunales acordaron el sobreseimiento de los casos basándose en escuetos informes médicos. Esto mismo se indica en la Introducción al Protocolo de Estambul realizada por diversas asociaciones de Prevención de la Tortura: “En general los médicos forenses – especialmente en casos de incomunicación de la persona detenida– han tendido a dar veracidad a la versión policial, y han acabado dando cobertura médica oficial a sus versiones. La actitud de la judicatura tradicionalmente ha consistido en archivar los casos de tortura lo más rápido posible, algunas veces [...] sin ningún tipo de investigación para esclarecer el posible delito denunciado, y otras veces, con una instrucción muy pobre que solo podía acabar en sobreseimiento²⁷⁶”. También el Defensor del Pueblo en sus informes recalca la pobreza de los informes médicos forenses dentro y fuera del ámbito del terrorismo cuando se denuncian torturas o tratos inhumanos o degradantes. Las debilidades de los exámenes e informes médicos generan el ambiente más propicio para que se lleven a cabo maltratos. Por esta razón se subraya el importante papel que desempeñan los exámenes médicos a fin de evitar que se produzcan agresiones, y en el caso de haberse producido, que puedan ser

²⁷⁶ “Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y la documentación de la tortura”. Associació Memoria Contra la Tortura y Acció dels Cristians per l’Abolició de la Tortura (ACAT), Països Catalans: 2008 –Serie de capacitación profesional nº 8), p. 5.

identificadas. El ámbito de los exámenes médicos ha suscitado también varias recomendaciones de organismos internacionales para que se permita a los detenidos incomunicados la elección de un médico que actúe junto al designado por las autoridades. En relación a ello el Comité europeo para la Prevención de la Tortura sostiene que: “[El CPT] nunca ha sugerido que el derecho a ser asistido por un médico de elección propia hubiera de sustituir el examen de un médico forense o de cualquier otro médico contratado por el Estado. No obstante, un segundo examen, por un médico libremente escogido por la persona detenida, puede subministrar una salvaguarda adicional contra los malos tratos”.

Las escasas investigaciones llevadas a cabo por las autoridades llevan, junto a la imposibilidad de aportar pruebas, a que no sea posible la identificación de los culpables y mucho menos su castigo. En el informe sobre la impunidad policial de Amnistía Internacional se recoge que en 2008 la Fiscalía General del Estado dedicó por primera vez un capítulo de su Memoria Anual a los casos por presuntas torturas y malos tratos por parte de agentes: en 4 se determinó la culpabilidad, en 7 fueron absueltos y en 21 se sobreseyeron las actuaciones (en el marco de estos casos archivados es en el que se produce la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por torturas en la que se condena por falta de investigación suficiente). El Comité Europeo de Prevención de la Tortura (CPT) desde 1994 invita al Estado español a proporcionar información periódica sobre el número de casos abiertos en vía penal por denuncias de malos tratos de agentes del orden. También solicitaba que se extendiera la relación de los juicios contra agentes de policía por malos tratos que tienen lugar, así como sus sentencias y medidas de reparación a las víctimas. En los últimos años el aumento de malos tratos denunciados a manos de las fuerzas policiales ha sido muy significativo. El Informe sobre la tortura de 2014 de la Coordinadora para la Prevención y Denuncia de la Tortura muestra cómo se ha alcanzado el mayor número de denuncias durante los últimos años, pasando de 540 denuncias en 2010 a las 851 del 2011²⁷⁷.

²⁷⁷ Tanto el informe del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona como el de Amnistía Internacional se hacen eco de estos datos y ambos coinciden en destacar como detonante el aumento de la indignación ciudadana causada

Toda esta jurisprudencia podría verse reducida si se adoptaran las medidas que los propios pronunciamientos e informes citados contienen y si se adaptase la legislación para hacerla acorde con los compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos que España ha suscrito.

Analizada la jurisprudencia del TEDH en materia de privación de libertad y en relación con España, ahora la cuestión ha de centrarse en determinar la eficacia de estas sentencias en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, el problema de la ejecución de estas sentencias, habida cuenta de que, según el art.46,1 del Convenio “las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”.

Para ello, se hace imprescindible determinar la vinculación del TEDH con nuestro ordenamiento jurídico. Según parte de la doctrina, y entre ellos el profesor RUIZ MIGUEL²⁷⁸, España forma parte del grupo de países que adoptan el sistema monista en cuanto a las relaciones entre el Derecho interno y el internacional y, dentro de éste, al monismo con primacía del Derecho nacional. Consecuentemente, según nuestras disposiciones constitucionales, con la ratificación del Convenio se ha producido su incorporación en nuestro ordenamiento con un doble efecto: en primer lugar, un efecto directo, a través del art.96,1 CE, según el cual “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno [...]”. Desde su publicación en el BOE²⁷⁹ el Convenio forma parte así de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo plenos efectos como cualquier otra norma, si bien con un rango superior a cualquier disposición con rango de ley e

por las medidas de austeridad de los gobiernos. Consideran también como punto de partida de la feroz actuación represiva policial la reacción a las concentraciones del movimiento 15-M en mayo de 2011. El referido informe de Amnistía Internacional sobre la actuación policial en manifestaciones en la Unión Europea, de octubre de 2012, se centra en el análisis de este tipo de prácticas en Grecia, España y Rumanía. La elección de estos tres Estados se basa en que ilustran el uso excesivo de la fuerza y el empleo de las que denominan armas “menos letales” por parte de fuerzas policiales contra manifestantes. Estas denominadas armas menos letales agrupan todas aquellas armas que no son de fuego pero con potencial para ser letales. Este concepto agruparía artefactos como cañones de agua, balas de plástico y goma, sustancias químicas irritantes, aerosoles de pimienta y gas lacrimógeno.

²⁷⁸ RUIZ MIGUEL (1997, p.109).

²⁷⁹ BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979.

inferior al de la Constitución, tal y como se desprende de los arts.95.1 y 96.1 CE²⁸⁰. Por lo tanto, también vincula a nuestros jueces y Tribunales en virtud del principio *iura novit curia* del art.1,7 del Código Civil.

Por otra parte y en segundo lugar, se produce otro efecto importante derivado del art.10,2 CE, en virtud del cual “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Ello implica que “a través de este artículo es posible acoger la jurisprudencia del TEDH para interpretar, reforzar y desarrollar de forma autorizada una norma interna relativa a los derechos humanos y libertades fundamentales²⁸¹”.

Por otra parte hay que destacar que España no sólo ha ratificado el Convenio, sino que también ha reconocido la competencia del TEDH²⁸², por lo que está sometida al mecanismo de protección de los derechos humanos que se desarrolla ante este Tribunal tras la entrada en vigor del Protocolo núm.11. En este contexto se ha producido un debate doctrinal acerca de la naturaleza de este Tribunal y sobre su posición en nuestro ordenamiento jurídico, cuyo análisis no se corresponde con el objetivo del presente informe. Ahora bien, conviene destacar que existe acuerdo en señalar en que el TEDH no puede considerarse una instancia superior de apelación o casación de las resoluciones de los tribunales nacionales, dado que su objetivo no consiste en reparar o rectificar errores de hecho o de derecho en relación con el Convenio, sino en controlar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados parte al ratificar el Convenio, verificando la conformidad de las decisiones y medidas adoptadas a nivel nacional con el Convenio.

²⁸⁰ Art. 95, “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”; art. 96,1 “Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional”.

²⁸¹ BUJOSA VADELL (1997, p.66).

²⁸² BOE nº 152, de 26 de junio de 1998.

Para entender los efectos que las sentencias del TEDH pueden tener en nuestro ordenamiento jurídico es necesario también hacer referencia a su regulación en el propio Convenio recogida en los arts.42-46. De estos arts. 44 y 45 se deduce que las sentencias del Tribunal se caracterizan por ser resoluciones motivadas y por ser definitivas. Y, en este sentido, gozan de los efectos característicos de las resoluciones jurisdiccionales: de un lado, del efecto negativo de la cosa juzgada material o de non bis in idem y, de otro, del efecto material positivo o de prejudicialidad. Estos efectos vinculan a los Estados que hayan sido parte en el litigio en virtud del citado artículo 46, por el cual “las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte”, lo que está en consonancia con lo dispuesto en el art.1, según el cual, “las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”. Por otra parte, las sentencias del Tribunal pueden tener dos clases de contenidos, es decir, existen dos tipos de pronunciamientos del Tribunal: por un lado, los pronunciamientos de fondo que resuelven el litigio principal, constatando o no la violación de los derechos o libertades del Convenio, y por otro lado, los pronunciamientos dictados siguiendo el art.41, en los que se concede una satisfacción equitativa a la víctima de la violación, en los casos en que el derecho interno del Estado sólo permita de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación.

En relación con las sentencias de fondo también se ha planteado un debate en torno a la naturaleza meramente declarativa o condenatoria de las mismas. En principio, se trata de sentencias meramente declarativas, ya que se limitan a declarar la existencia o no de la violación del Convenio sin precisar sus consecuencias, sin imponer una condena explícita al Estado. De este carácter declarativo de las sentencias de fondo se deduce una consecuencia importante: a los Estados parte les corresponde extraer las consecuencias de la constatación de la violación declarada por el Tribunal, es decir, son los Estados parte, los que están obligados jurídicamente a ejecutar las sentencias. El propio TEDH no deja lugar a dudas en este sentido al reconocer en su sentencia de 13 de junio de 1979 en el caso *Marckx c. Bélgica* (§ 58) que “la sentencia del Tribunal es esencialmente declarativa y deja al Estado la elección de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para adaptarse a lo que impone el artículo 53 —actualmente art. 46—”, ya que, como señala CARRILLO SALCEDO, el Convenio no articula mecanismo alguno en orden a la ejecución

de las sentencias y el Tribunal no tiene competencias para pronunciarse al respecto²⁸³. La doctrina afirma además que estas sentencias no tienen carácter ejecutivo, porque no anulan *per se* y de forma automática el acto interno contrario al Convenio. Todo ello genera en el caso de España un problema en cuanto a la ejecución de estas sentencias, puesto que no se ha dictado ninguna norma que establezca las pautas de cómo deben ejecutarse en nuestro ordenamiento sentencias internacionales obligatorias para nuestro país.

En definitiva estamos ante una obligación de resultado para el Estado condenado, de poner los medios para obtener las consecuencias que se derivan de la sentencia del Tribunal, de conceder una reparación en la medida de lo posible, como se desprende del art. 41. Esta reparación puede conllevar, como señala el profesor CARRILLO SALCEDO²⁸⁴, en primer lugar, poner fin a la violación que el Tribunal ha declarado, pero también borrar las consecuencias de la decisión o medida contrarias al Convenio que se materializaría en la *restitutio in integrum*, que supondría la modificación o derogación de la norma, o la anulación del acto administrativo o judicial que han causado la violación del derecho y, complementaria o subsidiariamente, una indemnización de daños y perjuicios y el pago de los gastos ocasionados por el proceso interno y supranacional. Es en este ámbito de la *restitutio in integrum* donde se producen los mayores problemas en la ejecución, sobre todo, cuando la sentencia de condena tiene su origen en una sentencia judicial interna firme y, es aquí donde se da también el riesgo de considerar suficiente la satisfacción equitativa como medio para dar cumplimiento a la sentencia.

²⁸³ CARRILLO SALCEDO (2003, p. 64).

²⁸⁴ CARRILLO SALCEDO (2003, p. 66).

C. Competencia jurisdiccional: Hacia la centralización y el control de la jurisdicción

Un elemento de interés y gran importancia práctica en el ámbito procesal que afecta a la ejecución de las penas en delitos de terrorismo es la competencia exclusiva de la Audiencia Nacional, bien de la Sala de lo Penal en el ámbito de las ejecutorias de competencia de cada Sección, bien del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria²⁸⁵ (cuyas funciones realiza el Juzgado Central de Menores, que es también “juzgado de vigilancia penitenciaria de menores”²⁸⁶) y, en vía de recurso de apelación, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en concreto la Sección Primera, en la que se reside dicha competencia en virtud de las normas de reparto que aprueba la Sala de Gobierno (últimas en BOE 269, de 6 de noviembre de 2014, que publica el Acuerdo de 21 de octubre de 2014, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, que aprueba las normas sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones de la Audiencia Nacional y asignación de ponencias que deben turnar sus magistrados en el año 2015).

²⁸⁵ El actual titular lo denomina “juzgado inexistente” (CASTRO ANTONIO 2013, p. 123) porque está adscrito a otro juzgado y no tiene plantilla, cuando tendría unos 3.600 presos a su cargo, distribuidos por todo el territorio insular y peninsular.

²⁸⁶ La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, introdujo una Disposición Adicional Cuarta en la LO 5/2000, antes de su entrada en vigor, y modificó los arts. 65 y 96 LOPJ y los arts. 1, 6, 19 y 61 de la Ley 38/1988, de Demarcación y Planta judicial, para crear el Juzgado Central de Menores y atribuirle la competencia “*para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal*” (Disposición Adicional Cuarta LO 5/2000, introducida por la LO 7/2000 y derogada por la LO 8/2006 al introducir el art. 2.4 de la LO 5/2000 actualmente vigente). En el caso de los menores la excepcionalidad competencial es exclusiva para delitos de terrorismo, no abarcando los restantes delitos competencia de la Audiencia Nacional.

A mi juicio, junto con la progresiva reducción del ámbito de discrecionalidad judicial, que se pone de manifiesto a lo largo de varios apartados de este trabajo, con la centralización de la función jurisdiccional de la ejecución de las penas en la Audiencia Nacional el poder ejecutivo pretende la neutralización de las posibilidades de que el poder judicial interfiera en la política antiterrorista del Gobierno.

Esta situación²⁸⁷ se completó a partir de la LO 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial (BOE nº 127, de 28 de mayo de 2003, con entrada en vigor al día siguiente). Como se puede observar, el año 2003 fue un año de gran producción legislativa y muy trascendente para la ejecución de las penas por delitos de terrorismo —este año 2015, también al final de una legislatura de mayoría absoluta del Partido Popular, resulta un año trascendental en materia de reformas de la legislación penal, también en el ámbito del terrorismo—.

Esta LO 5/2003 modificó los artículos 65, 82, 94 y la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ²⁸⁸, el art. 76.2.h LOGP, los artículos 1, 6 y 18 y Anexo X de la Ley 38/1988 de Demarcación y Planta judicial para crear los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria, aunque solamente existe uno, que cuenta con una Juez de refuerzo.

El actual art. 94.4º LOPJ establece:

²⁸⁷ A la que hay que añadir la anomalía de que la competencia de instituciones penitenciarias esté residenciada, desde el “trasvase del superministerio” de Juan Alberto Belloch, al Ministerio del Interior; atribución expresiva de la excepcionalidad y la influencia del fenómeno antiterrorista en España.

²⁸⁸ Dicho sea de paso, por su incidencia sobre el alcance de legalidad penal en esta materia que se aborda en otro apartado, la introducción de un nuevo número 5º, que por LO 7/ 2003 se renumeraría como 6º, que atribuye todas las competencias en apelación a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, borra los distinguos entre ejecución de penas, régimen y demás materias (en este sentido MANZANARES SAMANIEGO 2008, p. 248).

“en la villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá uno o varios Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria, descritas en el apartado 1 de este artículo, y demás que señale la ley, en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional. En todo caso, la competencia de estos Juzgados Centrales será preferente y excluyente cuando el penado cumpla también otras condenas que no hubiesen sido impuestas por la Audiencia Nacional.”

Se introdujo también un nuevo art. 65.6º en la LOPJ para atribuir a la Sala de lo Penal la competencia sobre los recursos contra las resoluciones dictadas por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y también se modificó la Disposición Adicional Quinta²⁸⁹, que se vería de nuevo modificada por la LO

²⁸⁹ **«Disposición adicional quinta**

[...]

En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.

[...]

5. *Cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario y demás materias, la competencia para conocer del recurso de apelación y queja, siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.*

6. *Contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

7. *Contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al*

7/2003 para otorgar efecto suspensivo a los recursos que puedan dar lugar a la excarcelación del recluso²⁹⁰.

La Audiencia Nacional se encuentra regulada en el Capítulo II, Título IV, Libro I, artículos 62 a 69 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el orden penal los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional tienen competencias en los delitos de terrorismo, contra la Corona, el narcotráfico a gran escala, los delitos económicos que causen grave perjuicio a la economía nacional, los cometidos por españoles en el extranjero, así como de las extradiciones y euroórdenes. La Sala de lo Penal se encarga de enjuiciar los delitos anteriores y de revisar las decisiones adoptadas por los juzgados centrales como sala de apelación (ver artículo 65 LOPJ). En este orden se incluyen también el juzgado

resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada.

8. *El recurso de apelación a que se refiere esta disposición se tramitará conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado. Estarán legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional. En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido. En todo caso, debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales.*

9. *En aquellas Audiencias donde haya más de una sección, mediante las normas de reparto, se atribuirá el conocimiento de los recursos que les correspondan según esta disposición, con carácter exclusivo, a una o dos secciones.»*

²⁹⁰ Se añade un nuevo apartado 5, se renumera el apartado 5 como 6 y se interpreta que los apartados 6, 7, 8 y 9 se reenumeran como 7, 8, 9 y 10 por el art. 2.1 y 2 de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio.

Nuevo número 5º: *“Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.*

Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.”

central de lo penal para el enjuiciamiento de los delitos con penas más leves, el juzgado central de menores para enjuiciar delitos de terrorismo cometidos por jóvenes entre 14 y 18 años, así como el juzgado central de vigilancia penitenciaria, encargado del control jurisdiccional de los presos cuyos delitos sean competencia de la Audiencia Nacional.

La Audiencia Nacional fue creada en enero de 1977, por Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero (tres Juzgados Centrales de Instrucción y una Sala de lo Penal), en parte como sustitución del Tribunal de Orden Público, del criticadísimo Tribunal Central de lo Penal y de las competencias que en las causas políticas tenían los tribunales militares²⁹¹, con las competencias previstas en su art. 4 (BOE nº 4 de 5 de enero de 1977). Nació con fundadas tachas de ilegitimidad en un momento político convulso y provisional, y con evidente control político sobre los magistrados²⁹². Sin embargo, fue por otro Real Decreto-Ley, el 3/1977, de 4 de enero, que se estableció que la instrucción y fallo de las causas por los delitos de terrorismo correspondería exclusivamente a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional, con la excepción de aquellas que fueran competencia de la jurisdicción militar de acuerdo a los arts. 9.º y 13 del Código de Justicia Militar de 1946 (art. 1.º). La Audiencia Nacional amplió sus competencias en esta materia con la promulgación del Real Decreto-Ley 21/1978, de 30 de junio²⁹³. Según su art. 2.º,1 en relación con el art. 1.º, los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional eran competentes para la instrucción, conocimiento y fallo de los delitos de asesinato, lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos, terrorismo y delitos conexos con

²⁹¹ Al respecto véase OLARIETA ALBERDI (1997 y 1989), así como referencias a las críticas que el órgano judicial recibió de autores como Lorca Navarrete, De la Oliva Santos, Peces-Barba Martínez o Gimeno Sendra. También MESTRE DELGADO (1987) y DÍAZ GONZÁLEZ (2004).

²⁹² OLARIETA ALBERDI (1997, p. 32) mediante la selección de los magistrados por el propio Ministro mediante el diploma de especialización exigido.

²⁹³ Derogado por la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, modificada luego por Ley 82/1978, de 28 de diciembre.

los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en bandas o grupos organizados o armados²⁹⁴.

El art. 11 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la constitución («BOE», núm. 3, de 3 de enero de 1985. Corrección de erratas «BOE», núm. 65, de 16 de marzo de 1985) estableció que la instrucción, conocimiento y fallo de las causas criminales por los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley corresponde en la jurisdicción ordinaria a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional. Este artículo fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por el Parlamento Vasco por estimar que infringía, “por un lado, el art. 152.1 de la Constitución y los arts. 14.1 b) y 34 del Estatuto de Autonomía del País Vasco y, por otro lado, el art. 24.1 de la Constitución”, lo cual fue desestimado por la Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre de 1987 (BOE núm. 7, de 8 de enero de 1988).

Esta STC 199/1987 (también la STC 153/1988, de 20 de Julio de 1988, Ponente Gloria Begué Cantón²⁹⁵) arguyó que

“Los arts. 117.3 y 4 de la Constitución desarrollan el principio consagrado en el art. 24.2 de la misma en relación con el «derecho al Juez ordinario

²⁹⁴ Con detenimiento sobre esta cuestión competencial DÍAZ GONZÁLEZ (2004, pp. 7-10).

²⁹⁵ “La prohibición constitucional de Jueces excepcionales o no ordinarios no impide que el legislador pueda razonablemente en determinados supuestos, teniendo en cuenta su naturaleza, la materia sobre la que versan, la amplitud del ámbito territorial en que se producen y su trascendencia para el conjunto de la sociedad, disponer que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos se lleve a cabo por un órgano judicial centralizado sin que ello contradiga el art. 24 de la Constitución. De tal doctrina (contenida en la STC 199/1987) cabe concluir la legitimidad constitucional de la atribución a los Juzgados Centrales de Instrucción de la competencia para conocer de las detenciones gubernativas practicadas en relación con las investigaciones concernientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La garantía de habeas corpus se aplica también a quienes sean detenidos en virtud de su presunta pertenencia a bandas armadas según lo proclama no sólo el art. 1 de la LOHC, que alude a «cualquier persona detenida ilegalmente», sino el propio párrafo segundo del art. 2 de la referida Ley, que de forma expresa lo reconoce al mencionar el supuesto de hecho en que la tutela judicial compete al Juez Central de Instrucción.”

*predeterminado por la Ley»,...pero también indica que dicho «Juez ordinario» es el que se establezca por el legislador. ... De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta... que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado». ...La Constitución prohíbe Jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas. Resulta evidente que el legislador estatal al establecer la planta orgánica de los Tribunales ha de tener en cuenta y respetar la estructura autonómica del Estado y el reconocimiento constitucional de la existencia de los Tribunales Superiores de Justicia, pero la actuación de éstos presupone la radicación en el territorio de la Comunidad del órgano competente en primera instancia. Existen supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versan, por la amplitud del ámbito territorial en que se producen, y por su transcendencia para el conjunto de la sociedad, pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado, sin que con ello se contradiga el art. 152.1 de la Constitución ni los preceptos estatutarios que aquí se alegan, ni tampoco el art. 24.2 de la Constitución. En efecto, tanto **los Juzgados Centrales de Instrucción como la Audiencia Nacional son orgánica y funcionalmente, por su composición y modo de designación, órganos judiciales «ordinarios»**, y así ha sido reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe (de 16 de octubre de 1986) sobre el caso BARBERA y otros, en el que se afirma: «la Comisión comprueba que la Audiencia Nacional es un Tribunal ordinario instituido por un Real Decreto-ley y compuesto de Magistrados nombrados por el Consejo General del Poder Judicial».*

Finalmente, fue la LOPJ la que en 1985 (BOE nº 157 de 2 de julio de 1985) recogió en su art. 62 la Audiencia Nacional, atribuyéndole las competencias previstas en su art. 65; en concreto en la cláusula abierta de su entonces número 6º (“De cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes”; hoy 7º tras la LO 5/2003) se residenciaba la competencia en materia de delitos de terrorismo, por efecto del Real Decreto-Ley, el 3/1977, de 4 de enero, amplió sus competencias en esta materia con la promulgación del Real Decreto-Ley 21/1978, de 30 de junio y por las normas que lo fueron sucediendo. Posteriormente será la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal —que introdujo el art. 384 bis LECrim—, la que establezca que

“Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores. La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial”.

Ya tras la LOPJ, la STC 56/1990 (Pleno), de 29 marzo, Ponente Eugenio Díaz Eimil, FJ 36, concluye:

“Los arts. 117.3 y 4 de la Constitución desarrollan el principio consagrado en el art. 24.2 C. E. en relación con el «derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley», lo que significa desde luego garantía para el justiciable de una predeterminación del órgano judicial que ha de instruir, conocer y decidir sobre su posible responsabilidad criminal, pero también indica que dicho «juez ordinario» es el que se establezca por el legislador, si orgánica y funcionalmente merecen tal consideración como ocurre con los Juzgados Centrales de Instrucción y Audiencia Nacional, como expresamente reconoció la Comisión Europea de Derechos Humanos en su informe de 16 de octubre de 1986. 2) Los arts. 152.1 C. E., 14 EAV, 20 EAC no suponen que los órganos jurisdiccionales en la Comunidad Autónoma tengan que asumir todas las competencias en materia penal como se desprende de la expresión «en su caso» y de la exigencia de que para poder conocer de las «sucesivas instancias procesales» la primera de ellas ha de estar atribuida a órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma (art. 152.1 párrafo tercero). 3) El carácter de los delitos atribuidos a la Audiencia Nacional (Juzgados Centrales de Instrucción y Juzgados Centrales de lo Penal), su complejidad y sus conexiones, y su finalidad encaminada a perturbar el orden constitucional han determinado normas de atribución competencial que también han existido y existen para otros hechos delictivos de especial significación, que suponen una singularidad respecto de la norma de atribución de la competencia criminal por el lugar que se comete el delito. Tales normas se enmarcan en la regulación general del ius puniendi y de las competencias generales de

Justicia para el conocimiento de los hechos delictivos que corresponde al Estado (art. 149.1.5 y 6). Consecuentemente, los arts. 14.1 b) EAPV y 34.1 EAC no eliminan la posibilidad de que cuando razones institucionales lo justifiquen, el ordenamiento jurídico, sin lesión alguna constitucional o estatutaria, pueda residenciar el conocimiento en un órgano central, aunque el asunto comprenda puntos de conexión con el referido ámbito territorial. 4) Resulta evidente que el legislador estatal al establecer la planta orgánica de los Tribunales ha de tener en cuenta y respetar la estructura autonómica del Estado y el reconocimiento constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia, pero la actuación de éstos presupone la radicación en el territorio de la Comunidad del órgano competente en primera instancia. Existen supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versan, por la amplitud del ámbito territorial en que se producen, y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, puedan hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y el enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado, sin que con ello se contradiga el art. 152.1 C. E. ni los preceptos estatutarios que se alegan, ni tampoco el art. 24.2 C. E.”.

Si bien cuenta con el voto particular de Gimeno Sendra, quien discrepa:

“de la voluntad mayoritaria de este Tribunal en torno a la enunciada competencia de la Audiencia Nacional, cuya subsistencia, en mi opinión, vulnera los arts. 24.2, 17.4.º, 120.1.º y 152.1.º, II y III, de la Constitución, así como los arts. 20.1.º, b) EAC y 14.1.º b) y 34.1.º EAPV. Infringe, en especial, el derecho al Juez legal, porque este derecho fundamental no puede entenderse como un mero derecho «de configuración legal», si así fuera, podría el legislador estatal disponer a su antojo sobre la constitución y configuración de los órganos judiciales. Pero, por «juez ordinario el predeterminado por la Constitución, que es la primera Ley que han de cumplir todos los poderes públicos. Pues bien, nuestra Ley Fundamental exige, en su art. 152, que las sucesivas instancias procesales se agoten ante los órganos judiciales del respectivo Tribunal Superior, con lo que naturalmente viene también a proscribir la posibilidad de que el legislador ordinario pueda, sin causa justificada, sustraer de la competencia de los órganos judiciales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de determinadas materias en primera instancia. La necesidad de que esta sustracción de la competencia goce de una justificación objetiva y razonable la corrobora el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la que el juez territorialmente competente lo ha de ser el del locus delicti. Este criterio

del juez legal «natural», no sólo no ha sido restringido por la Constitución, sino, antes al contrario, goza de una protección reforzada por el propio art. 24.2.º, en su manifestación de derecho «a un proceso público con todas las garantías», y por el art. 120.1.º de la C. E. En efecto, son razones de inmediación del órgano judicial con las fuentes de prueba y la necesidad de potenciar al máximo el principio de publicidad del juicio oral las que han de obligar al legislador estatal a fundamentar muy rigurosamente cualquier derogación al derecho de todo ciudadano a ser juzgado por el Juez o Tribunal del lugar de comisión del delito. Pero, como quiera que el propio legislador ordinario tiene sus propias dudas acerca de la justificación objetiva de, al menos, la competencia de la A. N. en materia de terrorismo (tal y como lo demuestra la simple lectura de la disposición transitoria de la L. O. 4/1988, en cuya virtud «la legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial»), he de discrepar respetuosamente del criterio sustentado por la mayoría.”

El art. 65 LOPJ sería modificado posteriormente por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal («BOE» núm. 313, de 30 de diciembre de 1988), para, en el marco de la diferenciación orgánica de las funciones de instrucción y enjuiciamiento, crear los Juzgados Centrales de lo Penal; por la LO 7/2000, para introducir los Juzgados Centrales de Menores; y por la LO 5/2003, para introducir los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria.

Con anterioridad a 2003, la competencia atribuida a los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria recaía en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria ordinarios. El proceso hacia la centralización fue paulatino, muy influido por acontecimientos concretos de gran repercusión pública y animado políticamente de forma evidente por la intención de control por el poder ejecutivo.

El control centralizado de las resoluciones atribuidas a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria territorialmente competentes comenzó años antes —como suele suceder, a resultas de decisiones judiciales incómodas al poder ejecutivo y que, de forma más o menos relacionada, generan “alarma social” o

repercusión mediática— a raíz de la progresiones a tercer grado y libertades condicionales de ex miembros de ETA como Ramón Gil Ostoaga²⁹⁶, José Ramón Basauri Pujana²⁹⁷, José Miguel Latasa, Isidro Etxabe o Jon Urrutia por parte de la Juez de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, Ruth Alonso²⁹⁸, que habría tomado casi 90 medidas semejantes a la largo de 12 años²⁹⁹.

Hasta 2002, las resoluciones de los juzgados de vigilancia penitenciaria eran recurridas ante la Audiencia Provincial territorialmente competente en función del lugar de cumplimiento de la pena, conforme a lo prescrito en el art. 82.1.3º LOPJ. Según el entonces Vicepresidente y Portavoz del Gobierno, en octubre de 2002 ascendían a 16 los recursos contra sus resoluciones sobre el pase a tercer grado de los presos etarras. De los 16 casos de puesta en libertad de presos etarras, y que la fiscalía habría recurrido en su totalidad, se habrían resuelto nueve, seis en la Audiencia de Vizcaya, que le habría dado la razón a la fiscalía, y tres en la Audiencia de Guipúzcoa, que le habría negado la razón a la fiscalía en dos ocasiones y se la habría dado en una. Según la propia Juez³⁰⁰, “de los más de 60 grados y libertades condicionales concedidos desde 1992, el fiscal sólo ha recurrido a partir de 1998, obviando los más de 40 anteriores. De los 16 recursos

²⁹⁶ Excarcelado en octubre de 2002, apareció muerto poco después, al parecer por suicidio. La excarcelación dio lugar a una fuerte crítica el 25 de octubre de 2002 del entonces Vicepresidente y Portavoz del Gobierno Mariano Rajoy. El mismo día el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley que daría lugar con la LO 5/2003 a la creación de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria. Véase El País de 26 de octubre de 2002.

²⁹⁷ Auto de 10 de octubre de 2002.

²⁹⁸ Las decisiones de esta Juez fueron objeto de una fuerte polémica en los medios de comunicación, de la incoación y archivo de un expediente disciplinario por el CGPJ tras la excarcelación de Gil Ostoaga y de Acuerdos de apoyo por la Sala de Gobierno del TSJPV en 1995 y 2002. La presión mediática y el suicidio de Gil Ostoaga finalmente dieron lugar en 2002 a su baja por enfermedad y su alejamiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao durante bastantes años hasta 2007. Meses después de los hechos también se produjo el cese como Subdirector de quien había realizado los informes en los que se había basado la Juez (El País, 10 de enero de 2003).

²⁹⁹ Javier Pradera, El País, 3 de noviembre de 2002.

³⁰⁰ Entrevista en El País de 26 de octubre de 2002.

resueltos, la Audiencia vizcaína ha revocado seis; la de Guipúzcoa, uno. Álava, ninguno”.

Mientras se preparaba y tramitaba el proyecto de ley que daría lugar a la LO 5/2003, el primer paso fue la atribución judicial a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de la competencia para resolver los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (no será la primera vez que los órganos judiciales acudan en auxilio del legislativo).

La dicción original del art. 82 LOPJ establecía en su número 6º la competencia de las Audiencias Provinciales: “De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de penas.” Por LO 7/1988, de 28 de diciembre, se modificó el art. 82 LOPJ, pasando a decir el art. 82.1.3º que las Audiencias Provinciales conocerían en el orden penal: “De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas y del régimen de su cumplimiento, lo cual contradecía claramente la redacción de la Disposición Adicional Quinta LOPJ de 1985³⁰¹. En aplicación del citado art. 82.1.3º LOPJ, en su versión dada en 1988, los recursos de apelación contra las decisiones de los juzgados de vigilancia penitenciaria se resolvían por la correspondiente Audiencia Provincial. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Álava en su Auto de 2 de diciembre de 1999, Ponente Francisco José Picazo Blasco, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao de 2 de septiembre de 1999, dispuso: “devolver la presente causa al Juzgado de

³⁰¹ “1. El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria. 2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado. 3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.”

Vigilancia Penitenciaria de Bilbao a fin de que sea sustanciado el recurso interpuesto por el Ministerio fiscal mediante informe de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y nueve frente al auto dictado por dicho órgano de fecha dos de septiembre de ese mismo año conforme a lo argumentado en el fundamento único de esta resolución” en el sentido de que el recurso debería ser resuelto por el último tribunal sentenciador.

Recurrido en casación este Auto por la representación del preso —por vulneración de la norma competencial incluida en el artículo 82.1.3º de la LOPJ, que habría derogado tácitamente (como norma posterior, por su reforma parcial por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre) la Disposición Adicional Quinta, párrafo segundo, de la misma Ley, en la que se fundamentaba el Auto recurrido—, se resolvió en la STS 671/2002, de 9 de julio, Ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez, después de haberse suspendido el plazo para dictar la resolución a efectos de que el asunto fuera sometido a Pleno no jurisdiccional.

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su reunión de 28 de junio de 2002 (Acuerdo segundo del día), adoptó sobre la cuestión planteada expuesta el siguiente Acuerdo:

"Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria relativas a la clasificación de los penados son recurribles en apelación (y queja) ante el Tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena".

La STS 671/2002, de 9 de julio, Ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez, aplicó este Acuerdo³⁰², entendiendo que, en aplicación del:

"marco normativo en el que ha de decidirse el asunto suscitado por el recurso es el constituido por el art. 82.1.3º LOPJ en su redacción actual, debida a la Ley orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, en relación con la disposición adicional quinta, apartado 2, de la LOPJ", "que corresponde aplicar la Disposición adicional quinta,2 LOPJ, que aborda de forma específica el régimen de recursos contra las decisiones del Juez de vigilancia penitenciaria. Y hacerlo con el criterio de que los recursos contra

³⁰² JAÉN VALLEJO (2002, p. 1-3).

*las decisiones del Juez de vigilancia penitenciaria en cuestiones de clasificación del penado, en la medida que interesan directamente al régimen de ejecución de la pena, es decir, a la ejecución de lo juzgado*³⁰³ (art. 117,3 CE y art. 3, 1 y 2 Cpenal) son competencia del tribunal sentenciador. Y si esto ha de ser así con carácter general, más cuando la resolución de que se trate pueda llevar consigo la libertad condicional y, por consiguiente, la eventual aplicación de medidas de las previstas en el art. 105 Cpenal.”.

Con posterioridad, la sustanciación del recurso de apelación contra el Auto del JVP de Bilbao de 20 de marzo de 2002 (preso Francisco J. Etxeberria González), ya ante la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Ponente Javier Gómez Bermúdez), dio lugar a la revocación del Auto del Juzgado del 15 de diciembre de 2003³⁰⁴.

En consecuencia, las polémicas generadas desde el año 1995 a 2002 dieron lugar a una reinterpretación de la LOPJ, a la vez que se tramitaba la constitución de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria.

A partir de la valoración de la “mayor eficacia y operatividad en la represión de los delitos cuya competencia les ha sido atribuida (a la Audiencia Nacional)” el legislador consideró que:

“la limitación de las competencias del citado órgano jurisdiccional a la instrucción y enjuiciamiento de los delitos y, en especial, la desconexión entre aquellas funciones judiciales y las de ejecución de las penas impuestas puede estar produciendo en la actualidad una disociación no deseada que menoscaba la eficacia general de la política criminal. Para

³⁰³ Nótese la relevancia de estas consideraciones a efectos del régimen de aplicación temporal de las disposiciones que afectan a la clasificación, como se dirá posteriormente.

³⁰⁴ Aunque escapa de la cuestión competencial que se aborda en este momento, resulta de interés destacar el argumento de que la ley no solo exige vivir respetando la ley penal, sino que una vez cometido el delito y a efectos de progresión, “parece ineludible exigir el respeto y asunción de los derechos humanos básicos” “la asunción de los valores democráticos y positivos de la convivencia”.

*abordar la situación descrita se hace preciso crear los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria con el fin de conseguir una unificación de criterios en el marco del control de las penas en el ámbito de los delitos instruidos y enjuiciados por la Audiencia Nacional. Con esta medida se pretende evitar la disfunción que pudiera ocasionarse entre la centralización de la instrucción y el enjuiciamiento que corresponde a los órganos jurisdiccionales de la Audiencia Nacional y el control de la ejecución de las sentencias por los jueces de vigilancia penitenciaria en un ámbito y jurisdicción diferente a la que constituye el citado tribunal*³⁰⁵.

Resulta en cierta medida sorprendente que el legislador necesitara 26 años, desde que en 1977 se asignaron las competencias de instrucción y enjuiciamiento en materia de terrorismo a la recién creada Audiencia Nacional, para percibir la desconexión y las disfunciones a las que alude, por lo que se puede quizás elucubrar con que en 2003 las motivaciones inmediatas sean otras, y constatar que probablemente durante muchos años se concibió que la pervivencia del fenómeno terrorista no se prolongaría tanto como lo hizo, abordando la cuestión sobre todo durante los 80 con diversas normas provisionales, y no habiendo previsto que un día los terroristas cumplirían el límite de 30 años de cumplimiento efectivo (en realidad a poco más de los 20, según los casos), por lo que el aspecto de la ejecución de las penas no se comenzó a sentir como esencial hasta la segunda mitad de los 90.

El Proyecto de Ley presentado a las Cortes Generales el 25 de noviembre de 2002 (véase BOCG VII Legislatura Serie A Núm. 123.1 de 3 de diciembre de 2002), recogiendo las recomendaciones del Informe del CGPJ de 19 de noviembre de 2002, preveía un nuevo número en el art. 65 LOPJ entre las funciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y una nueva redacción de la Disposición Adicional Quinta LOPJ³⁰⁶:

³⁰⁵ Exposición de Motivos de la LO 5/2003.

³⁰⁶ Texto original del Proyecto: “5. Los apartados 1, 2 y 4 son aplicables a las resoluciones del Juez Central de Vigilancia Penitenciaria. Las resoluciones del Juez Central de Vigilancia Penitenciaria que versen sobre el régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado 2 serán recurribles en apelación o queja ante la Audiencia Nacional, cualquiera que

El Ministro de Justicia, José María Michavila, al presentar el proyecto a las Cortes (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Sesión Plenaria nº 217 de 13 de febrero de 2003) afirmaba que:

“La iniciativa que el Gobierno traslada a la Cámara, y que espero cuente hoy con el voto favorable de una amplia mayoría de esta Cámara, viene amparada por la Constitución, por el sentido común y por el deseo de seguir fortaleciendo nuestro Estado de derecho, nuestra democracia en la lucha contra el terrorismo y contra la criminalidad más grave. Ese impulso de una democracia que sin complejos sabe promover instrumentos jurídicos para cerrar espacios a la impunidad de los terroristas o de quienes cometen los delitos más graves, ese impulso de una democracia que articula instrumentos para, sólo desde el Estado de derecho, pero con todo el Estado de derecho³⁰⁷, luchar contra el terrorismo y quienes cometen delitos más graves, es un esfuerzo compartido por la inmensa mayoría de esta Cámara... un texto legislativo que supone un nuevo paso de nuestra democracia en esa dirección, como en su momento lo pudo suponer la Ley de partidos políticos o la reforma del Código Penal para tipificar el terrorismo callejero... En el orden penal, ese hacer ejecutar lo juzgado se traslada a los órganos jurisdiccionales a los que corresponde la tutela del cumplimiento de la ejecución de las condenas judiciales. Pues bien, señorías, nuestra democracia, nuestro Estado de derecho, en el sistema de jurisdicción ordinaria, en el sistema del juez predeterminado por la ley, cuenta con un instrumento, con la Audiencia Nacional, que se constituye sin duda en pieza básica, esencial y también ejemplar, en la acción de nuestros fiscales y de nuestros jueces para luchar contra el terrorismo y contra la criminalidad más grave... llega la hora también de impulsar que esa última fase, que es la de

fuere el órgano sentenciador, siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. 6. Se aplicará a los recursos lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien sólo podrán concurrir el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional, sin que estos últimos precisen de asistencia letrada o representación por Procurador en cuanto al recurso de reforma. En todo caso, el Fiscal será parte en cuantos recursos se prevén en la presente disposición.”

³⁰⁷ Expresión vacía y recurrente utilizada con frecuencia por el Ministro, como la de “toda la Constitución, solo la Constitución pero toda la Constitución”.

hacer ejecutar lo juzgado³⁰⁸, también se atribuya a la Audiencia Nacional. Esta es una vieja propuesta, señorías, hecha ya en la memoria de la Fiscalía General del Estado en el año 1989, por el entonces fiscal general del Estado...”

Sin embargo, de los acontecimientos que rodearon el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 28 de junio de 2002 y la tramitación del proyecto que daría lugar a la LO 5/2003 y del Diario de Sesiones referido se puede concluir con claridad el importante papel que jugó la polémica por las excarcelaciones. El Informe del CGPJ al Anteproyecto, conforme al plazo de urgencia del art. 108.2 LOPJ, emitido el 19 de noviembre de 2002, fue favorable.

El resultado es la legislación actualmente vigente, salvo el efecto suspensivo de los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal contra resoluciones que supongan excarcelación, introducido por la LO 7/2003³⁰⁹, y la existencia de un único JCVP, como estableció el Anexo X de la LO 5/2003.

El Acuerdo de 29 de mayo de 2003, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye las funciones del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria (BOE nº 130 de 31 de mayo de 2003) acordó atribuir al titular del Juzgado Central de Menores las funciones del Juzgado

³⁰⁸ Las funciones de ejecución no atribuidas a los Juzgados de Vigilancia Penitencia por el art. 76.2.a LOGP siempre fueron competencia de la Audiencia Nacional. La reforma afectaría a resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan, aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena, aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días, resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias, resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado y acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

³⁰⁹ Lo cual ya fue recomendado por el GGPJ en su Informe de 19 de noviembre de 2002 al Anteproyecto de la LO 5/2003.

Central de Vigilancia Penitenciaria, en régimen de compatibilidad; habiendo sido titulares desde entonces José María Vázquez Honrubia, Javier Gómez Bermúdez y José Luis Castro Antonio, desde noviembre de 2004, con el refuerzo actualmente de Reyes Jimeno Gutiérrez.

Puede que, como afirma RACIONERO CARMONA (2003a, p. 1), la designación de un juez concreto, el entonces Juez Central de Menores, como Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, hubiera conculcado el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, si bien posteriormente, al cubrirse la plaza por José Luis Castro Antonio por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 2 de noviembre de 2004, y como consecuencia del concurso publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el día 1 de octubre de 2004, dicha tacheta original se desvaneciera.

Esta creación y atribución competencial del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria ha merecido algunas críticas³¹⁰, incluso en punto a su constitucionalidad, como su distanciamiento con el mandato de reeducación y reinserción social de los penados del art. 25.2 CE o la vulneración del derecho al juez natural y con la individualización del tratamiento, y la ausencia de una regulación procesal. Coincido en que no son críticas asumibles pues nada empece la atribución competencial a la reeducación y reinserción social, pues tan juez natural puede ser el JCVP como el conjunto de la AN y porque la ausencia de regulación procesal es sin duda una grave laguna, pero en todo caso es una carencia común a cualquier juzgado de vigilancia penitenciaria. Para LAMARCA PÉREZ (2013, p. 41) conculca el derecho al juez predeterminado por la ley y el principio de inmediación penal.

Sí que creo no obstante que cabe hacer tres críticas. Por un lado, que la atribución de las competencias del art. 76 LOGP se realice a un órgano tan alejado físicamente. El JCVP, con competencia sobre todo el territorio nacional, tiene evidentes dificultades para asumir toda la carga de trabajo que implica el seguimiento de la ejecución de todas las penas de prisión impuestas por la AN,

³¹⁰ Véase RACIONERO CARMONA (2003a, p. 2).

repartidas por todos los centros penitenciarios de la península e ínsulas. Además del evidente problema de la carga de trabajo —que se ha pretendido solucionar con la dotación de una magistrada de refuerzo en lugar de crear un segundo juzgado central de vigilancia penitenciaria— la lejanía física implica, por un lado, la dificultad que supone para la intermediación en el conocimiento de las instalaciones penitenciarias, las juntas de tratamiento, los profesionales y oír las quejas y demandas de los reclusos y en consecuencia la toma de decisiones, por otro lado, que el titular del JCVP pase muchos días fuera del juzgado visitando prisiones, lo que disminuye el tiempo que se dedica a aliviar el exceso de carga de trabajo y disminuir los tiempos de respuesta judicial (se viene tardando un mínimo de 6 meses en resolver un queja contra la denegación de un permiso o de 1 año para un recurso contra el mantenimiento en segundo grado). También MANZANARES SAMANIEGO (2008, p. 248) valora que se rompe la aconsejable cercanía espacial del JVP.

En segundo lugar, la pretensión de control de la ejecución penitenciaria de las penas de los condenados por terrorismo ha dado lugar a centralizar dichas funciones en relación con todos los delitos enjuiciados en la AN, lo que produce para estos otros presos una lejanía y unos retrasos que han debido asumir como una especie de “daño colateral”.

Y en tercer lugar, y en mi opinión más importante, la asunción de estas funciones en exclusiva por un solo juzgado, además ocupado por un solo titular durante más de una década, y en apelación por una sola sección de la AN, y en sus funciones por un reducido grupo de fiscales de la AN, facilita enormemente la eficacia de la presión política y mediática y por tanto compromete seriamente la independencia judicial, lo cual se demuestra a mi juicio no solo a la vista de episodios como el de la libertad condicional concedida a Uribe Etxebarria Bolinaga o la acumulación de las condenas francesas con las condenas españolas, sino a la vista del cambio de orientación en las resoluciones del JCVP desde 2012 y del seguidismo del JCVP respecto al criterio de instituciones penitenciarias³¹¹ hasta

³¹¹ Véase <http://www.elcorreo.com/vizcaya/v/20110606/politica/constitucional-declara-insumiso-juez-20110606.html> . Como muestra véase la STC 171/2013, de 7 de octubre de 2013, FJ 4º in fine (BOE 267, de 7 de noviembre de 2013) y sobre todo la STC 59/2011, de 3 de mayo, FJ 6º (BOE 124, de 25 de mayo de 2011): “habida cuenta de que uno de los argumentos

que no haya una resolución en sentido contrario de la Sala de lo Penal en apelación.

utilizados en la demanda de amparo para justificar la especial trascendencia constitucional de este recurso de amparo ha sido, precisamente, en los términos de la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria y que, además, en este caso el órgano judicial incurre en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta necesario hacer un pronunciamiento sobre el particular. Como se ha expuesto, el recurrente ha fundamentado esta vulneración en el carácter estereotipado de las respuestas judiciales dadas a los recursos del interno frente a la sanción impuesta y la circunstancia de que a pesar de que se hubieran alegado vulneraciones de derechos fundamentales en la tramitación del procedimiento sancionador ninguna referencia o valoración se hiciera de los mismos. Acreditada la realidad de ambos aspectos que se ponen de manifiesto en el relato de antecedentes, es claro que el órgano judicial, conforme a doctrina constitucional muy reiterada, ha incurrido en una flagrante incongruencia omisiva, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (por todas, STC 77/2008, de 7 de julio, FJ 5). Esta incongruencia judicial es tanto más grave en la medida en que, en primer lugar, ha tenido lugar en el control jurisdiccional del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración; en segundo lugar, que esa potestad se estaba ejerciendo en el marco de una relación penitenciaria; en tercer lugar, que ha recaído sobre pretensiones consistentes en que se declararan vulnerados derechos fundamentales; y, por último, que habiendo sido puesta de manifiesto dicha incongruencia de manera expresa en el recurso de reforma, la respuesta dada a esa denuncia ha sido, de nuevo, estereotipada, dejando imprejuzgadas las vulneraciones constitucionales aducidas. En concreto la respuesta ha sido que «las alegaciones contenidas en el escrito del recurrente no aportan hechos, razones o argumentos distintos de los ya expuestos en el recurso de alzada sino que contienen una interpretación subjetiva y diferente de los hechos o la valoración jurídica que se hace en el auto recurrido, por lo que procede su desestimación»».

D. La víctima en el procedimiento de ejecución de la pena

El Derecho Internacional no contiene normas cuyo objeto específico sean las víctimas de terrorismo, más allá de las escuetas “Líneas directrices sobre la protección de las víctimas de actos terroristas” adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de marzo de 2005³¹².

Respecto de las víctimas de los delitos en general, con el antecedente de la DM de 15 de marzo de 2001, sobre la situación de las víctimas en los procesos penales, la referencia europea es la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Además de ser *ius cogens* para los estados miembros de la UE, integra las normas de Derecho Internacional relativas a víctimas de distintos delitos.

El ordenamiento jurídico español reconoce a las víctimas del terrorismo un conjunto de derechos más completo que el de las normas anteriormente citadas³¹³. Además de la Ley estatal 29/2011, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, se cuentan distintas leyes de las comunidades autónomas³¹⁴. Entre ellas destaca la Ley 4/2008 de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que, yendo más allá de lo relativo a la asistencia, ayudas, indemnizaciones o derecho en el tratamiento de la información, como es habitual en esta clase de normas, se inspira en distintos documentos internacionales sobre la materia y establece medidas relativas a los derechos de

³¹² Véase una descripción de la evolución normativa internacional en materia de víctimas de delitos en GÓMEZ ISA, en BILBAO ALBERDI (2014, pp. 11-12) y en CHOZAS ALONSO (2015, pp. 198-209).

³¹³ CHOZAS ALONSO (2015, p. 209) entiende que la víctima ostenta en España una posición reforzada en el ámbito comparado por la existencia de la acusación particular.

³¹⁴ Así entre otras: la Ley 10/2010 de la Comunidad Autónoma —CA— de Andalucía, la Ley 4/2008 de la CA de Aragón, la Ley 12/1996 de la Comunidad de Madrid, Ley Foral 9/2010 de la Comunidad Foral de Navarra, Ley 1/2004 de la CA Valenciana, Ley 6/2005 de la CA de Extremadura, Ley 7/2009 de la CA de la Región de Murcia.

las víctimas. Derechos y principios de las víctimas que enuncia tales como la justicia, dignidad, reparación y participación; derechos de las víctimas y la sociedad: verdad y memoria; así como de la ciudadanía vasca: paz, libertad y convivencia. Pero, como veremos seguidamente, los derechos relativos al proceso penal y a la ejecución penal no se encuentran en las normas autonómicas por ser materia ajena a sus competencias.

Los derechos de las víctimas de delitos de terrorismo relativos al proceso penal y a la ejecución penitenciaria son, en lo fundamental, los siguientes:

a.- Derechos relativos al proceso penal:

- Derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 48 Ley 29/2011).
- Derecho a distintas medidas para la mínima lesividad en la participación en el proceso (art. 49 L. 29/2011).
- Derecho a recibir información³¹⁵ especializada sobre el estado de los procedimientos en los que son parte y las acciones judiciales que pudieran emprender (art. 50 L. 29/2011).
- Derecho de acompañamiento personal a los juicios relativos a los actos terroristas de los que traigan causa los afectados (art. 51 L. 9/2011).
- Derecho a ser parte como acusación particular, individual o conjuntamente con otras víctimas (arts. 109, 110 LECr.).
- Derecho de las asociaciones de víctimas a ser parte como acusación popular (art. 125 CE, 101 LECr.).

b.- Derecho de participación de las víctimas en la ejecución de las penas privativas de libertad:

³¹⁵ Sobre el derecho a la información en la fase de ejecución, véase el documento de la Fiscalía General del Estado, Información para la protección y seguridad de las víctimas en la ejecución de algunos procesos penales, en www.fiscal.es.

- Derecho a la información sobre todo lo relacionado con la ejecución penitenciaria, especialmente, de la concesión de beneficios y excarcelación (art. 51 L. 29/2011).
- Derecho a ser oídas, si están constituidas en parte, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria antes del Auto de aplicación del régimen general de cumplimiento en los casos en que la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas (art. 78. 3 CP).
- Derecho a ser oída en la tramitación de indultos (art. 24 Ley de Indulto).

c.- Derecho de participación de las víctimas en la ejecución de la medida de libertad vigilada:

- Derecho a ser oídas, si están constituidas en parte, antes del auto de mantenimiento, cese o sustitución de la medida (art. 98. 3 CP).
- Derecho de las víctimas a ser oídas, aunque no estuvieren personas, si lo solicitaren (art. 98. 3 CP).

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (BOE de 28 de abril de 2015, nº 101; con entrada en vigor el 28 de octubre de 2015), en adelante LEVD, incrementa los derechos reconocidos a las víctimas:

- Derecho a recurrir, aunque no fueran parte en la causa³¹⁶, los autos:
 1. de aplicación del régimen general de cumplimiento en los casos en que la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas (art. 13.1.a)³¹⁷.

³¹⁶ Pero sí hubieran solicitado, conforme a la letra m) del artículo 5.1, que les fueran notificados.

³¹⁷ La enumeración de los delitos es bastante absurda porque el propio art. 36.2 excluye la aplicación del régimen general en varios de los delitos contemplados en este art. 13.1, como es el caso del terrorismo.

2. de aplicación del régimen general de cumplimiento previsto en el art. 78.3 CP³¹⁸ en los delitos previstos en el art. 13.1ª LEVD o cometido en el seno de una organización criminal (art. 13.1.b)
 3. de libertad condicional cuando se trate de algunos de los delitos del art. 36.2, II o del art. 13.1.a LEVD, entre los que se cuentan los delitos de terrorismo (art. 13.1.c).
- Derecho a interesar respecto de los puestos en libertad condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la Ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando se trate de condenados por delitos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima (art. 13.2.a).
 - Derecho a facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles o el comiso (art. 13.2.b).

El ATC 373/1989, de 3 de julio, estableció que la acusación particular no ostenta ningún derecho ni interés legítimo en la forma de ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al condenado. Sin embargo, un sector importante de la doctrina venía entendiendo que debiera darse un mayor protagonismo a la víctima en esta materia y se han inclinado en este sentido la LO 7/2003, la Ley 29/2011 y finalmente se ha concretado en la Ley 4/2015³¹⁹.

La Exposición de Motivos de la LEVD (punto VI) justifica la participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad del siguiente modo:

“El Estado, como es propio de cualquier modelo liberal, conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es

³¹⁸ La LO 1/2015 ha eliminado el art. 78.3 CP 2003, por lo que la referencia habrá de entenderse hecha al art. 78.2 CP.

³¹⁹ Recuérdese que ya desde 2003, en la LO 15/2003 se aprovechó para rectificar la LORRPM de 2000 al introducir la acusación particular en el procedimiento de menores (reforma de los arts. 8 y 25 LORRPM) con competencia para participar incluso en la ejecución de las medidas juveniles.

incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave, facilitar información que pueda ser relevante para que los Jueces y Tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso ya acordados, y solicitar la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima. La regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado.”

Ya la LO 7/2003 prestaba una mayor atención a los intereses de la víctima, al establecer como requisito para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito (arts. 72.5 LOGP y 90.1.II CP respectivamente), privilegiadamente para los delitos de terrorismo por efecto del art. 72.6º LOGP. Pero como esta satisfacción ha de entenderse matizada por la capacidad real, presente y futura, del condenado, es previsible que la falta de recursos del condenado dé lugar a que en la práctica las diferencias con la situación anterior no vayan a ser apreciables.

Esta ley, sin embargo, no introducía en la ejecución penitenciaria, más allá de lo relativo a la responsabilidad civil, ningún contenido reparador inspirado o propio de la justicia restaurativa y dirigido a la satisfacción moral o simbólica de la víctima. Tan sólo se hacía referencia a la solicitud de perdón a la víctima al referirse, como se ha indicado, a la declaración expresa del penado como forma de acreditar el cumplimiento de algunos de los requisitos de acceso al tercer grado o a la libertad condicional.

El art. 51 de la Ley 29/2011 fija como una de las funciones de la Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional “establecer cauces de información a la víctima de todo lo relacionado con la ejecución penitenciaria, hasta el cumplimiento íntegro de las penas. Particularmente, en los supuestos que supongan concesión de beneficios o excarcelación de los penados”. El citado precepto, por tanto, establece un auténtico derecho a la información sobre esta materia, que en sí mismo

únicamente permite un control de la política penitenciaria en materia antiterrorista por parte de la víctima o víctimas.

La LEVD da un paso más. Como se ha indicado, las víctimas tienen derecho a realizar alegaciones antes de que el Juzgado tenga que dictar alguna de las resoluciones referidas (art. 13.3º), a recurrir determinados autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 13.1º), a interesar que por razones de seguridad se impongan medidas o reglas de conducta a los que accedan a la libertad condicional (art. 13.2º.a) y a facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles o el comiso (13.2º.b).

Estas pautas no responden ni a lo dispuesto por la Directiva 2011/29/UE³²⁰, ni a la jurisprudencia del TEDH (Caso Pérez c. Francia 2004) ni del TJUE (Sentencia M. Güeye y V. Salmerón Sánchez, 15 setiembre 2011). La doctrina mayoritaria se ha mostrado crítica con lo prescrito en el art. 13.1º por considerar que el acceso a uno u otro grado debe responder a los criterios propios de la resocialización y no a la satisfacción de la responsabilidad civil, que podría efectuarla incluso un tercero, y también con la última por entender que no se puede entregar a las víctimas una atribución poco compatible con la filosofía del Estado de Derecho.

Sin embargo se dice que la adopción de la LEVD trae causa en las obligaciones impuestas por la legislación comunitaria, en particular, por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, directiva que debía ser transpuesta por el legislador español antes de 16 de Noviembre de 2015.

El origen de la aprobación de esta Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, está en una serie de documentos comunitarios. En primer lugar, es preciso hacer mención a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo,

³²⁰ A juicio de CHOZAS ALONSO (2015, p. 238) se supera con creces las previsiones de la Directiva.

de 15 de marzo de 2001³²¹, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas, incluyendo el esencial derecho de protección e indemnización.

En el año 2009 la Comisión Europea informó de que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima y destacó la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos de la decisión marco.

Las instituciones europeas estimaron conveniente reforzar los derechos de la víctima, así como contar con un marco de protección en la Unión Europea. En este contexto se aprueba la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo³²².

El plazo concedido por esta directiva para la incorporación al Derecho interno se extiende hasta el 16 de noviembre de 2015. Sin embargo, como esta norma europea está precedida de otras anteriores que requerían una transposición en fechas más cercanas, incluso ampliamente superadas, el legislador ha optado por realizar esta tarea en el texto de la ley aquí objeto de estudio.

La legislación española existente hasta la aprobación de la Ley 4/2015 contaba con un marco normativo garante de ciertos derechos contemplados para las víctimas. Sin embargo, estos eran exclusivamente procesales o bien se centraban en algunos tipos muy concretos de víctimas conforme a su normativa particular. Entre la legislación existente, al margen de la LECrim, hasta la

³²¹ Decisión Marco del Consejo de 15 de Marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), DOCE L82 de 22 de marzo del 2001.

³²² Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 octubre 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, DOUE L315 de 14 de Noviembre de 2012.

aprobación de la referida ley los derechos de las víctimas se recogían en las siguientes normas:

- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- La Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

Finalmente el legislador español, con el objetivo de cumplir las exigencias de la UE aprobó recientemente la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito. En términos generales, la ley sigue las líneas que traza la Directiva 2012/29/UE, aunque en su exposición de motivos afirma que “trata de ser más ambicioso”, ya que prevé medidas y derechos para abordar la situación “de las víctimas de delitos relacionados con el tráfico, delitos con multitud de afectados y otros colectivos” que no contempla la directiva.

Esta norma, a la vez que traspone la Directiva de 2012, sirve también para trasponer otras anteriores que estaban, en parte, pendientes de cumplimiento; así, la Directiva general sobre normas mínimas de apoyo y protección a las víctimas, 2012/29/UE, de 25 de octubre, y las Directivas específicas 2011/36/UE contra la trata de seres humanos, y 2011/92/UE contra el abuso sexual infantil, la explotación sexual y la pornografía infantil.

La finalidad del Estatuto de la víctima del delito sería ofrecer a la víctima, desde los poderes públicos, una respuesta tanto jurídica como social, y tanto procesal como extraprocesal, minimizadora de otros efectos traumáticos que su contacto con las instituciones públicas le pudiera generar.

De conformidad con la función que se asigna al Estatuto de la víctima, se puede afirmar que pretende presentarse como el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos (manteniéndose las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad, como por ejemplo menores o discapacitados).

Por otro lado, se establece un concepto amplio de víctima de delito, que comprende a la víctima directa, pero también a víctimas indirectas, como familiares o asimilados.

En cuanto a la protección y apoyo a la víctima, no es únicamente procesal sino que cobra una dimensión extraprocesal. Para ello, se le ofrecerán a la víctima las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos. Se pretende reducir trámites que supongan una victimización secundaria, reduciendo, por ejemplo, el número de interrogatorios a los que se somete a las víctimas, otorgándoles una información de sus derechos y los servicios que le corresponden eficazmente. Las medidas de protección se extremarán en el caso de víctimas especialmente vulnerables, con un régimen asistencial y jurídico más individualizado (menores, víctimas de delitos sexuales, de trata de seres humanos, terrorismo, violencia sobre la mujeres...). Además, con el fin de facilitar que se encuentre arropada, desde el punto de vista personal, toda víctima puede hacerse acompañar por la persona que designe, sin perjuicio de la intervención de abogado cuando proceda, en sus diligencias y trato con las autoridades.

Los derechos que recoge la ley serán de aplicación a todas las víctimas de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de la nacionalidad de la víctima o de si cuentan o no con la residencia legal.

Como podemos observar, la ley española amplía el concepto de víctima³²³ recogido en la Directiva de 2012, ya que extiende el concepto, incluyendo

³²³ Conforme al art. 2, “Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

1º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera

también la víctima indirecta, en los casos de desaparición y no únicamente de muerte.

De todas las novedades de la LEVD, la que mayor controversia ha generado es el mencionado art. 13. Para el análisis de estos derechos es imprescindible tomar como referencia los comentarios que realizan las Vocales del CGPJ Roser Bach Fabregó y María Concepción Sáez Rodríguez en su voto particular al Informe del CGPJ sobre Anteproyecto de Ley del Estatuto de la víctima de 31 de enero de 2014³²⁴.

En primer lugar, el voto particular emitido por las vocales citadas indica que la causa de la trasposición es proteger a las víctimas de los delitos; sin embargo, advierten de que esta protección no puede ser a costa de olvidarnos del infractor; que la participación de la víctima en la ejecución penitenciaria debería articularse desde los parámetros restaurativos contenidos en la Directiva y no desde objetivos meramente retributivos.

A pesar de lo señalado, afirma el voto particular que debe valorarse positivamente esta iniciativa legislativa. Los vocales se muestran firmemente convencidos de que reforzar los derechos de las víctimas de los delitos, ofrecerles apoyo y protección, en especial frente a la victimización secundaria y

estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.”

³²⁴ Voto particular que formulan las Vocales D^a Roser Bach Fabregó y D^a María Concepción Sáez Rodríguez, al acuerdo adoptado en el punto I-19º del Orden del día del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, celebrado el 31 de Enero de 2014, por el que se aprobó el Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Estatuto de las víctimas del delito, y al que se adherieron los/las Vocales D. Álvaro Cuesta Martínez, D^a Clara Martínez de Careaga García, D. Rafael Mozo Muelas, D. Enrique Lucas Murillo de la Cueva y D^a Mercé Pigem Palmés.

reiterada, facilitarles los medios para contribuir a su reparación material y su recuperación personal desde el propio sistema de justicia penal constituyen objetivos ineludibles para los poderes públicos en nuestro país.

El artículo 13 de la LEVD³²⁵, en cuanto a la participación de la víctima en la ejecución, constituye el objeto de análisis fundamental al objeto de este trabajo.

³²⁵ “1. Las víctimas que hubieran solicitado, conforme a la letra m) del artículo 5.1, que les sean notificadas las resoluciones siguientes, podrán recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa:

a) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos: 1.º Delitos de homicidio. 2.º Delitos de aborto del artículo 144 del Código Penal. 3.º Delitos de lesiones. 4.º Delitos contra la libertad. 5.º Delitos de tortura y contra la integridad moral. 6.º Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. 7.º Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación. 8.º Delitos de terrorismo. 9.º Delitos de trata de seres humanos.

b) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

La víctima deberá anunciar al Secretario judicial competente su voluntad de recurrir dentro del plazo máximo de cinco días contados a partir del momento en que se hubiera notificado conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 7.1, e interponer el recurso dentro del plazo de quince días desde dicha notificación. Para el anuncio de la presentación del recurso no será necesaria la asistencia de abogado.

2. Las víctimas estarán también legitimadas para:

a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima;

En primer lugar porque la satisfacción a las víctimas del terrorismo³²⁶ es una de las claves del papel otorgado a las víctimas, aunque no sean parte procesal, en la ejecución de las penas y ante el JCVP, por lo que se inserta en el marco político-criminal global estudiado en este trabajo. En segundo lugar, porque el art. 13 puede tener una influencia decisiva en la eficacia del mandato de reinserción social y en la actuación de los órganos judiciales en la materia. Aunque a juicio de GÓMEZ BENÍTEZ (2014, p. 8), al carecer las víctimas de la información necesaria para emitir un juicio razonado sobre la resocialización de los presos, no pueden cuestionar la procedencia de los informes técnicos y por tanto este art. 13 es una cuestión meramente simbólica.

Con este precepto se introduce una modificación sustancial en el régimen del cumplimiento de las penas privativas de libertad³²⁷, en cuanto que permite que

b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.

3. Antes de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria tenga que dictar alguna de las resoluciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, dará traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule sus alegaciones, siempre que ésta hubiese efectuado la solicitud a que se refiere la letra m) del apartado 1 del artículo 5 de esta Ley.”

³²⁶ Diario El País de 22 de marzo de 2012: “El Estatuto de la Víctima que prepara el Gobierno incorporará, según ha anunciado esta tarde el secretario general de Instituciones Penitenciarias, Ángel Yuste, en la Universidad San Pablo CEU durante el VII Seminario de Información, Víctimas y Terrorismo, la posibilidad de que las víctimas del terrorismo puedan recurrir las resoluciones del juez central de vigilancia penitenciaria sobre beneficios en prisión como permisos, libertades condicionales o la aplicación del artículo 100.2 del reglamento penitenciario, que permite que presos que no están clasificados en tercer grado puedan salir de prisión para estudiar o trabajar”.

³²⁷ NISTAL BURÓN (2015, p. 11): “No cabe duda que el protagonismo que puede asumir la víctima a partir de la entrada en vigor de esta Ley 4/2015, impugnando directamente resoluciones judiciales, aunque no esté personada y sin necesidad de abogado, así como solicitando medidas o reglas de conductas de la libertad condicional y aportando información relevante para la ejecución de la pena, de la responsabilidad civil o del decomiso, es una modificación de un enorme calado en el cumplimiento de la condena por cuanto desde la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre, la víctima no tenía voz alguna en la ejecución penal, en la idea de que el cumplimiento de las penas era una potestad exclusiva del Estado”. En NISTAL BURÓN (2009) ya apuntaba a unos principios rectores del papel que los intereses de la víctima deben tener en la fase penitenciaria de la ejecución penal, como

las víctimas tengan intervención en este ámbito, al conferirles la posibilidad de interponer recurso contra las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria referidas a beneficios penitenciarios, clasificación en tercer grado y libertad condicional, en determinados supuestos.

Las víctimas del terrorismo disfrutan de un conjunto amplio de derechos de conformidad con la normativa europea (Directiva 2012/29/UE) y estatal (con un estatus particular y reforzado en el caso de España: Ley 29/2011 y complementado por normas autonómicas).

En fase de ejecución, sin embargo, sus derechos deben configurarse y equilibrarse de tal manera que no interfieran en el proceso de reinserción. No existe impedimento alguno, todo lo contrario, a proveer en tal fase la información necesaria a las víctimas del delito y adoptar las medidas oportunas para que una eventual liberación —anticipada o no— no entrañe ninguna puesta en peligro o molestia a las mismas. Pero más allá de los derechos de información y las cautelas de seguridad, a mi juicio no resulta conveniente conceder a las víctimas la capacidad legal de bloquear el proceso de reinserción. En primer lugar porque ya está presente en el procedimiento el Ministerio Fiscal, presencia que entiendo suficiente y adecuada para proteger la legalidad, los intereses generales y los intereses de las víctimas del terrorismo³²⁸. Sin embargo para CHOZAS ALONSO (2015, pp. 239-240) es razonable que existan mecanismos de control del ejercicio y posible abuso del principio de oportunidad por el Ministerio Fiscal, dada su dependencia jerárquica de la Fiscalía General del Estado, y que las víctimas también pueden ser agentes de protección del interés general³²⁹.

Por otro lado, en mi opinión, dada la importante capacidad de presencia pública de algunas asociaciones de víctimas del terrorismo, en un futuro esto

instrumento idóneo para conseguir el objetivo resocializador encomendado a la pena privativa de libertad, encontrando un papel a la víctima en todas las fases penitenciarias y en relación con todos los aspectos de la ejecución penitenciaria.

³²⁸ Así mismo DOLZ LAGO (2009).

³²⁹ Quizás con esta reforma legal se pueda estar creando un obstáculo a un futuro cambio de rumbo en la política penitenciaria en relación con los penados por terrorismo..

añadiría presión mediática sobre eventuales procesos de reinserción, podría generar una grave presión sobre el órgano judicial que ha de tomar la decisión, podría dar lugar a desigualdades en la aplicación de la ley, así como a desiguales capacidades fácticas de actuación de las víctimas y eventualmente a una victimización secundaria de las víctimas que no vean acogidas sus pretensiones por el órgano judicial.

También CHOZAS ALONSO (2015, p. 238) entiende que esta participación de la víctima es absolutamente inusitada y afecta, pero no elimina, al monopolio estatal de la ejecución y a la eficacia de la resocialización del penado.

De forma complementaria a la idea señalada, no obstante, debe promocionarse en la fase penitenciaria cualquier comportamiento y actitud por parte de los autores del delito que potencialmente sea positivo y reparador para las víctimas. Programas generales de reparación material o simbólica, incluidas mediaciones o intervenciones en la línea de la justicia restaurativa [a pesar de que el art. 90.8º CP excluye expresamente para estos delitos premios en relación con la liberación condicional por participar en programas de este tipo], satisfacción de las responsabilidades civiles, incluso peticiones de perdón, asunción expresa y pública de responsabilidad, arrepentimiento y autocrítica por el daño causado... son todos comportamientos a promocionar y a valorar para la concesión de beneficios extraordinarios. No, por el contrario, como elementos a exigir de manera forzada y condicionada a que, de no darse, pudiera bloquearse el progreso a regímenes de semilibertad. La posibilidad, por tanto, de que la víctima pudiera personarse como parte en fase de ejecución con capacidad de impugnación de decisiones relativas a la libertad condicional (en punto a tercer grado no hay capacidad de incidencia porque no cabe renunciar el periodo de seguridad en delitos de terrorismo) debería contemplarse como una interferencia inaceptable en el derecho de reinserción.

Se trata de una modificación de gran envergadura, ya que desde la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de Septiembre, ha sido una cuestión pacífica que únicamente estén legitimados para recurrir el Ministerio Fiscal y el propio penado en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad.

Sin embargo, y siguiendo la opinión de las vocales antes citadas autoras del voto particular referido, debe criticarse este aspecto de la ley, pues mediante una

modificación aparentemente de carácter procesal, el legislador ha alterado de forma sustancial el ámbito subjetivo y sustantivo de decisión en esta materia. Es por ello que se oponen a esta regulación por las siguientes razones: En primer lugar, señalan que la regulación que se propone en este ámbito no viene impuesta por la Directiva que se transpone ni por la Decisión Marco que esta ha venido a sustituir. Cabe decir que no existen regulaciones similares en el Derecho comparado europeo. Además, la intervención de las víctimas en fase de ejecución no encuentra apoyo en la jurisprudencia de los tribunales europeos.

La participación de las víctimas en la fase de ejecución es una reclamación largamente reclamada por las asociaciones de víctimas, en particular del terrorismo. En parte se viene atendiendo, dado que algunas resoluciones, en virtud del art. 990 LECrim [*“El Secretario judicial pondrá en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito y, en su caso a los testigos, todas aquellas resoluciones relativas al penado que puedan afectar a su seguridad”*], introducido por el apartado ciento cincuenta y dos del artículo segundo de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial] se vienen comunicando por parte del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria a la Oficina de asistencia a las Víctimas del Terrorismo³³⁰ dependiente de la Audiencia Nacional en concesiones de permisos.

De acuerdo al imperativo del artículo 25.2 CE las penas deben estar orientadas en su ejecución a la reeducación y la reinserción social. De tal manera que la presencia activa de las víctimas en este delicado proceso nada

³³⁰ Art. 50.1 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo: *“1. Las Administraciones Públicas con competencia en materia de medios materiales sobre la Justicia, en colaboración con los órganos de gobierno del Poder Judicial, establecerán los mecanismos de información personalizada que permitan a las personas señaladas en el artículo 4 de la presente Ley conocer el estado de los procedimientos en los que son parte y, en su caso, de las acciones judiciales que pueden iniciar en defensa de sus derechos. Específicamente, el Ministerio de Justicia establecerá una Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo en la Audiencia Nacional”*. Cuenta con el refuerzo del Gobierno Vasco fruto del convenio de colaboración suscrito r por Gobierno Vasco y Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) para mejorar la atención personalizada, la información y el acompañamiento a las víctimas de atentados terroristas.

añade a su status y puede comprometer seriamente el cumplimiento de los fines constitucionales de la pena que está cumpliendo el reo, en su perjuicio y del resto de la sociedad.

La exclusión de la intervención activa de las víctimas en la fase de ejecución de las penas de prisión no implica en absoluto una situación de indefensión o desprotección para éstas, ya que la intervención del Ministerio Fiscal garantizaría la salvaguarda de sus intereses legítimos.

III. ACUMULACIÓN DE LAS PENAS Y CUMPLIMIENTO “ÍNTEGRO Y EFECTIVO”

A. Acumulación jurídica y máximo de cumplimiento efectivo

La acumulación jurídica de las penas, esto es, la fijación de límites máximos de cumplimiento en los casos de concurso real de delitos, como correctivo de la denominada acumulación material de los artículos 73 y 75 (cumplimiento simultáneo, y sucesivo cuando aquel no sea posible) se regula actualmente en el art. 76 CP³³¹.

Correctivo que tiene su antecedente más lejano en el art. 89 CP 1870, que determinaba el cumplimiento sucesivo conforme al orden de su respectiva gravedad:

“...por haber obtenido el indulto de las primeramente cumplidas o por haberlas ya cumplido”, con “un máximo de duración que no podrá exceder del triple del tiempo de la más grave, dejando de imponerle las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo del tiempo predicho. En ningún caso dicho máximo podrá exceder de 40 años. Para la aplicación de lo dispuesto en esta regla se computará la duración de la pena perpetua en treinta años”.

Ordinariamente esta acumulación se realiza en la propia sentencia en la que se imponen varias penas o en la ejecución de la sentencia. Cuando las penas se hayan impuesto en procedimientos diferentes, se requiere de un procedimiento especial que se regula en el tercer párrafo del art. 988 LECrim³³², que se

³³¹ Véase SANZ MORÁN (1986, pp. 150 y ss.) sobre las razones materiales de las limitaciones al concurso real: humanidad de las penas, unidad de la ejecución y resocialización y reinserción social.

³³² “Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17

resuelve por un Auto que dictará el último juzgado o tribunal sentenciador (o competente para la ejecución). Como es sabido, para que se puedan acumular jurídicamente penas impuestas en procesos diferentes es necesario que los hechos delictivos sean temporalmente conexos. En la reforma de 2015 desaparece ya el término conexidad pero manteniéndose el concepto jurisprudencialmente consolidado.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se observa una indeterminación terminológica al respecto; en ocasiones se denomina acumulación y en otras refundición. En mi opinión, el término correcto es el de acumulación, mientras que el de refundición ha de reservarse para la mera suma aritmética de las penas de prisión realizada por el establecimiento penitenciario a los únicos y exclusivos efectos de cómputo de la libertad condicional previsto en el art. 193.2 RP³³³, que se utiliza también para las decisiones administrativas y judiciales que requieren del cálculo de la cuarta parte, la mitad, los dos tercios, las tres cuartas partes, las cuatro quintas partes y las siete octavas partes; máxime cuando la comprensión de la institución ha evolucionado hacia el mantenimiento del alcance de la individualidad de cada pena impuesta, sin refundirse a efectos penales en una nueva sin perjuicio de la unidad de su ejecución como mera ficción necesaria³³⁴. La diferencia entre acumulación y

de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el Secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley.”

³³³ Véase, detalladamente sobre su práctica, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA – RODRÍGUEZ RAMÍREZ, 2011, pp. 426-427.

³³⁴ Como se ha dicho (MANZANARES SAMANIEGO, 2011, pp. 1-2), obviamente sería absurda la ejecución de cada pena de modo que cada una tuviera sus plazos de permisos, tercer grado y libertad condicional, teniendo que reingresar en prisión después de la primera libertad condicional para cumplir la segunda pena, con sus plazos para permisos, tercer grado y libertad condicional.

refundición por tanto está en que la primera comporta el establecimiento de un límite de cumplimiento inferior a la suma aritmética de las penas de la acumulación material. Entiendo que lo correcto, de acuerdo con la nomenclatura de la parte general del derecho penal, que denomina acumulación jurídica a la fijación de límites máximos de cumplimiento en los casos de concurso real de delitos, como correctivo de la denominada acumulación material de los artículos 73 y 75 (cumplimiento simultáneo y sucesivo, cuando aquel no sea posible) es emplear esta denominación para referirse al art. 988 LECrim y 76 CP³³⁵.

Cuando se cometen varios delitos con penas elevadas, la suma del tiempo a cumplir supone, en ocasiones, *de facto*, una prisión perpetua, en ocasiones no revisable. Para que ello no ocurra, toda vez que este tipo de pena está prohibida en las leyes, el Código Penal, en su vigente art. 76.1º, establece unos límites de

³³⁵ Así se denomina también en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2014, de 5 de diciembre, sobre acumulación de condenas.

Sin embargo, en un trabajo específico sobre la cuestión terminológica, DÍAZ GÓMEZ (2012, p. 321), con detallado estudio de las diversas posturas, llega a una discutible tercera vía: “como conclusión final a estas notas sobre los términos «acumulación» y «refundición» de penas, no se va a proponer la utilización de una u otra palabra para referirse a una u otra institución. Esto sólo serviría para añadir una pizca más de ruido al embrollo ya existente, respecto de unos términos que en realidad no terminan de ajustarse apropiadamente con ninguna de las figuras referidas. Por eso, posiblemente la mejor solución sea prescindir de ambas expresiones para denominar las instituciones de referencia, ya sea utilizando los preceptos correspondientes –artículo 76 CP o artículo 193.2 RP– u otras denominaciones alternativas. Entre estas alternativas, en relación con el primer precepto, podría encontrarse «límite máximo de cumplimiento» o, utilizando la terminología del antiguo artículo 70.2ª del Código Penal de 1973, «máximum de cumplimiento». También, de forma más precisa, haciendo uso de las palabras exactas del artículo 76 CP, «máximo de cumplimiento efectivo de condena». Respeto a la institución correspondiente al Reglamento Penitenciario, podría utilizarse «suma aritmética de las penas a efectos de aplicación de la libertad condicional», «suma unitaria de penas para ejecución penitenciaria» o «unidad punitiva penitenciaria», por ejemplo. Obviamente, no se trata de un elenco cerrado, pues las posibilidades y alternativas son cuantiosas. Lo que interesa destacar es que las denominaciones propuestas, y otras que se nos pudieran ocurrir, son compatibles entre sí, incluso simultáneamente, y además son más expresivas de su contenido que las tradicionales expresiones «acumulación» y «refundición», contribuyendo a superar la ya antigua confusión entre ambas”.

tiempo para el cumplimiento de las penas de prisión, a partir del cual, ya no se puede cumplir más. Estos límites son:

- a) Un límite relativo: el triple de la pena más grave.
- b) Unos límites absolutos: de 20, 25, 30 o 40 años.

Obviamente, estos límites solamente rigen para las penas de duración determinada, no para la prisión permanente. Para esta pena se ha añadido una letra e) al artículo 76 CP, para el caso de concurrencia de penas de prisión en el que al menos una de ellas sea la pena de prisión permanente, remitiéndose para el cumplimiento de estas penas a los artículos 92 y 78bis CP, en los que se determinan unos plazos de 18, 20, 22, 24 o 32 años para poder acceder al tercer grado (los dos últimos para los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de una organización criminal), según la duración de las penas en concurso, y de 25, 30, 28 o 35 años para la revisión de la pena, esto es, la libertad condicional o suspensión de la ejecución de la pena (los dos últimos para los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de una organización criminal), también según la duración de las penas en concurso. En la medida en que esta nueva pena de prisión permanente no afecta al núcleo central del objeto de este trabajo, la ejecución de penas por delitos de terrorismo de ETA, no se tendrá en cuenta.

Estas limitaciones alcanzan tanto a las penas principales como a las accesorias, toda vez que la expresión del Código (cumplimiento de la condena del culpable) abarca a toda clase de penas. Esta argumentación, junto al absurdo que sería una limitación de penas privativas de libertad y no en las de inhabilitación, es la utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (véase la STS de 7 de febrero de 1982).

Para la aplicación de esta regla tienen que existir varias acciones, constitutivas de delito. Es necesario que todos los actos delictivos sean cometidos por una misma persona (concurso real), pero no se exige que hayan

sido enjuiciados en un solo proceso, pudiendo serlo en distintos, si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.

Si bien la interpretación del requisito de la conexidad del art. 17 LECrim³³⁶, al que remite el art. 988 párrafo tercero LECrim, y del art. 70.2º CP 1973³³⁷ y 76 CP 1995³³⁸, o en su versión de 2003³³⁹, ha dado lugar a abundante jurisprudencia, actualmente la interpretación es sustancialmente pacífica, máxime tras la reforma del artículo 76 CP en 2003, en el sentido de que exclusivamente ha de regir un criterio temporal, aunque no puede excluirse alguna rara excepción (véase STS 1144/2010, de 23 de diciembre).

La interpretación del término conexidad ha de atenerse a criterios amplios y beneficiosos para el reo (STS de 28 de junio de 1984), debiendo huirse de posturas eminentemente restrictivas, alentando a este respecto criterios beneficiosos para el condenado (STS de 15 de diciembre de 1987) que posibiliten la actuación judicial de acuerdo con el espíritu de generosidad y

³³⁶ “Considéranse delitos conexos: **1.º** Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. **2.º** Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiese precedido concierto para ello. **3.º** Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. **4.º** Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. **5.º** Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.”

³³⁷ “No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años. La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”.

³³⁸ “La limitación se aplicara aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo.”

³³⁹ “La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión **o el momento de su comisión**, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo”.

humanitarismo (SSTS de 27 de mayo de 1988 o de 3 de noviembre de 1995, entre otras muchas).

Recientemente, la STS 14/2014, de 21 de enero, aludía al sentido material e histórico de la institución de límites al cumplimiento sucesivo mediante la acumulación jurídica de las penas:

“La necesidad de arbitrar una fórmula jurídica que modere los inaceptables efectos propios de un sistema de cumplimiento basado en la mera acumulación cuantitativa, está en el origen de los distintos preceptos que, desde el Código Penal de 1870, han introducido límites jurídicos a la idea del cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad. La doctrina histórica ya había aducido, en contra del estricto sistema de acumulación material, razones basadas, de una parte, en el desprestigio en el que podían incurrir unos órganos judiciales capaces de imponer penas superiores a la duración ordinaria de la vida humana. También se recordaba el devastador mensaje dirigido al delincuente, obligado a eliminar toda esperanza de reinserción social y, en fin, el contrasentido que implicaba la posibilidad de llegar a castigar de forma más grave una sucesión de delitos de menor entidad, frente a otros de mucha mayor eficacia lesiva. Es entendible, pues, que los sucesivos Códigos Penales de 1870 (art. 89.2), 1928 (art. 163.1), 1932 (art. 74) y 1944 (art. 70.2), insistieran, con uno u otro matiz, en la fijación de ciertos topes cuantitativos, también presentes en la fórmula que inspira el art. 76.1 del vigente CP”.

La dificultad principal de la cuestión de la acumulación jurídica quedó reducida a la interpretación del término conexidad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo fue evolucionando progresivamente, introduciendo derechos fundamentales (libertad, dignidad) como elementos necesarios para la interpretación gramatical y teleológica de este término.

En un primer momento se sostuvo la mera acumulación matemática con interpretación restrictiva de la conexidad desde el punto de vista procesal (STS de 1 de marzo de 1985), vinculada a la comisión de hechos cometidos en fechas temporales próximas, *modus operandi*, y que fuesen de similar naturaleza.

Posteriormente se fue consolidando una interpretación amplia de la conexidad (SSTS de 27 de mayo de 1988 y 31 de mayo de 1992).

Después, antes de ser la doctrina desechada posteriormente, más allá de la aritmética y de la idea misma de conexidad, se puso en relación el techo máximo con los principios de dignidad, humanidad, resocialización y perfectibilidad anejos al ser humano (SSTS de 15 y 27 de abril de 1994). Con base en ello se llegaron a acumular condenas sin requisito alguno cuando la suma aritmética excediera de 30 años. Aunque existieran condenas no acumulables conforme al criterio temporal, porque no se hubieran podido enjuiciar en un solo acto, las SSTS de 15 de febrero y 18 de julio de 1996 señalaron que las finalidades de reeducación y reinserción social que las penas privativas de libertad imponen, así como el art. 25.2 CE, que tiene un alcance genérico, han de tenerse en cuenta por el legislador al fijar las penas aplicables a cada delito por los Juzgados y Tribunales en aplicación de las normas penales y penitenciarias. Por ello, todo cuanto contradiga o se enfrente a la resocialización del individuo, empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde el punto de vista constitucional que exigirá la rectificación del acuerdo judicial correspondiente (STS de 30 de enero de 1998). La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la legalidad ordinaria (SSTS de 4 de noviembre de 1994 y 27 de diciembre de 1994).

Con posterioridad a las sentencias anteriormente reseñadas, el Tribunal Supremo se inclinó por matizar las consecuencias de aquél planteamiento, que no volvió a producirse. Aunque manteniendo la primacía de la interpretación a favor del reo y el respeto a los principios de carácter constitucional, se proclama la exigencia de evitar en el infractor penal la garantía de impunidad ante la perspectiva de que las consecuencias jurídicas de sucesivos delitos pudieran no cumplirse al incluirse las nuevas penas en los límites de condena ya prefijados. Se dice que “no existe un derecho fundamental a la impunidad”. Por una parte, la conexidad se interpreta desde el punto de vista de derecho sustantivo y no desde los criterios procesales del art. 17 LECr. Y por otra, el límite de la acumulación se establece en los hechos delictivos cometidos con posterioridad a anteriores sentencias condenatorias —se discutía si a su firmeza o a la fecha de la misma³⁴⁰ hasta el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 29 de

³⁴⁰ La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2014 recoge la doctrina mayoritaria en el sentido de que ha de atenderse a la fecha de la sentencia condenatoria.

noviembre de 2005— ya que, en caso contrario, se produciría una peligrosa sensación (real) de impunidad en el infractor basada en el conocimiento de que nunca podría rebasar el límite máximo de prisión señalado en el Código. Esta es la posición jurisprudencial mayoritaria y casi unánime actualmente (SSTS 317/2013, de 18 de abril y 47/2012, de 2 de febrero). Se afirma que lo que no se puede permitir es que se acumule una suerte de patrimonio punitivo que garantice al reo una impunidad o reducción penológica a futuro (STS 798/2000, de 9 de mayo).

Así, la STS 14/2014, de 21 de enero, dispone que no puede entenderse que:

“...siempre y en todo caso, sea cual fuere la fecha de comisión de los hechos y su conexión con otros que ya han sido objeto de enjuiciamiento, los límites fijados en el art. 76.1 del CP operarían como límites absolutos. No existe en nuestro sistema un derecho fundamental a la impunidad de los delitos cometidos cuando ya ha sido fijado un límite máximo de cumplimiento como consecuencia de la acumulación de condenas practicada con arreglo a aquel precepto. La defensa reivindica a su favor la literalidad del art. 76.1 en lo que tiene de fijación de límite máximo de cumplimiento, pero olvida que en el apartado 2º del mismo art. 76 se dispone que “la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”. En consecuencia, fuera de esa premisa, es decir, la posibilidad, incluso potencial, de un enjuiciamiento conjunto, esa limitación no tendría vigencia. Y ello es lógico, pues, de lo contrario, se alentaría la expectativa de impunidad que supone saber que, alcanzado el tope cuantitativo de 30 años de prisión, todo lo que suceda con posterioridad, quedaría absorbido en ese maximum. Repárese, por ejemplo, en la posibilidad de comisión de graves delitos en el establecimiento penitenciario en el que se extingue la condena de 30 años que, conforme al criterio interpretativo que anima el recurso, nunca podrían ser objeto de cumplimiento. Se frustrarían con ello las exigencias inherentes a los principios de prevención general y especial que están en el fundamento mismo de la sanción penal. En suma, una cosa es la flexibilización absoluta del concepto de conexidad que ha llevado a cabo la jurisprudencia de esta Sala, desvinculándolo de su estricto significado procesal, y otra bien distinta es admitir -y alentar- la impunidad de los delitos no susceptibles de acumulación.”

En definitiva, cabe que haya personas con condenas, no limitables, que sumen más de 40 años de prisión, incluso más de 100 años³⁴¹ —y de hecho existían, en 2011, conforme a los datos que pudimos recoger para un estudio en el que participé, más de 400 personas con una suma de penas no limitables superior a 30 años—. A resultados del estudio referido se elaboró una propuesta de reforma legislativa para la inclusión en el Código Penal de un artículo 92.4º o 92bis en el Código Penal³⁴², que se concretó en la Enmienda nº 125 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural (BOCG Serie A Núm. 66-2 10 de diciembre de 2014, páginas 95-97³⁴³).

³⁴¹ Al respecto véase extensamente lo que el autor denomina ‘condenas eternas’ en RÍOS MARTÍN (2013, pp. 169-202), en las que analiza la evolución legal del tratamiento de la acumulación de condenas, su contraste con los valores constitucionales y político criminales y diversas propuestas de solución.

³⁴² “También podrán obtener la libertad condicional los condenados a penas de prisión, aunque no se hayan cumplido los requisitos establecidos en el artículo 90.1 de este Código, cuando, por aplicación de los límites establecidos en el artículo 76.1 a) y b) de este Código, el cumplimiento efectivo de la condena alcanzare los veinte años o cuando, al no resultar aplicable el apartado 2 de este último precepto, el cumplimiento sucesivo de las penas alcanzare también el mismo número de años. En estos supuestos la Administración penitenciaria elevará el expediente de libertad condicional al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, valorará la naturaleza, circunstancias y número de delitos cometidos, la personalidad del condenado, sus antecedentes, su evolución en el tratamiento reeducador, la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad, así como sus condiciones de vida. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, al decretar la libertad condicional de estos penados, impondrá la medida de libertad vigilada hasta el total cumplimiento de la condena. En el caso de que sea denegada la libertad condicional y en tanto el reo no haya cumplido en su totalidad la condena, la Administración penitenciaria volverá a elevar anualmente el expediente de la libertad condicional al Juez de Vigilancia hasta alcanzar el cumplimiento efectivo de la pena los veinticinco años. En este último supuesto le será concedida al reo la libertad condicional con sujeción a la medida de libertad vigilada hasta llegar al cumplimiento total de la condena.”

³⁴³ Justificación: “2. Se incluye un nuevo redactado de este artículo para regular desde parámetros del derecho penal democrático los supuestos de penas privativas de libertad que no son susceptibles de acogerse al régimen de la libertad condicional del artículo 90 CP. Y que, de hecho, al no ser refundibles y no poder limitarse su duración, terminan convirtiéndose en penas de prisión a perpetuidad. Según datos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIIPP), a fecha de mayo de 2013, hay 253 personas presas, prácticamente todas hombres, sin

La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2014, entiende que para paliar en estas situaciones los eventuales efectos desocializadores generados por la acumulación material de condenas únicamente cabe el indulto particular, la clasificación en tercer grado, los permisos de salida o el adelantamiento de la libertad condicional.

Desde el punto de vista de *lege lata*, resulta de interés el Voto particular de Andrés Martínez Arrieta a la STS 14/2014, de 21 de enero:

“Se trata de resoluciones judiciales que aprueban títulos de ejecución de penas privativas de libertad desmesuradas, pues la liquidación no aparece limitada en su cumplimiento efectivo como prevé la ley (art. 76.1 Cp). En una reciente publicación se proporcionaba el dato de 400 personas, internas en centros de penitenciarios españoles, que tenían unas liquidaciones de condenas, aprobadas judicialmente, que superaban, con creces, el límite máximo de cumplimiento efectivo dispuesto en el mencionado artículo del Código penal. Esta Sala ha sido consciente de los problemas que resultan de esta interpretación. Así en las SSTs 27.1.1999 y en la 20 de abril del mismo año se argumentaba, “el derecho vigente permite la acumulación en casos en los que, como en el presente, la pena resultante puede ser considerada equivalente a una pena perpetua privativa de la libertad, no obstante que el legislador ha prescindido de dichas penas”³⁴⁴. Esta renuncia del legislador a las penas perpetuas tiene evidentemente su razón de ser, ante todo, en el mandato constitucional del art. 25.2 CE que le impone

contar las condenadas por terrorismo, con condenas no acumulables superiores a los 30 años. De ellos, 177 reclusos con penas de más de 30 años, y 56 de más de 40 años. De los 177 internos a quienes se aplicó la normativa del CP de 1973, 102 fueron condenados a penas superiores a 30 años y 75, a penas superiores a 40 años; de los 76 internos por aplicación del CP de 1995, todos lo fueron a condenas superiores a 40 años. Una de estas personas tiene una condena de 38.585 días, esto es, casi 106 años. Las condenas que rebasan la cronología de una vida humana vulneran los principios constitucionales de reeducación y reinserción social — artículo 25.2 CE—, la dignidad —artículo 10 CE—, la promoción de la igualdad real y efectiva — artículo 9.2- y la proscripción de tratos inhumanos y degradantes —artículo 15 CE—...”.

³⁴⁴ En la actualidad el legislador sí ha creado la pena de prisión permanente, si bien revisable conforme a los plazos que se establecen en el art. 92 y 78bis CP; régimen que en muchos de los casos antes referidos, con condenas de hasta 106 de prisión, resultará más beneficioso que el que ahora tienen estas ‘condenas eternas’.

orientar las penas privativas de la libertad "hacia la reeducación y reinserción social"³⁴⁵. Es indudable que una pena que segrega definitivamente al condenado de la sociedad no puede cumplir tales objetivos y es, por lo tanto, incompatible con ellos. Por otra parte, los especialistas han comprobado empíricamente que una privación de la libertad prolongada y continuada produce en no pocos casos graves perturbaciones de la personalidad. Por tales razones se considera en la actualidad que una configuración razonable de la ejecución de las penas privativas de la libertad de larga duración requiere que el condenado pueda albergar la posibilidad de un reintegro a la sociedad libre, dado que, de lo contrario, la pena podría constituir un "trato inhumano" en el sentido del art. 15 CE". A mi juicio, desde la jurisdicción debemos procurar una interpretación de la norma que, partiendo de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 76, "límite de cumplimiento efectivo", y subrayo este mandato de la norma, se evite la creación de un espacio de impunidad respecto a personas que ya tienen señalado un límite y cometan nuevos delitos o en quienes concurran en la ejecución de la condena otras penas que no puedan acumularse en los términos del art. 76 Cp. En la actual interpretación del precepto, el límite de máximo cumplimiento efectivo se aplica respecto a las penas que pueden acumularse, por conexión o por temporalidad, dejando fuera de esa limitación las condenas que no admitan la acumulación. Esta situación genera inseguridad, pues se hace depender de la mayor o menor premura en el enjuiciamiento para la acumulación, algo contra lo que esta Sala, en reiterada jurisprudencia, por todas STS 22.12.1997, 6.3.1998, 10.3.1998, ha reaccionado "la fijación del límite de cumplimiento máximo por el penado no puede quedar al albur de la mayor o menor celeridad con que los diversos procesos se hayan tramitado y resuelto, de las más o menos variadas incidencias y recursos habidos así como de otras circunstancias no atribuibles al reo que hayan contribuido o contribuyan a la imposibilidad o dificultad del enjuiciamiento". En estos casos, en puridad, un retraso en el enjuiciamiento posibilitaría, siempre, su acumulación. Consecuentemente, ese enjuiciamiento conjunto, sería posible. El retraso en el enjuiciamiento, aunque censurable, sería positivo para el condenado al posibilitar la acumulación. Pues bien, bajo las anteriores premisas, observancia del principio de dignidad, en los términos

³⁴⁵ Como se ha destacado *supra* en 2015 culmina el proceso de reinterpretación y vaciado del art. 25.2 CE.

de la jurisprudencia citada, y de la previsión legal de señalamiento de un límite de cumplimiento efectivo en la ejecución de las penas privativas de libertad, es preciso indagar en la ley un criterio de interpretación que permita acomodar los anteriores principios con la necesidad de ahuyentar el riesgo de creación de un espacio de impunidad, bien entendido que el señalamiento de límites es una opción del legislador y supone una renuncia a la ejecución completa de la pena en aras a evitar una penalidad desmesurada, entendiendo por tal la que supera los límites de cumplimiento efectivo previstos en los arts. 76 y 70 del Código penal, manteniendo la ejecución en términos respetuosos con el principio de dignidad. Desde lo expuesto entiendo que lo procedente en situaciones como la que es objeto de la presente casación, concurrencia de penas, unas acumulables y otra no, que comportan un tiempo de permanencia en prisión superior a los límites del art. 76 Cp, es dictar una nueva liquidación en la que se parta de que ninguna resolución judicial puede obviar el contenido dispositivo del párrafo primero del art. 76, el establecimiento de un límite máximo de cumplimiento, de 20, 25, 30 o 40 años, según los casos. En los supuestos en los que un interno en un establecimiento penitenciario cumpliendo una pena que tiene fijado un límite máximo de cumplimiento efectivo, cometiere otro nuevo delito, en un permiso o en el interior del centro, o tuviera que ejecutarse otra pena no acumulable en los términos del art. 76.2 Cp, deberá procederse a otra nueva liquidación en la que se fijará la pena que le resta por cumplir y la nueva pena, y si el total de ambas penas excediera de los límites previstos en el art. 76, deberá limitarse el cumplimiento efectivo a la previsión legal. De esta manera ninguna resolución judicial procedería a aprobar una liquidación de condena que exceda de las limitaciones de cumplimiento efectivo legalmente previstas en la ley. En consecuencia, considero que en el caso de la casación analizada en la Sentencia de la que discrepo debió estimarse el motivo y, en su virtud, señalar, el límite máximo de cumplimiento efectivo que el legislador ha previsto en el art. 76 Cp.”

La LO 1/2015 introduce una ligera variación³⁴⁶ en el art. 76.2º CP al establecer que “la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos

³⁴⁶ Importante literalmente, porque se abandona el término conexión, pero no tanto en la práctica puesto que el Tribunal Supremo la había reducido ya al elemento meramente temporal, de un modo casi abrogatorio (GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA 2004, p. 65).

procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”, a diferencia del previgente que decía: “...si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo”.

Aunque no se aprecie un cambio sustancial en la literalidad, salvo la eliminación del término conexión, parece que la intención sea adelantar la fecha³⁴⁷ límite para acumulación de condenas por nuevos hechos al momento del juicio oral —quedaría por determinar si al auto de apertura, al comienzo de las sesiones o al final de las mismas— y no al de la sentencia, momentos entre los que existe un lapso temporal que en ocasiones puede alcanzar varios meses; si bien podría mantenerse que la fase del enjuiciamiento termina con la sentencia, momento en el que decae la presunción de inocencia, y por tanto la fecha clave habría de seguir siendo la de la sentencia, incluso la de la firmeza de la sentencia, puesto que este sería el momento relevante conforme “al criterio profiláctico del ‘saldo deudor criminógeno’” (GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA 2004, p. 65), esto es, porque es a partir de la firmeza de la sentencia y por tanto del conocimiento por el condenado de que la misma es inamovible, cuando se puede producir la garantía de impunidad a la que daría lugar saber que se dispone de un “patrimonio punitivo” al que se pueden acumular las penas por delitos futuros de modo que no supongan mayor cumplimiento de privación de libertad³⁴⁸.

³⁴⁷ En la STS 367/2015, de 11 de junio, Ponente Conde-Pumpido Touron, se afirma que “En la reciente reforma de 2015 se abandona definitivamente la exigencia de conexión entre los hechos delictivos para la aplicación de los límites previstos en el art 76” y que “al realizar el cuadro de las fechas de los hechos, fechas de las sentencias, a partir del uno de julio tendrán que incluir las fechas de enjuiciamiento”.

³⁴⁸ Lo cual quizás habría que analizar con más detalle a la vista de las sucesivas reformas de los arts. 76 y 78, que darían lugar a que el tiempo de cumplimiento en régimen ordinario o cerrado y sin permisos se viera incrementado, manteniendo así la eficacia preventivo-general negativa de la norma penal aunque no pudiera posponerse por el nuevo delito el límite máximo de cumplimiento.

Conforme al carácter de norma sustantiva del art. 76 CP, quedaría vedada la posibilidad de aplicación retroactiva, por lo que para los hechos delictivos cometidos hasta el 30 de junio de 2015 habría de estarse a la fecha de la sentencia condenatoria para fijar el límite de conexidad temporal y no cabría, a mi juicio, realizar una revisión de la interpretación jurisprudencial anterior en relación con el anterior art. 76.2 CP utilizando como criterio interpretativo la nueva redacción legal³⁴⁹.

En todo caso, en lo referente al objeto principal de este trabajo, la ejecución de las penas de los condenados por terrorismo independentista, dado que, salvo en raras excepciones, lo normal es que una vez detenidos permanezcan privados de libertad y vayan siendo juzgados y condenados por hechos realizados con anterioridad a la detención, no se plantearán situaciones problemáticas en punto a la conexidad o la aplicabilidad de los límites del art. 76 CP.

Lo que sí es específico para estos delitos y personas presas en cuanto a los límites de cumplimiento —un elemento más de excepcionalidad— es la previsión del art. 76 CP, en su redacción dada por la LO 7/2003, en la letra d) introducida por la LO 7/2003, que eleva a 40 años el límite de cumplimiento específicamente³⁵⁰ para los de terrorismo cuando uno de los delitos esté

³⁴⁹ Al modo en que se hizo en la STS 874/2014 dando eficacia retroactiva al art. 14 LO 7/2014 por medio de una reinterpretación de la normativa anterior que corregía la jurisprudencia anterior.

³⁵⁰ “b) De 30 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 superior a 20 años.

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.” Referencia modificada posteriormente por la LO 5/2010: “*Disposición adicional primera. Las referencias que se hacen a los delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II en los artículos 76 y 93 del Código Penal, se entenderán hechas a delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de dicho Código*”.

castigado con pena superior a 20 años, mientras que para el resto de los delitos en este caso el límite sería de 30 años.

El superior límite de cumplimiento, ni más ni menos que en un tercio más, para dos personas que estén condenadas a las mismas penas, por el hecho de que dos o más de los delitos de una de ellas sean delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de dicho Código, supone una muy significativa desigualdad, que se suma a la exasperación punitiva que ya se prevé en los arts. 571 a 579 CP. Por ejemplo, el asesinato en el previgente art. 572.2.1º CP se castiga con una pena de 20 a 30 años de prisión, mientras que en el art. 139 CP se castiga con 15 a 20 años de prisión; o la cláusula general del art. 574 CP que ya prevé la imposición en su mitad superior de la pena aplicable al delito común correspondiente. En consecuencia, para que el límite de cumplimiento fuera de 40 años bastaría con que se hubiera cometido un delito del previgente art. 572.2.1º CP formando parte de una organización o grupo terrorista (art. 571.2 CP) para que se pudiera imponer ese límite de cumplimiento³⁵¹.

Para que se impusiera el límite de 40 años en otros supuestos el penado debería haber cometido dos o más delitos y que al menos dos de ellos fueran asesinatos cualificados del art. 140 CP previgente.

En mi opinión, estas reglas dan lugar a que de algún modo el desvalor del terrorismo, la finalidad u objeto de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz públicas se está sancionando tres veces: con la exasperación punitiva, con la concurrencia del delito de pertenencia y con la elevación del límite máximo de cumplimiento. Con ello podríamos entender que se está vulnerando el principio *non bis in idem* (art. 25.1 CE).

A mi juicio, esta desigualdad, dado que es difícilmente justificable, podría calificarse de discriminación. Se justifica en punto IV Exposición de Motivos del siguiente modo para alegar un fundamento preventivo general:

³⁵¹ La suma de las penas mínimas imponibles por dichos delitos sería de 26 años.

“La reforma supone ampliar el límite máximo de cumplimiento de penas a 40 años, desde el respeto escrupuloso al principio de que el cumplimiento de todas las penas correspondientes a todos los delitos cometidos por el mismo autor podría privar en algunos supuestos de efectos a los principios constitucionales de cumplimiento de las penas³⁵². Sin embargo, también es cierto que existen determinados delitos que por su especial gravedad, la naturaleza del bien jurídico lesionado, la reincidencia con que los cometen sus autores, así como por el hecho de que puedan llevarse a cabo por bandas organizadas con el único fin de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública o atemorizar con estos fines a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, exigen una respuesta más contundente del ordenamiento jurídico penal”.

El incremento del máximo de cumplimiento efectivo de la acumulación jurídica en el concurso real en un tercio respecto al límite anterior se justifica por tanto en que no priva de efectos a los principios constitucionales de humanidad de las penas y orientación a la resocialización y reinserción social y en que este reequilibrio de la valoración de proporcionalidad de la condena efectiva viene exigido por una nueva valoración de las exigencias derivadas de la gravedad de los delitos, la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados, la reincidencia del autor y que los delitos se lleven a cabo con finalidades terroristas.

La reiteración³⁵³ de delitos cuando alguno de ellos sea de extrema gravedad, los castigados con penas superiores a 20 años, que lo son entre otras razones por afectar a los bienes jurídicos de máxima protección (asesinato cualificado, rebelión agravada, regicidio, asesinato terrorista y asesinato de Jefe de Estado extranjero) se limita a 30 años de cumplimiento efectivo. La elevación en un tercio supone por tanto una excepcionalidad para los casos en los que más de uno de los delitos cuyas penas suman más de 40 años sea de esta extrema gravedad, salvo en el caso de delitos de terrorismo o referentes a organizaciones

³⁵² Lo cual, como ya se ha dicho, viene previéndose desde el CP de 1870.

³⁵³ Lógicamente la Exposición de Motivos no se refiere en realidad a reincidencia en sentido técnico, que es imposible en el caso de delitos acumulables.

o grupos terroristas. Esto es, se incrementa en 10 años el máximo de cumplimiento efectivo a quienes cometieran, junto con otros delitos de terrorismo o referentes a organizaciones o grupos terroristas de menor gravedad, un solo delito de asesinato terrorista³⁵⁴ con cuya pena se sumaran más de 40 años.

La naturaleza terrorista de los delitos opera por tanto autónomamente respecto a los criterios de reiteración, gravedad y trascendencia de los bienes jurídicos lesionados³⁵⁵. La cualificación penológica del homicidio terrorista, que equipara su penalidad con la del asesinato cualificado cometido por un no terrorista, ya está operando sobre el límite que resultara aplicable al concurso real de delitos, por lo que la regla del art. 76.2º.d CP, este incremento de 10 años, otorga nuevos efectos punitivos al mismo fundamento.

A mi juicio resulta por tanto una exasperación punitiva redundante, de fundamento esencialmente meramente simbólico, puesto que sus efectos preventivos reales tanto generales como especiales son absolutamente marginales, que entra de lleno en el terreno de un ilegítimo derecho penal del enemigo y en el derecho penal de autor, puesto que es a la finalidad del autor del hecho (la inserción en una organización terrorista se castiga de modo autónomo) a la que se anudan reiterados y acumulativos efectos punitivos.

³⁵⁴ A partir del 1 de julio el asesinato terrorista se castiga con la prisión permanente, con lo que con pena superior a 20 años queda únicamente la detención ilegal o secuestro con desaparición (art. 573bis.1.2º CP).

³⁵⁵ Solamente para el terrorista en cuyo concurso real haya un solo delito castigado con más de 20 años. Si tuviera más de un asesinato terrorista, el tratamiento sería el mismo que el del no terrorista que tuviera más de un delito de asesinato cualificado del art. 140 CP 2003.

B. Acumulación jurídica de condenas extranjeras a las españolas: nueva polémica jurisprudencial en materia de terrorismo

En relación con la larga duración del encarcelamiento y su limitación ha de prestarse especial atención a las personas presas en otros países, más de 120 en Francia, gran parte de las cuales estarían pendientes de extradición a España para ser juzgadas por otros delitos, anteriores a la primera de las sentencias extranjeras. El tiempo pasado en prisión en otros países cumpliendo condenas impuestas en esos países por hechos delictivos temporalmente conexos, por el momento (tras la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015), no entra en el cómputo del límite máximo a efectos de acumulación —30 o 40 años, según la fecha de los hechos—. De tal modo que, cuando terminen de cumplir sus condenas, mayoritariamente en Francia, serán extraditados a España, juzgados y condenados a penas que podrían alcanzar los 30 o 40 años de límite máximo de cumplimiento, sin cómputo del tiempo cumplido en prisión en Francia dentro de ese límite.

La cuestión no afecta legalmente de modo específico a los delitos de terrorismo, pero la polémica sobre la cuestión de si las condenas extranjeras, en especial las de países de la UE, son acumulables a las condenas españolas y si por tanto el tiempo de prisión cumplido en el extranjero se computa para el cumplimiento del máximo de cumplimiento efectivo fijado en España, y su interpretación judicial por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo, vino marcada por la excarcelación de algunos significados terroristas en diciembre de 2014.

En junio de 2013 presenté como letrado de cuatro de los integrantes de la vía Nanclores la solicitud de acumulación en las correspondientes secciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Tras las negativas de la Sección Tercera, la opción favorable a la acumulación fue consolidada por la STS 186/2014, de 13 de marzo, a raíz del recurso de casación de uno de los referidos integrantes de la vía Nanclores. A la vista de esta sentencia volví a presentar las solicitudes de acumulación denegadas, estimándose dos y denegándose la otra por una cuestión procesal. En el ínterin el proyecto de ley de trasposición de la DM 675/2008, en la que se había apoyado la STS 186/2014, fue modificado en el Senado en septiembre de 2014 para evitar más acumulaciones. Antes de la

entrada en vigor de la modificada ley de trasposición, la LO 7/2014, fueron estimadas por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional más acumulaciones, teniendo como consecuencia la excarcelación de algunos históricos militantes de ETA, lo que detonó la polémica pública. Mi recurso de casación contra la acumulación que había sido denegada por la Sección Tercera fue resuelto, una vez en vigor la LO 7/2014, por la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015, en sentido desestimatorio. Los recursos del Ministerio Fiscal contra las referidas resoluciones de la Sección Primera de 2 de diciembre de 2014 fueron estimados por las SSTS 178, 179, 235 y 270 de 2015. En este momento hay presentados varios recursos de amparo ante el TC contra las SSTS referidas.

1. Situación hasta la LO 7/2014

Es doctrina pacífica y consolidada³⁵⁶ que la conexidad, a efectos de qué condenas se pueden acumular a otras y aplicar los límites de cumplimiento, es exclusivamente temporal, mediante una interpretación flexible, en favor del reo y por razones humanitarias, del instituto de la acumulación de penas derivado de los arts. 76 CP y 988 LECrim. Serán acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que haya dado lugar a la última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, siempre que desde una perspectiva estrictamente temporal hubiera sido posible enjuiciarlos en un solo proceso. Tiene como fundamento la proscripción de penas inhumanas del art. 15 CE y el mandato de orientar el cumplimiento de las penas a la reinserción social del art. 25.2 CE.

³⁵⁶ Al respecto, véase la última jurisprudencia habida, ya tomando en consideración la reforma operada por la LO 1/2015, en la STS 367/2015, de 11 de junio, Ponente Conde-Pumpido Touron, en la que se afirma que “En la reciente reforma de 2015 se abandona definitivamente la exigencia de conexión entre los hechos delictivos para la aplicación de los límites previstos en el art 76” y que “al realizar el cuadro de las fechas de los hechos, fechas de las sentencias, a partir del uno de julio tendrán que incluir las fechas de enjuiciamiento”.

Conforme a esta normativa, y consolidada jurisprudencia, son acumulables las condenas dictadas en distintos procedimientos conforme a un criterio *exclusivamente* temporal; esto es, que hubieran podido ser juzgadas en un mismo procedimiento *atendiendo a un criterio exclusivamente* temporal; *excluyéndose únicamente* las referentes a hechos posteriores a la primera de las sentencias que se quieran acumular.

Es cierto que no existía ninguna previsión legal específica respecto a la acumulación de condenas extranjeras y españolas; razón por la cual la literalidad de los preceptos y su no exclusión expresa —a falta de criterios que permitieran fundamentar una interpretación contra reo— necesariamente debía llevar, por respeto al art. 25.1 y 9.3 CE, a admitir la posibilidad. Así lo hacían las SSTs 1129/2000, de 27 de junio; 926/2005, de 30 de junio; y 368/2013, de 17 de abril (casos de sentencias condenatorias en Tailandia y Andorra).

Solamente había una excepción, la STS 2117/2002, de 18 de diciembre, sobre una condena en Francia por terrorismo —posteriormente superada por las de 2005 y 2013—, con un argumento: que no podrían haberse enjuiciado en un solo proceso por corresponder a soberanías distintas. Argumento erróneo por dos motivos, primero en virtud del art. 23.2º LOPJ, puesto que, si el terrorista hubiera sido detenido en España o extraditado, al ser español, sí podría haber sido juzgado por los delitos cometidos en Francia u otro país; segundo porque por el criterio *exclusivamente* temporal —el único existente, con expreso rechazo jurisprudencial de otras exclusiones de derecho adjetivo, formando así una expectativa de aplicación del derecho protegida por el art. 7 CEDH — sí podrían haberlo sido.

En esta situación jurisprudencial se dictó la STS 186/2014, de 13 de marzo (Miguel Colmenero Menéndez de Lurca —Ponente—, Andrés Martínez Arrieta, José Ramón Soriano Soriano, Luciano Varela Castro y Antonio del Moral García), zanjando la excepción de la STS 2117/2002 —ya superada por las posteriores de 2005 y 2013—, aplicando literalmente el art. 70.2º CP 1973 —además de que habrían cabido argumentaciones de tipo material que se

abordan posteriormente³⁵⁷— y, ante la falta de una regulación específica para el caso de acumulación de condenas extranjeras —no ante una prohibición o una laguna, que nunca han existido—, advirtiendo que las SSTS 1129/2000, de 27 de junio; 926/2005, de 30 de junio; y 368/2013, de 17 de abril no habían visto ningún obstáculo en la cuestión de la soberanía, admitió la acumulabilidad. Y, a mayor abundamiento, como criterio interpretativo y no como aplicación directa, con más razón para las condenas extranjeras de países de la UE, que cabía acumular cualquier condena impuesta en los países de la UE en virtud del Espacio Único de Justicia en la UE y uno de sus desarrollos, la Decisión Marco 675/2008, de 24 de julio.

Y así lo entendió la Audiencia Nacional desde entonces: en el Auto de 21 de octubre de 2014 de la Sección 3ª (caso Carmen Guisasola; liquidación de condena de 24 de noviembre de 2014) y en el Auto de 9 de junio de 2014 de la Sección 3ª (caso Jesús García Corporales; y liquidación de condena de 19 de diciembre de 2014). Conviene recordar que ninguno de los dos fue recurrido por el Ministerio Fiscal, por lo cual devinieron firmes.

Y también los Autos de 2 de diciembre de la Sección 1ª, después de la aprobación pero antes de la entrada en vigor de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre (BOE de 21 de noviembre), y de la LO a la que aquélla se remite, la LO 7/2014, de 12 de noviembre (BOE de 13 y 14 de noviembre).

Existe en ese periodo por tanto s.e.u.o. una única excepción, el Auto de la Sección 2ª de 2 de diciembre, adoptado por mayoría, con un voto particular contrario. Si bien posteriormente el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional adoptó, por 11 votos a 9, el 29 de mayo de 2015³⁵⁸, tras las sentencias del Tribunal Supremo a partir de la STS 874/2014, la decisión de desestimar todas las solicitudes de acumulación de condenas francesas, que en aquel

³⁵⁷ Así como la referencia al art. 56 del Convenio Europeo nº 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales de 28 de mayo de 1970 (BOE 78/1996, de 30 de marzo).

³⁵⁸ En el anterior Pleno sobre la misma cuestión, de 28 de noviembre de 2014, anterior a la STS 874/2014, no se alcanzó un acuerdo.

momento al parecer eran veintidós (así se afirma en el AAN nº 65/2015, de 29 de junio).

2. Tramitación y publicación de la LO 7/2014

En el caso de la STS 874/2014, como en muchos otros, el penado permanece ingresado en prisión ininterrumpidamente desde el 7 de julio de 1994, en virtud de una condena de 10 años impuesta en Francia, y posteriormente, tras su extradición a España el 22 de noviembre de 2001, por las diversas condenas que le fue imponiendo la Audiencia Nacional. Todas las condenas, las españolas y la francesa, lo son por hechos cometidos en un solo lapso temporal, hasta su detención, integrado en la banda terrorista ETA y a su servicio, con un mismo fin criminal. Más allá de la conexión temporal, existe una evidente conexión de sentido de sus acciones delictivas, de sentido de las penas impuestas a las mismas y por tanto del sentido de los límites máximos de cumplimiento.

Cuando se solicitaron y resolvieron las acumulaciones de condenas francesas denegadas por el Tribunal Supremo a partir del 27 de enero de 2015, “el traje de madera que la doctrina jurisprudencial habría de estrenar no estaba siquiera plantado”, esto es, ni el proyecto de la Ley Orgánica sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea³⁵⁹ ni el proyecto de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea³⁶⁰ contenían en sus textos remitidos al Senado³⁶¹ los preceptos que habrían de “enterrar” la doctrina de las SSTS 1129/2000, de 27 de junio; 926/2005, de 30 de junio; 368/2013, de 17 de abril; y 186/2014, de 13 de marzo, y los arts. 70.2º CP 1973 y 76.2 CP 1995 en la interpretación dada por jurisprudencia consolidada. Los preceptos introducidos por medio de las enmiendas número 13 a 15 del Grupo Popular en el Senado del 22 de septiembre (BOCG Senado números 401 y 419) —actual art. 14.2 y Disposición Adicional Única LO 7/2014 — y las enmiendas número 65, 68 y 69

³⁵⁹ En adelante LO 7/2014, véase texto presentado al Congreso en BOCG Serie A núm. 88-1, de 21 de marzo.

³⁶⁰ En adelante Ley 23/2014, véase texto presentado al Congreso en BOCG Serie A núm. 86-1, de 21 de marzo.

³⁶¹ BOCG Senado núm. 384 de 17 de julio y BOCG Senado núm. 378 de 7 de julio, respectivamente.

del Grupo Popular en el Senado del 22 de septiembre (BOCG Senado números 401 y 419) en la Ley 23/2014, no estaban siquiera “plantados”.

Así lo aprecia también el AAN, Sección 3ª, de 19 de diciembre de 2014:

*“La entrada en vigor con posterioridad de una ley penal desfavorable no puede ser aplicada retroactivamente en perjuicio del penado. En el presente caso, en el momento [9-06-2014] en que se acordó la acumulación a la presente pena refundida de la pena cumplida en Francia, no existía expectativa alguna de que la legislación fuera a modificarse en **sentido contrario a lo dispuesto por la Decisión Marco...**”.*

En el *iter* legislativo se observa claramente que las enmiendas del Gobierno, a través del Grupo Popular en el Senado —sin mayores explicaciones del Senador Represa Fernández que una genérica alusión a la seguridad jurídica³⁶²—, son una regulación *ad hoc* para evitar que la trasposición de la DM 675/2008 alcance a presos por delito de terrorismo que han cumplido condenas en Francia.

Así cabe deducirlo también de la información del Ministerio de Interior al diario ABC publicada el 30 de octubre, fecha de la aprobación de ambas leyes, con el titular “Interior frena una argucia de Sortu para adelantar la libertad de cien presos de ETA”³⁶³.

Conviene seguir la tramitación del proyecto que ahora es la LO 7/2014 en el preciso, detallado, riguroso y decisivo Dictamen 798/2013 (Justicia) del Consejo de Estado de 28 de noviembre de 2013 (Documento CE-D-2013-798 del BOE).

El Anteproyecto de 30 de enero de 2013 sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, aprobado en el Consejo de Ministros de 1 de febrero de 2013, no tenía rango de ley orgánica, ni el contenido de los arts. 14 y 15 era el mismo

³⁶² De nuevo la polisémica y elástica seguridad jurídica, como en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003.

³⁶³ <http://www.abc.es/espana/20141030/abci-interior-iruin-201410292204.html>.

que el del Proyecto de Ley Orgánica que se remitió al Congreso el 14 de marzo de 2014 ni el que ahora acoge la ley en vigor.

Ya el Informe del CGPJ de 11 de abril de 2013 y el Informe del Consejo Fiscal de 20 de marzo de 2013 propusieron que se tramitara como proyecto de ley orgánica por afectar a normas penales y tener un incuestionable carácter penal, razón por la cual el Consejo de Estado entendió que su competencia habría de fundarse en el art. 149.1.6º CE, no sólo en cuanto “legislación procesal” sino como “legislación penal”. Y así se recoge actualmente en la Disposición final segunda de la LO 7/2014.

En su Informe de 11 de abril de 2013, el CGPJ ya incluía entre los supuestos en los que las condenas de Estado miembros de la UE deberían ser tenidas en cuenta de modo equivalente a las condenas nacionales, en virtud de los arts. 14 y 15 del Anteproyecto de 30 de enero de 2013, el límite máximo de cumplimiento (art. 76 CP).

También el Dictamen del Consejo de Estado entiende que entre los supuestos en los que deben ser tenidas en cuenta las condenas europeas anteriores, con los mismos efectos jurídicos que si fueran internas, conforme al principio general de equivalencia, está el límite máximo de cumplimiento (art. 76 CP).

Y así se acogió en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica:

*“La regulación del título II de esta ley supone la consagración del principio de eficacia general o equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea mediante su toma en consideración en procesos posteriores derivados de la comisión de nuevos delitos. Ello significa que, **al igual que ocurre con las condenas anteriores pronunciadas en España, las que se dicten en otros Estados miembros deberán ser tenidas en cuenta tanto durante el proceso, como en la fase previa al mismo y en la de ejecución de la condena.** En este sentido, **esas condenas dictadas con anterioridad en otros Estados miembros habrán de ser tenidas en cuenta**, entre otros casos posibles, para acordar una prisión provisional o la cantidad y calidad de la fianza a prestar para eludirla, **para** determinar la pena o el **límite máximo de cumplimiento...**”.*

Así como en el art. 14 del Proyecto de Ley Orgánica —recogiendo las recomendaciones del Consejo de Estado—:

*“Efectos jurídicos de las resoluciones condenatorias anteriores sobre el nuevo proceso penal. 1. Las condenas anteriores firmes dictadas por el órgano jurisdiccional penal competente en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los **mismos efectos jurídicos** que las condenas anteriores firmes dictadas en España. Esta **equivalencia de efectos jurídicos** se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y con ocasión de la **ejecución de la condena impuesta**.”*

También el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por los Estados Miembros de la Decisión marco 2008/675/JAI (Bruselas 2.6.2014 COM 2014 312 final) recoge que

*“El artículo 3, apartados 1 y 2, aborda los principios generales de Derecho Penal y los procedimientos previstos, por ejemplo, en los códigos de enjuiciamiento penal para tener en cuenta, en el marco de un nuevo proceso penal, una condena pronunciada en otro Estado miembro. La aplicación del artículo 3, apartados 4 y 5, debe evaluarse a la luz de los principios y procedimientos del Derecho Penal nacional relativos específicamente a la imposición de penas (**por ejemplo, penas acumuladas**).”*

Y de ningún otro modo puede entenderse la Decisión Marco 675/2008. Así la entendieron el mencionado Dictamen del Consejo de Estado, el CGPJ y el Ministerio de Justicia.

Y la misma Audiencia Nacional en el Auto de la Sección 3ª de 19 de diciembre de 2014 referido, cuando afirma que la legislación se ha modificado “en **sentido contrario a lo dispuesto por la Decisión Marco...**”.

3. Interpretación de la DM 675/2008 relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal

La Decisión Marco 675/2008, que entró en vigor el 16 de agosto de 2008, es uno de los desarrollos de la revolución que supone el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (art. 82 Tratado de Funcionamiento de la UE) para la creación de un Espacio de Justicia (art. 31.a del Tratado de la UE) basado en la confianza mutua.

Las decisiones marco, instrumento del llamado Tercer Pilar ya sustituido por las directivas, tienen una peculiar naturaleza jurídica. La incorporación al ordenamiento español constituye ejecución o cumplimiento de un acuerdo internacional. Las Decisiones marco obligan en cuanto al resultado, dejando a los Estados la forma y los medios. No tienen efecto directo, a diferencia de las directivas, pero el principio de interpretación conforme es vinculante en relación con las decisiones marco adoptadas en el contexto del Título VI del antiguo Tratado de la UE (véase el art. 34.2.b en la versión resultante del Tratado de Ámsterdam y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) de 16 de junio de 2005 —caso María Pupino—).

El Informe del Ministerio Fiscal de 28 de agosto de 2014 emitido en la recurso de casación que dio lugar a la STS 874/2014 —se puede observar que la posición de fiscalía es en gran parte acogida en el Auto de la Sección 2ª de 2 de diciembre— intenta restar valor a la STS 186/2014, principalmente sacando de contexto algunas frases de la DM 675/2008 con el fin de aparentar que la DM 675/2008 dice lo contrario de lo que realmente establece —“pudiera no tener tanto alcance como el TS [STS 186/2013] ha querido ver”, apunta en su juicio de intenciones—.

Alude el MF a que la DM (art. 3.3) no permite interferir en decisiones de ejecución de penas en el estado miembro en el que se desarrolle el nuevo proceso (incluida la ejecución de la condena con la que finalice este nuevo proceso, es decir, posterior a la condena extranjera). Y es evidente que no es así. La previsión del art. 3.3 DM —mal traspuesta por el legislador nacional en el art. 14.2 LO 7/2014— se refiere a que la condena de otro país miembro no interferirá en las condenas anteriores que hubiera en el país receptor, en este

caso España, ni en la ejecución de esas condenas anteriores a la extranjera, ni permitirá la revocación o revisión de esas condenas españolas anteriores a la extranjera. Es evidente que una condena extranjera posterior no podría tener consecuencias respecto a una condena española anterior, al menos en perjuicio del reo, porque obviamente el principio de cosa juzgada y de seguridad jurídica no lo permitiría en España, aunque no existiera el art. 3.3º DM 675/2008.

Transcribe el MF el Considerando 6 de la DM 675/2008³⁶⁴, esto es, que la DM no recoge lo contenido en otras DM como la 909/2008, relativa al reconocimiento mutuo. Y ello es evidente, razón por la cual la DM 909/2008 se traspone mediante la Ley 23/2014 —que en su Proyecto de Ley tampoco impedía la acumulación de condenas extranjeras— mediante su remisión por sus arts. 63.2 y 86.1 a la LO 7/2014 en lo relativo a las condenas ya cumplidas, quedando el ámbito de aplicación de ésta a las pendientes de cumplir. Y esa es la razón por la que la DM 675/2008 no entra en esa materia, porque no significa que se vaya a cumplir en España una condena extranjera, sino de dotar a las condenas de países miembros los mismos efectos en ejecución de una condena posterior que si fuera una condena española, esto es, aplicar los arts. 76 CP y 988 LECrim conforme el principio de equivalencia.

Se refiere el MF también al Considerando 2, que se sitúa en el ámbito del reconocimiento mutuo (Consejo Europeo de 29 de noviembre de 2000), y que en todo caso no impidió al CGPJ, al Consejo de Estado y al Ministerio de Justicia (véase la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica antes transcrita) entender que *“esas condenas dictadas con anterioridad en otros Estados miembros habrán de ser tenidas en cuenta, entre otros casos posibles, para acordar una prisión provisional o la cantidad y calidad de la fianza a prestar para eludirla, para determinar la pena o el límite máximo de cumplimiento”*. El Ministerio Fiscal pretende extraer de frases descontextualizadas del proceso de

³⁶⁴ “Al contrario que otros instrumentos, la presente Decisión marco no tiene por objeto la ejecución en un Estado miembro de las decisiones judiciales tomadas en otro Estado miembro. La presente Decisión pretende más bien permitir que se puedan vincular consecuencias a una condena anterior pronunciada en un Estado miembro con motivo de un nuevo proceso penal en otro Estado miembro, en la medida que dichas consecuencias están vinculadas a penas nacionales previas con arreglo al Derecho de ese otro Estado miembro”.

construcción del Espacio de Justicia mensajes normativos no contenidos en la DM.

Lo mismo ocurre con la cita del Considerando 9 y el 8, que claramente se refieren a evitar perjuicios para el reo, esto es, que la aplicación de la DM no ha de llevar a dar a las condenas extranjeras un efecto más perjudicial para el reo que el que hubiera tenido una condena nacional; aspecto que encuentra regulación en el art. 83 Ley 23/2014 respecto a la adaptación de condenas aún no cumplidas completamente, otorgando al juzgador flexibilidad para evitar penas desproporcionadas.

Alega también el Fiscal que las decisiones marco no tienen efecto directo y que el TS se lo habría dado en su STS 186/2014, lo cual evidentemente no se sostiene por este en ningún momento —que las decisiones marco no tienen el mismo efecto directo que las directivas ni antes ni después de terminado su plazo de trasposición es algo pacífico—. Sin embargo las decisiones marco sí tienen desde su entrada en vigor el efecto de obligar a lograr los resultados pretendidos por ellas y a la interpretación conforme de la legislación nacional en la “medida en que sea posible”, esto es, obviamente sin producir una interpretación incompatible con el derecho nacional. El resultado de la interpretación conforme a la DM 675/2008 que realiza el TS en su sentencia 186/2014 evidentemente no es *contra legem*. No existía ninguna prohibición de acumulación; al contrario, existía una jurisprudencia basada en tres sentencias anteriores que no veían obstáculo alguno en acumular condenas extranjeras —y una sola, que como es bien sabido no constituye jurisprudencia, en sentido contrario—. Basándose esta en un argumento (la imposibilidad de haber juzgado ambas en un solo procedimiento por haberse producido en territorios soberanos distintos) no sólo contradictorio con las otras tres sentencias, sino con base en un criterio adjetivo *extra legem* contrario a reo. Argumento además expresamente valorado y rechazado por la STS 186/2014. Pretende de este modo el MF introducir, por medio de los lógicos límites al principio de interpretación conforme, un argumento que ya había sido rechazado por la jurisprudencia consolidada.

En definitiva, en todo momento se considera aceptable —y no interferencia— que se haga con la condena extranjera anterior lo mismo que podría hacerse con la condena nacional. Este es el término de comparación adecuado. El artículo 3.3 DM 675/2008 inmediatamente es aclarado en este sentido por el número 4

—no cabe aislar, como hace el fiscal, una frase de la Decisión Marco y privarle de su sentido sistemático—. En todo momento se define la equivalencia acogiendo la posibilidad de la acumulación en fase de ejecución de la condena (Considerando 7): ahí está el verdadero espíritu de la DM, que contradice una modificación como la LO 7/2014, que cercena la acumulación en fase de ejecución, que por definición va a ser de hechos previos.

Un último dato. La solicitud de acumulación de Urrosolo Sistiaga se resolvió favorablemente en marzo por la STS 186/2014, de 13 de marzo. Las solicitudes de Picabea Ugalde, Guisasola Solozábal y Caride Simón se presentaron ese mismo mes³⁶⁵. La de García Corporales en abril. Las restantes, lo desconozco. Sin embargo, las sentencias condenatorias francesas, solicitadas a través del Magistrado de Enlace de España en Francia, Sr. Juan Pablo González, tardaron meses y meses en llegar, en varios casos incompletas, tras reiterarse los requerimientos en varias ocasiones. A finales de septiembre, el Gobierno, a través del Grupo Popular en el Senado, dio un golpe de timón a los proyectos de ley en tramitación para dar un giro de 180 grados respecto al principio de equivalencia de efectos jurídicos que contenían los proyectos; hasta ese

³⁶⁵ Una de las solicitudes de acumulación resueltas favorablemente por Auto de la Sección 1ª de 2 de diciembre de 2014 se presentó el 26 de marzo del mismo año; se solicitó información al Magistrado de Enlace de España sobre las condenas francesas por Diligencia de Ordenación del 10 de abril; el 11 de junio se informó por el Magistrado de Enlace de que se había remitido por correo ordinario; el 26 de junio se recibió una de las dos sentencias; el 11 de julio se requirió al Magistrado de Enlace para que remitiera la documentación completa solicitada; el 29 de septiembre se acusó recibo de documentación complementaria, pero aún incompleta, recibida del Magistrado de Enlace; el 27 de octubre se requirió a la Magistrada de Enlace de Francia para que, dada la insuficiencia de la información de Interpol-España, informara sobre la fecha de detención en Francia; el 30 de octubre se aprobó en el Congreso la LO 7/2014; el 11 de noviembre se dio traslado al Ministerio Fiscal de toda la documentación existente para informe; el 13 de noviembre se publicó en el BOE la LO 7/2014; el 24 de noviembre la Sala requirió al Ministerio Fiscal, estando pendiente el informe solicitado el 11 de noviembre, 13 días antes, “la emisión del pronunciamiento solicitado antes del próximo jueves 27 de noviembre” (subrayado en el original); el 25 de noviembre, recibido el informe del MF, pasaron las actuaciones a la mesa del ponente; el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del viernes 28 de noviembre no alcanzó un acuerdo interpretativo; el martes siguiente, día 2 de diciembre, se resolvió en el Auto referido.

momento con eficacia también en el ámbito de la ejecución de las penas y en concreto en relación con la aplicabilidad del art. 988 LECrim. Desde marzo hasta diciembre de 2014 se pudieron dictar autos por las secciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en relación con siete solicitudes; cuatro de ellas de presos ‘de la vía Nanclares’. El Ministerio Fiscal recurrió tres de ellas, las resueltas por la Sección 1ª de la Audiencia Nacional el 2 de diciembre. Al parecer, lo desconozco³⁶⁶, había decenas de solicitudes pendientes de resolución a la entrada en vigor de la Ley 23/2014 y de la LO 7/2014.

Curiosamente, e incoherentemente a mi juicio, el efecto de la Ley 23/2014 y de la LO 7/2014 podría ser que el art. 76 CP pudiera aplicarse a condenas tailandesas o bolivianas pero no a las europeas. También podría tener el efecto de que no se pueda acumular las condenas a los presos de ETA condenados antes de 15 de agosto de 2010 (sin que se entienda ni la justificación de ese límite temporal ni porqué se toma la fecha de límite de trasposición y no la de entrada en vigor de la DM, que fue el 15 de agosto de 2008) pero sí a partir de esa fecha y los que lo sean a partir de ahora.

En conclusión, la normativa vigente hasta diciembre de 2014 sobre esta materia y la interpretación consolidada de la misma, también conforme al único entendimiento posible de la DM 675/2008, en vigor desde el 16 de agosto de 2008 —la introducción de la fecha del 15 de agosto de 2010 en la Disposición adicional única de la LO 7/2014 en lugar de esta debe de basarse en una analogía con los efectos directos de las directivas al transcurrir su plazo de trasposición— conducía sin ninguna duda a la acumulabilidad de las condenas extranjeras —si se quiere con más razón las de estados miembros de la UE conforme al principio de interpretación conforme de las decisiones marco y su carácter vinculante en cuanto a los resultados que se han de obtener— con las españolas.

³⁶⁶ El Auto de la Sala de lo Penal 65/2015, de 29 de junio, hace referencia a 22 ejecutorias pendientes.

4. La reinterpretación de la jurisprudencia anterior a la publicación de la LO 7/2014

Tampoco cabe atender a los argumentos del Auto denegatorio de la Sección 2ª de 2 de diciembre, dictado antes de la entrada en vigor de la Ley 23/2014, que es la que recoge el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales de otros países miembros de la UE —remitiéndose a la LO 7/2014 en lo relativo a las condenas a penas privativas de libertad ya cumplidas (véase el art. 63, y su número 2º, introducido por enmienda del Grupo Popular en el Senado)— y de la LO 7/2014. El Auto, en su mayor parte tributario de la doctrina del MF, realiza un voluntarioso pero a mi juicio fallido intento de justificar el fallo del Auto.

Se basa el Auto en que la STS 186/2014 habría dicho que la acumulación no puede ser automática; en la existencia de una resolución anterior, STS 2117/2002, en sentido contrario; en la afirmación de la STS 186/2014 de la “ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante”; la publicación en el BOE de la LO 7/2014 [a pesar de reconocer su ausencia de vigencia legal, pero tomándola como “criterio interpretativo de la *voluntas legislatoris*”]; una supuesta ausencia de regulación previa —se omite ahora la característica de expresa y específica sobre la acumulación de condenas extranjeras—; la duda de que la STS 186/2014 pueda extrapolarse al caso a resolver; la ausencia de efecto directo de las decisiones marco no traspuestas; que el principio de interpretación conforme (interpretación de la legislación nacional para alcanzar el resultado a que se refiere la letra y la ley de una decisión marco) no puede llevar a una interpretación *contra legem* de la legislación nacional; ambiguas alusiones a la seguridad jurídica; y un ambiguo concepto de la conexidad, valorándola en el caso como “desdibujada” (sic).

A lo largo del presente trabajo se da cumplida respuesta a estos argumentos, pero conviene destacar algunos de ellos. En primer lugar, que el criterio de la conexidad con base en un criterio exclusivamente temporal, de modo que solo se excluyen hechos posteriores a la sentencia con la que se hayan de acumular, es jurisprudencia clara, pacífica, indiscutida e indiscutible, por lo que la alusión al “desdibujamiento” de la conexidad carece del mínimo rigor; o son acumulables en virtud de la fecha de los hechos y de la sentencia o no.

En segundo lugar, que la STS 2117/2002 es la única que se opone a la acumulación —antes de 2014 ya existían las SSTS 1129/2000, de 27 de junio; 926/2005, de 30 de junio; y 368/2013, de 17 de abril— y ya fue conocida por la STS 186/2014 cuando decidió desautorizar su doctrina (“nada impide la acumulación de condenas extranjeras”) y acordar la acumulación.

En tercer lugar, que la interpretación conforme a todo lo que significa el espacio europeo de justicia, libertad y seguridad y conforme a la DM 675/2008 —esto es, al principio de equivalencia de efectos jurídicos, también en la fase de ejecución, de las condenas nacionales posteriores a una condena de un estado miembro— realizada por la STS 186/2014 —que nunca otorgó a la DM el efecto directo de una Directiva— no es una interpretación *contra legem*, como cae por su propio peso, salvo que se quiera afirmar que la STS 186/2014 es contraria a la ley.

En cuarto lugar, que antes de la entrada en vigor de la LO 7/2014 no había una ausencia de regulación —puesto que estaban vigentes los arts. 76 CP y 988 LECrim, el art. 56 del Convenio Europeo nº 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales de 28 de mayo de 1970 (BOE 78/1996, de 30 de marzo) y la DM 675/2008, desde el 16 de agosto de 2008— sino una ausencia de previsión *específica* en la legislación nacional para las condenas extranjeras en el marco de una previsión legal general de acumulación de cualquier condena cuyos hechos no fueran posteriores a la condena con la que se pretende acumular. En consecuencia, no hay ninguna laguna que haya de colmarse con un criterio interpretativo basado en una ley que no ha entrado en vigor.

En quinto lugar, que si ya es dudosa la validez de la LO 7/2014 a partir de su entrada en vigor —lo cual quizás acabe siendo resuelto por el Tribunal de Justicia de la UE—, ningún valor interpretativo cabe atribuirle a la vista de su evidente contradicción con los resultados perseguidos por la letra y el espíritu de la DM 675/2008, que es la que estaba en vigor como criterio interpretativo vinculante y que obliga a que, a partir de su entrada en vigor el 16 de agosto de 2008, las resoluciones de acumulación de condenas se tomen en la medida de lo posible —y la legislación española no lo impedía, como ha quedado claro— conforme al principio de equivalencia con las condenas nacionales, al margen de que las condenas a acumular sean anteriores a 2008; letra y espíritu tan evidentes que llevaron al Consejo de Estado a recomendar al Gobierno muy sustanciales modificaciones al Anteproyecto y que el Gobierno acogió en el

Proyecto de Ley Orgánica remitido al Congreso (cabe advertir de que el texto del proyecto remitido por el Congreso al Senado hubiera permitido seguir acumulando condenas extranjeras tal como estableció la STS 186/2014 y que solo una, permítaseme decir, semifraudulenta y subrepticia *auto-enmienda ad hoc* lo impide conforme a la versión final de la LO 7/2014).

En sexto lugar, la entrada en vigor de la LO 7/2014 produce una modificación desfavorable del régimen jurídico respecto a la posibilidad de acumular las condenas de países miembros de la UE —no del resto, que sigue incólume—, por lo que su aplicación a solicitudes de acumulación anteriores a su entrada en vigor o al menos a las resueltas antes de su entrada en vigor, comportaría una vulneración del derecho a la irretroactividad penal y al derecho a la irretroactividad de las normas desfavorables (arts. 9.3 y 25.1 CE y art. 7 CEDH).

Por último, la supuesta afirmación de la STS 186/2014 de que la acumulación no sería automática, como se puede observar con su lectura, no puede sino referirse a que el Tribunal Supremo no tenía información sobre la condena francesa a acumular —información que por cierto se recibió en la AN el 4 de diciembre, 9 meses después de la STS—, como queda claro en el punto 4º del Fundamento de Derecho primero de la STS 186/2014, lo que no le impidió estimar el motivo y ordenar a la AN incluir la condena francesa entre las susceptibles de acumulación.

Por su parte, en el periodo de marzo a diciembre de 2014, la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó los Autos de 21 de octubre de 2014 (caso Carmen Guisasola) y de 9 de junio de 2014 (caso Jesús García Corporales). Ambos autos, estimatorios de la acumulación, son autos firmes por no haber sido recurridos por el Ministerio Fiscal ni la Abogacía del Estado.

Según el Informe del CGPJ de 11 de abril de 2013:

“El artículo 14, que versa sobre la consideración de resoluciones condenatorias con motivo de un nuevo proceso penal, modificando el concepto de reincidencia del artículo 22.8ª del Código Penal, y el artículo 15, que determina los efectos jurídicos de las resoluciones condenatorias firmes dictadas en otros Estados miembros sobre el nuevo proceso penal, tienen un incuestionable carácter penal, afectando a los presupuestos legales de la prisión provisional, a la determinación y graduación de las penas y a la

ejecución de las privativas de libertad, por lo que deberán ser regulados mediante Ley Orgánica.”

También el Informe del Consejo Fiscal de 20 de marzo de 2013 propuso que se tramitara como proyecto de ley orgánica por afectar a normas penales y tener un incuestionable carácter penal, razón por la cual el Consejo de Estado entendió que su competencia habría de fundarse en el art. 149.1.6º CE no sólo en cuanto “legislación procesal” sino “legislación penal”. Y así se recoge actualmente en la Disposición final segunda de la LO 7/2014.

En consecuencia, es sin duda una cuestión que queda comprendida en la prohibición de retroactividad de los arts. 9.3 y 25.1 CE, art. 7 CEDH y arts. 9 y 15 del PIDCP, por lo que no cabe aplicar las nuevas leyes a condenas anteriores a su entrada en vigor.

La decisión sobre el límite de cumplimiento afecta al contenido esencial de la pena, incidiendo directamente en el derecho fundamental a la libertad, por lo que conforme a la STEDH en el caso Inés Del Río Prada le alcanza la prohibición de retroactividad de los arts. 9.3 y 25.1 CE, art. 7 CEDH y arts. 9 y 15 del PIDCP.

La DM 675/2008, desde la fecha de su entrada en vigor el 16 de agosto de 2008, conforme a la única interpretación de la misma posible y el *principio de interpretación conforme*, establece claramente el principio de equivalencia de efectos jurídicos de las condenas de otros estados miembros de la UE en España, esto es, otorgarles los mismos efectos que hubiera tenido una condena en Madrid, Ceuta o Gijón. Interpretado el art. 76.2 CP conforme a esta DM, como hizo la STS 186/2014, se genera una expectativa de derecho aplicable que forma parte intrínseca e indisoluble de la propia norma interpretada, el art. 76 CP, de modo que una norma posterior que reduzca el ámbito de aplicación de dicho art. 76 CP no puede ser aplicada a solicitudes de acumulación de condenas formuladas con base en esta legislación aplicable.

La Disposición transitoria primera de la Ley 23/2014 regula su régimen transitorio:

“1. Esta Ley será aplicable a las resoluciones que se transmitan por las autoridades competentes españolas o que se reciban por esas autoridades con posterioridad a su entrada en vigor, con independencia de que hubieran sido dictadas con anterioridad o de que se refieran a hechos anteriores a la

misma. 2. Las resoluciones cuya solicitud de reconocimiento y ejecución hubiera sido transmitida por las autoridades judiciales españolas o que se hubieran recibido por esas autoridades en el momento de la entrada en vigor de esta Ley, seguirán tramitándose hasta su conclusión conforme a las normas vigentes en aquel momento. 3. A los solos efectos de lo dispuesto en el artículo 83.1 de la presente Ley, cuando se trate de solicitudes de reconocimiento y ejecución que hubieran podido ser presentadas a partir del 5 de diciembre de 2011 y antes de la entrada en vigor de la presente Ley, será aplicable la legislación vigente al tiempo de la solicitud de ser más favorable para el condenado.”

La LO 7/2014 carece de disposiciones transitorias.

En nuestro derecho procesal se parte del principio de irretroactividad de sus normas. Formulación que se completa con las llamadas normas de derecho procesal transitorio o intertemporal, contenidas en las disposiciones transitorias de las leyes procesales, y que determinan el régimen jurídico a partir del cual se da respuesta a los posibles problemas de aplicación de una nueva Ley procesal a procesos que nacieron bajo una regulación anterior y que aún están pendientes. Criterio que expresamente ya ha sido rechazado por el ATS (1ª) de 24 de abril de 2001, donde se vuelve a afirmar que “lo determinante en la aplicación del nuevo régimen es la fecha de la sentencia [o Auto] y no la preparación del recurso”. En particular la LEC 1/2000 ha seguido el llamado sistema de las instancias como el más adecuado y menos distorsionador para resolver los problemas de aplicación de la nueva Ley procesal.

Más allá de la cuestión transitoria y entrando en el fondo del asunto, hay que recordar que el Consejo de Estado en el citado Dictamen recomendó una redacción más respetuosa con la DM, dado que el texto sometido a informe, el Anteproyecto, no recogía con precisión el principio de equivalencia, incluso en la ejecución, reduciéndolo en su art. 14 a la aplicación de la reincidencia en su primera versión y a los efectos de la aplicación de las reglas de aplicación de las penas en la versión sometida al dictamen del Consejo de Estado y una formulación más general pero ambigua en su art. 15.

El objeto de la Decisión Marco 2008/675/JAI es establecer las condiciones en las cuales se deberán tener en cuenta, con motivo de un proceso penal incoado

contra una determinada persona en un Estado miembro, las condenas anteriores pronunciadas "contra la misma persona por hechos diferentes" (artículo 1.1).

A tal fin, se establecen, entre otras, dos disposiciones fundamentales:

i) Por una parte, se consagra en el artículo 3.1 de la Decisión Marco 2008/675/JAI el principio de equivalencia de efectos jurídicos entre las condenas anteriores nacionales y las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra las mismas personas por hechos diferentes:

"Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes, sobre las cuales se haya obtenido información a través de los instrumentos de asistencia jurídica aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales, en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional".

ii) Por otra parte, se prevé en el artículo 3.2 de la Decisión Marco 2008/675/JAI que el principio de equivalencia de efectos jurídicos resultará de aplicación en la fase previa del proceso penal, durante el propio proceso y en el momento de ejecución de la condena:

"El apartado 1 se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de pena impuesta, e incluso la normas que rigen la ejecución de la resolución".

Los efectos jurídicos de las condenas anteriores contra la misma persona por hechos distintos pueden ser muy variados en el ordenamiento español:

- Si la condena anterior dictada contra la misma persona por hechos distintos apreció un delito de la misma naturaleza, procede la aplicación de la circunstancia agravante de "reincidencia" (artículo 22.8ª del Código Penal).

- Si la condena anterior pronunciada contra la misma persona por hechos distintos apreció un delito de distinta naturaleza, esta "reiteración" deberá ser tenida en cuenta, tal y como se señaló en el apartado V "Naturaleza normativa" del presente dictamen, para acordar la prisión provisional (artículo 503.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal - LECrim-) y la cantidad y calidad de la fianza que debe prestarse para eludirla (artículo 531 de la LECrim); determinar la pena (artículo 66.6ª del Código Penal -CP-) **o el límite máximo de cumplimiento (artículo 76 del CP)**; denegar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por no ser la primera vez que delinque el condenado (artículos 80 y 81.1 del CP), decretar la suspensión de la pena privativa de libertad cuando el reo haya delinquido por su adición a sustancias estupefacientes (artículo 87 del CP); ponderar la condición de reo habitual a los fines de la sustitución de la pena privativa de libertad (artículo 88 del CP) y fijar el plazo para cancelación de los antecedentes penales (artículo 136.2.2º), entre otros supuestos.

La modificación entre la primera versión del Anteproyecto y la segunda, consistente en la sustitución de "a efectos de la aplicación de las reglas de reincidencia" por "a efectos de aplicación de las reglas de aplicación de la pena", en modo alguno subsanaba las graves deficiencias del Anteproyecto en este punto, pues la consideración de las condenas anteriores en un nuevo proceso penal "contra la misma persona por hechos distintos", prevista en el artículo 3.1 de la Decisión 2008/675/JAI, no se agota en el concreto ámbito de "las reglas de aplicación de la pena", sino que, como dice el artículo 3.2 de la Decisión 2008/675/JAI, deberá jugar "en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución".

Y así, el Dictamen del Consejo de Estado llegó a la conclusión de que el Anteproyecto sometido a consulta transponía los artículos 3.1 y 3.2 de la Decisión Marco 2008/675/JAI con una ostensible falta de rigor en sus respectivos artículos 14.1 y 15.1, por lo que propuso una nueva redacción de un nuevo art.

14³⁶⁷, que fue acogida en su art. 14 y en su Exposición de Motivos por el Proyecto de Ley Orgánica presentado al Congreso, como se ha recogido *supra*.

En conclusión, el texto final de la LO 7/2014 y de la Ley 23/2014 eluden intencionadamente —con base en unas enmiendas *ad hoc* para un grupo de casos, en contra de los proyectos de ley remitidos al Congreso elaborados conforme a las recomendaciones del Consejo de Estado, con expresa mención al principio general de equivalencia de los efectos jurídicos en relación con el art. 988 LECrim y art. 76 CP— producir los resultados previstos en la DM 675/2008, por lo que son contrarias a los arts. 34.2.b en la versión resultante del Tratado de Ámsterdam y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) de 16 de junio de 2005 —caso María Pupino—.

Dado que el art. 35.1 del Tratado de la UE permite someter a cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la validez e interpretación de sus medidas de aplicación, la validez del art. 14.2 LO 7/2014 podría ser sometida a una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE para los casos que queden en el futuro afectados por la referida Ley Orgánica³⁶⁸.

Por una parte, habría que ver si, ante una trasposición deficiente de la DM, puede el juez aplicar directamente los derechos que derivan de dicha DM. Aquí se plantea un tema ya clásico desde la sentencia María Pupino de 2005 del TJUE, relativo a la posibilidad de reconocer el efecto directo de las DM, al igual que se venía haciendo con las Directivas. Si bien siempre se les negó dicho efecto directo (a la luz de lo que el propio Tratado de la UE decía cuando aún había decisiones marco), se ha ido matizando esa negativa y moldeándola, con el fin de atribuirles algún tipo de efecto. Además, con la entrada en vigor del

³⁶⁷ Resultante de la refundición de sus artículos 14.1 y 15.1, bajo la rúbrica "Efectos jurídicos de las resoluciones condenatorias anteriores sobre el nuevo proceso penal" y cuyo apartado 1 tuviera el siguiente tenor: "1. Las condenas anteriores firmes pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que las condenas anteriores firmes dictadas en España. Esta equivalencia de efectos jurídicos se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y con ocasión de la ejecución de la condena impuesta".

³⁶⁸ Véase BARAS GONZÁLEZ (2013, pp. 50 y ss).

Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, desaparecen las DM, normas propias del antiguo Tercer Pilar comunitario, que según el régimen transitorio de cinco años prescrito por el Protocolo 36 del Tratado de Lisboa, han permanecido en vigor y mantenido sus efectos hasta su modificación, anulación o derogación. Con el Tratado de Lisboa desaparecen las DM ante las Directivas, que son ahora el instrumento privilegiado en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE. El plazo de 5 años para el régimen transitorio ha expirado, cosa importante ya que implica que algunas limitaciones que señalaba dicho Protocolo en cuanto a la actuación tanto de la Comisión como del TJUE en materia de cooperación judicial y penal han desaparecido.

Como señala el Informe de la Comisión de 2 de junio de 2014 antes referido, a partir del 1 de diciembre de 2014 las competencias judiciales del TJUE y la facultad de la Comisión para incoar procedimientos de infracción se aplicarán plenamente en lo que se refiere al acervo de la UE anterior al Tratado de Lisboa en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal y la cooperación policial.

A la luz de la jurisprudencia del TJUE desde el caso Pupino y del nuevo marco normativo tras la entrada en vigor del TUE y el TFUE a finales del 2009, habría muchas posibilidades para que el TJUE reconociera dicho efecto directo a las DM. Cabe recordar que hay una jurisprudencia consolidada del TJUE que reconoce el principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la UE (TJUE Francovich/Bonifaci 1991), lo que abriría un derecho a indemnización (TJUE Francovich/Bonifaci 1991).

La Comisión europea emite informes sobre el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones de trasposición. En el ya referido Informe de 2 de junio de 2014, la Comisión destacó el incumplimiento por España, y otros 5 Estados, del plazo de trasposición, obstaculizando así la aplicación de la DM en el conjunto de la UE. Aunque en 9 casos la Comisión no contaba con información suficiente para realizar una valoración completa, la Comisión no constató que ninguno de los 22 Estados trasponentes hubiera infringido sus deberes de trasposición, pero sí constata que en 13 de ellos el nivel de conformidad con la letra y el espíritu de la Decisión marco era satisfactorio. España sería por tanto el primer caso en que se podría constatar la disconformidad.

5. STS 874/2014: aplicación retroactiva de la LO 7/2014

Sin embargo, la Sentencia 874/2014, de 27 de enero de 2015, del Pleno Jurisdiccional, Ponente Soriano Soriano, adoptada por mayoría de 9 a 6 de los concurrentes, con cuatro votos particulares suscritos por varios de los discrepantes, con adhesión de los otros cinco, tras dos sesiones de deliberación, el 16 de diciembre de 2014 y el 13 de enero de 2015, vino a cerrar la ventana que se abrió con la STS 186/2014, no solo a partir de la entrada en vigor de la LO 7/2014, sino respecto a los asuntos resueltos por la Audiencia Nacional el 4 de septiembre de 2014 y el 2 de diciembre de 2014, esto es, aplicando la nueva norma retroactivamente.

A mi juicio, esta STS incurre en vulneración de derechos fundamentales: el derecho fundamental a la legalidad penal (artículo 25.1º y 9.3º CE; art. 7 de la CEDH; art. 49 de la Carta Derechos Fundamentales de la UE), en su vertiente de derecho a la irretroactividad de las normas penales desfavorables, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, por motivación arbitraria, ilógica y/o errónea de la sentencia (art. 24.1 CE; art. 6 CEDH; art. 47 CDFUE), a la libertad (art. 17 CE; art. 5 CEDH; art. 6 CDFUE) y a la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 15 CE; art. 3 CEDH; art. 4 CDFUE); el derecho fundamental a la igualdad ante la ley (artículo 14 CE; art. 14 CEDH; art. 20 Carta de Derechos Fundamentales de la UE) y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso equitativo (artículo 24 C.E. art. 6 CEDH; art. 47 CDFUE).

La tesis que se sostiene es que la Sentencia, del Pleno Jurisdiccional del TS, nº 874/2014, de 27 de enero de 2015, aplica retroactivamente una norma desfavorable para el penado (vulnerando los arts. 25.1º y 9.3º CE), como es la LO 7/2014, a un supuesto abarcado por el derecho a la irretroactividad, como es la fijación del límite de cumplimiento, que habría de haber sido resuelto conforme al derecho y la interpretación jurisprudencial vigente en el momento de plantearse ante el órgano judicial competente, haciéndolo con una motivación arbitraria e irrazonable, esto es, declarando *contra legem* la interpretación entonces vigente de forma sobrevenida puesto que tal ley contraria no existía (art. 24 CE), de modo que con ello se vulnera el derecho a la libertad del penado (art. 17 CE), al prolongar la estancia en prisión más allá del límite legal, y la prohibición de penas inhumanas, crueles o degradantes, al permitir el

cumplimiento de una pena que rebasa el límite de estancia en prisión que la ley aplicable considera conforme al art. 15 CE, e infringiendo también con ello los arts. 3 y 7 de la CEDH, que a su vez forman parte de los principios generales de la UE (art. 6.3 TUE), y los arts. 4, 6, 47 y 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

La Sentencia aplica retroactivamente a la acumulación jurídica de las penas y fijación del límite de cumplimiento (art. 988 LECr y 70.2º CP 1973 y art. 76 CP 1995) una ley —la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, publicada en el BOE los días 13 y 14 de noviembre de 2014— que no estaba vigente cuando se solicitó la acumulación jurídica de la condena francesa en marzo de 2014, ni cuando se resolvió por Auto de 4 de septiembre de 2014, ni cuando se interpuso recurso de casación contra dicho Auto. Ni siquiera se habían presentado las enmiendas en el Senado por lo que un cambio interpretativo era totalmente imprevisible.

Por mucho que trate de negarse esta aplicación retroactiva, o de justificarse, aduciendo que no se aplica la ley sino que se hace una interpretación de los citados arts. 70.2º CP 1973 y 76 CP 1995 a la nueva luz de la DM 675/2008 desde la perspectiva de su trasposición por la LO 7/2014, para afirmar que la interpretación dada por la STS nº 186 de 13 de marzo de 2014 ¡habría devenido *contra legem*!, lo cierto es que afirmar que una interpretación es *contra legem* para un periodo en que no existía tal ley es otorgar a dicha ley un efecto hacia el pasado incompatible con el derecho a la legalidad penal en su vertiente *nulla poena sine lege*.

Las SSTS 178 y 179/2015 (F.Dº Primero. 3) califican la LO 7/2014 como “obstáculo o circunstancia fáctica impeditiva”, con lo cual el asombro no decae: ¿cómo puede una circunstancia fáctica convertir una interpretación en *contra legem*? ¿Un hecho es una ley? ¿Un hecho convierte una interpretación jurisprudencial en ilegal? ¿Si lo decimos en latín se percibe menos la contradicción? La respuesta es evidente.

Dice el apartado VII del Voto particular de Miguel Colmenero a la STS 874/2014:

“Es cierto que nada impide un cambio de criterio jurisprudencial en la interpretación de una norma concreta. Tal cosa es posible, aunque exija una fundamentación suficiente para evitar lesiones en el principio de igualdad y

para plasmar la ausencia de arbitrariedad. Desde esta perspectiva, habría sido posible, dentro de sus límites, una sentencia en la que se rectificara lo hasta entonces mantenido. En la deliberación, sin embargo, no se desarrollaron argumentos según los cuales fuera preciso rectificar el criterio interpretativo de los artículos 76 del CP y 988 de la LECrim, consignado en la STS n° 186/2014, por considerarlo erróneo. No se expuso, ni se sometió a votación, ninguna razón para excluir de la acumulación, antes de la LO 7/2014, las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros. Pues la única razón expresa de la rectificación de aquel criterio fue, precisamente, y así se desprende de la sentencia mayoritaria, la entrada en vigor de la mencionada ley orgánica, de donde se deduce que de no existir tal norma lo procedente sería continuar con aquel mismo criterio. Lo cual es fuertemente sugestivo de que lo que se hace por la decisión de la mayoría, en realidad, no es modificar el criterio anterior por la fuerza de razonamientos entonces no desarrollados, contrarios a los contenidos en aquella sentencia, sino aplicar la nueva ley a situaciones ya consolidadas con anterioridad, si bien con resultados menos favorables para el reo. Lo cual supondría una aplicación retroactiva de norma más desfavorable contraria al artículo 9.3 de la Constitución” [los subrayados son míos].

Por su parte dice Luciano Varela (Voto particular, apartado 4.F):

“Lo cuestionable es afirmar que la norma decía lo que no decía, atribuyéndole significados implícitos nunca explicitados, ni la Jurisprudencia afirmaba lo que no afirmaba, a salvo una vez tan aislada como posteriormente desautorizada... En conclusión estimo que la sentencia impuesta por el criterio de la mayoría ha venido a vulnerar la exigencia implícita en el principio de legalidad garantizado en el artículo 25 de la Constitución por limitar el derecho de libertad del recurrente más allá de lo que autorizaba el Derecho -ley y jurisprudencia-antes de ser dictada la Ley Orgánica 7/2014”.

No se conocen, ni se citan por la sentencia, precedentes de vuelcos interpretativos desfavorables como este con base en una nueva ley de la cual se deduce una interpretación que sirve para ser aplicada a casos anteriores a su vigencia. Ni siquiera la denominada doctrina Parot fue un ejemplo tan claro de retroactividad, y fue desautorizada por el TEDH. No resulta fácil imaginar que, por ejemplo, a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal de 2015, se

apliquen al enjuiciamiento de hechos anteriores a su entrada en vigor las nuevas interpretaciones desfavorables que surjan del nuevo texto punitivo.

A juicio del voto particular redactado por el magistrado Luciano Varela, respaldado por los otros cinco magistrados discrepantes, “tal modificación implica una sucesión temporal de normas”:

“Desde la perspectiva de la lógica constituiría una falacia afirmar que la LO 7/2014 no se trae a colación para ser aplicada como una norma nueva, sino como un mero criterio de interpretación de la norma anterior, criterio que se considera incompatible con el mantenido antes de la promulgación de dicha Ley Orgánica”; “inocular los principios de una ley, más aún su traducción en norma positiva, en la norma precedente supone una ultraefectividad retroactiva que disimula vergonzantemente la efectiva aplicación de la norma bajo el falso ropaje de un mero criterio interpretativo”.

La STS 2030/2001, de 31 de octubre, Ponente Soriano Soriano, concluía: “debemos afirmar que, ante el conflicto, el principio más importante en la sucesión de Leyes es el de la irretroactividad de las no favorables, desde el momento que el referido principio se halla garantizado directamente por la Constitución”.

Además, no puede justificarse el cambio interpretativo perjudicial alegando que ahora aquella interpretación es *contra legem*, “porque no puede considerarse como Ley interna que impida la aplicación conforme de una Decisión Marco, precisamente a la norma de trasposición de dicha Decisión Marco que, por definición, debería ser conforme con la misma” (Voto particular redactado por Cándido Conde-Pumpido, Vigésimo tercero) o, como expresa el Voto particular del magistrado Joaquín Giménez, Cuarto, “el argumento de que después de la promulgación de la Ley 7/2014, su cumplimiento viene a ser obligatorio pues caso contrario se incurriría en una interpretación *“contra legem”*, pone en toda su crudeza la contradicción que supone aceptar que lo que fue posible aplicando [interpretando] directamente la DM, no es posible después de que la L.O. 7/2014, la ha traspuesto al derecho español”.

Lo cual, además, se hace interpretando que la DM permite la excepción/vaciamiento que se introdujo en la LO 7/2014, mediante enmienda en el Senado —anulación completa del principio de equivalencia para los efectos

positivos en la fase de ejecución—, con base en un artículo, el 3.5, que se refiere en su letra y en su sentido —a la luz de los Considerandos 8 y 9— al momento de la sentencia, de imposición de la pena, no de su ejecución, para evitar que el condenado en otro estado miembro sea de peor condición que si hubiera sido condenado en el propio país que enjuicia, lo cual por las dos razones —el momento procesal y el efecto perjudicial— no es el caso de la acumulación de condenas y limitación de cumplimiento; siendo además el art. 14.2 c LO 7/2014 no una excepción de las que permitiría la DM, sino una abierta contradicción y vaciamiento de contenido del principio de equivalencia en las acumulaciones de condena; vaciamiento que podía haber conducido a afirmar la invalidez del precepto introducido por la enmienda del Senado o al menos obligado a plantear la cuestión prejudicial al TJUE; artículo 14.2.c que, para no incurrir en inconstitucionalidad, solo admitiría una interpretación conforme a la Constitución: que solo se aplicara a las condenas dictadas por tribunales españoles con posterioridad a su entrada en vigor [apartado VIII del Voto particular de Miguel Colmenero].

La STS 874/2014 es un castillo de naipes construido con cartas marcadas; “acumulación de materiales de interpretación” que “solo aportan distracción y confusión” (Voto particular del magistrado Cándido Conde-Pumpido, *in fine*).

La lectura de la sentencia —sesgada o “notoriamente forzada”, dice uno de los votos particulares, pero sin duda profunda y exhaustivamente trabajada— deja la impresión de un puzle para cuya consecución se han limado, recortado o reconstruido las piezas que no encajaban: la jurisprudencia existente —para obviar 3 sentencias—, el art. 3.5 de la Decisión Marco —para aplicarlo a un supuesto no comprendido en él—, la jurisprudencia de la Audiencia Nacional —para obviar la posterior a marzo de 2014—, el Informe de la Comisión Europea de junio de 2014 —al que se atribuyen afirmaciones no contenidas en él porque en ningún momento habla de la acumulación y limitación de condenas—, los antecedentes legislativos de la propia DM —incluyendo una cuestión planteada por Países Bajos respecto al art. 3.5 erróneamente interpretada—, la jurisprudencia comparada —como el caso de la Sentencia de la Corte de Casación de París de 2014, que no es trasladable al asunto sometido a casación—, el *iter* legislativo de la LO 7/2014 o el Informe del Consejo de Estado sobre su anteproyecto. Sin embargo el resultado es un puzle con agujeros, por el que se cuela la verdad, que no es otra sino que se está vulnerando el derecho a la irretroactividad de las normas penales y la letra y el espíritu de la DM [puede

seguirse en el brillante Voto particular de Conde-Pumpido cómo se van derrumbando todos los elementos en que se quiere sustentar la sentencia de la mayoría].

Una vez establecido por la STS 874/2014 (F.Dº Primero) que la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional debió haber entrado en el fondo de lo solicitado —esto es, sin que cupiera aplicar la doctrina de la intangibilidad, no aplicable a este supuesto del ámbito de la ejecución—, no cabía a mi juicio otra opción que haber aplicado la legislación e interpretación vigentes antes de la entrada en vigor de la LO 7/2014, conforme a la interpretación pacífica vigente, esto es, la establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de marzo del mismo año —confirmatoria de la jurisprudencia anterior y rechazando la única sentencia en sentido contrario, y apoyándose, como criterio adicional, en la DM de 2008, que no existía en la época de la STS discrepante—; jurisprudencia acogida por el Auto de la misma Sección Tercera de 9 de junio de 2014 (en el caso de Jesús García Corporales) y posteriormente por la propia Sección Tercera en su Auto de 21 de octubre de 2014 (caso Carmen Guisasola Solozábal) y también por la Sección Primera en sus cuatro autos de 2 de diciembre, con la única excepción de un auto de la Sección Segunda de la misma fecha, por demás con un voto particular discrepante de uno de los magistrados de la Sala.

La interpretación jurisprudencial consolidada y previsible en la fecha en que se solicitó y se decidió sobre la acumulación solicitada era nítida —véase al respecto el Voto particular redactado por Miguel Colmenero, Ponente de la Sentencia de marzo de 2014—. La STS de 13 de marzo de 2014 confirmó la doctrina dimanante de 3 sentencias anteriores sobre la cuestión, afirmando que no había obstáculo alguno para la acumulación de condenas españolas con condenas extranjeras, rechazando expresamente el argumento contrario de la única STS existente en sentido contrario, del año 2002, que en todo caso parte de una tesis soberanista caduca tras la evolución de la creación de un espacio único de justicia en la UE (así lo afirman también el Voto particular redactado por el magistrado Cándido Conde-Pumpido y el Voto redactado por Joaquín Giménez).

La reinterpretación de la jurisprudencia que realiza la STS de 27 de enero de 2015, para luego incluso obviar la existencia de estas tres sentencias, construyendo diferencias y argumentos que ninguna de las sentencias utilizó

—tampoco explica la STS porqué es relevante que estén o no cumplidas en el país de origen cuando la STS 186/2014 expresamente dice, como toda la jurisprudencia para el ámbito interno, que es indiferente a estos efectos que estén o no licenciadas, véase al respecto el apartado V del voto particular del magistrado Colmenero—, no puede servir para ocultar que a partir del 13 de marzo de 2014 existía una única interpretación (como confirman los autos de la Sección Tercera dictados a partir de esa fecha) y por tanto una expectativa del penado a que se le aplicara la acumulación solicitada. No es cierto que la diferencia entre las 3 sentencias referidas y la única en sentido contrario fuera que las penas estuvieran aún en ejecución, puesto que esta cuestión ya la abordó la STS de 13 de marzo de 2014 para declarar que son igualmente acumulables, tal como tiene establecido la jurisprudencia constitucional en el ámbito interno.

Deduzco que la diferencia realmente eficaz entre las sentencias sobre las condenas de Andorra y Tailandia y la STS de 2002 y las SSAN sobre Francia hasta 2014 estriba en que unas no son de terrorismo y las otras sí. Sin embargo, la dudosa LO 7/2014 afectará a cualquier delito, en principio de los cometidos en la UE, pero no en estados extracomunitarios, aunque la STS parece querer cerrar también esa puerta —que siempre estuvo abierta en la jurisprudencia del TS— para las condenas ya cumplidas.

El derecho a la irretroactividad de la norma penal debe interpretarse conforme a la doctrina jurisprudencial del TEDH. Como expresa el Voto particular del magistrado Cándido Conde-Pumpido, “la doctrina del TEDH sobre esta cuestión ha sido establecida con fecha 21 de octubre de 2013, en la sentencia dictada en el caso Del Río Prada c. España (Gran Sala), considerando que la aplicación de una nueva doctrina en materia de límites máximos de ejecución de las penas de prisión (en nuestro caso en los procedimientos de acumulación o refundición de penas para aplicar dichos límites máximos) no afecta solo a la forma de ejecución de la pena, sino que supone una redefinición del alcance de la misma. El TEDH toma en consideración que el criterio jurisprudencial establecido en nuestra STS 197/2006 (doctrina Parot) era coincidente sustancialmente con el incorporado en las disposiciones del nuevo Código Penal de 1995, que no podía ser aplicado retroactivamente por no resultar más favorable. Por lo tanto, el TEDH establece, en síntesis, en la STEDH de 21 de octubre de 2013, que no es conforme al Convenio ni aplicar retroactivamente una ley penal posterior más desfavorable de forma directa, ni aplicar retroactivamente los aspectos

desfavorables de la nueva Ley por el procedimiento de modificar la interpretación jurisprudencial anterior”. La creación de un nuevo criterio jurisprudencial *ex post facto* a partir de una nueva ley y aplicarlo a momentos anteriores a la entrada en vigor de la ley constituye una vulneración del art. 7 CEDH conforme a la jurisprudencia del TEDH, además de una vulneración del derecho constitucional español contenido en el art. 25.1º y 9.3º de la Carta Magna.

Si bien es cierto que cuando se comenzó a solicitar las acumulaciones de las condenas francesas de los presos encuadrados en la denominada vía Nanclares la práctica de la Audiencia Nacional era contraria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo era contradictoria, lo cierto es que a partir de la STS 186 de 13 de marzo de 2014 las dudas sobre la interpretación válida desaparecieron y la práctica de la Audiencia Nacional se ajustó a la misma —el Ministerio Fiscal, asumiendo que esa era la interpretación válida, no recurrió los autos dictados con posterioridad a esa STS—. En definitiva, en septiembre de 2014 existía una fundada, clara y legítima expectativa de que se produjera la acumulación solicitada, por lo que la sentencia de 27 de enero de 2015 frustró retroactivamente esa legítima expectativa, en el sentido en el que la STEDH del caso Del Río c. España interpretó el art. 7 del CEDH.

El TEDH viene estableciendo desde *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de Mayo de 1993, por ejemplo en *Puhk c. Estonia*, de 10 de febrero 2004, (nº. 55103/00), una interpretación extensiva del principio de retroactividad, único recogido en el art. 7 del Convenio, a tenor de la cual su objetivo radica en evitar condenas imprevisibles, lo que se traduce principalmente en que el acusado debe estar en condiciones de conocer de antemano, ya sea a través del tenor literal y, si es necesario, con la asistencia de la jurisprudencia, si su comportamiento es constitutivo de delito, lo cual es aplicable *mutatis mutandi* a la pena imponible y a su límite de cumplimiento.

Por otro lado, la interpretación jurisprudencial del TS favorable a la acumulación jurídica de condenas extranjeras [a veces se utiliza el término de refundición, que en realidad expresa el cómputo previsto en el art. 193.2º RP] existía antes y al margen de la Decisión Marco 675/2008, que constituyó en la STS 186/2014 un *elemento añadido* a favor de dicha interpretación. El texto de la Decisión Marco contribuía a esa interpretación para las condenas de Estados miembro de la UE con la consagración en la UE del principio de equivalencia, con aplicación en “lo negativo” para el penado y en “lo positivo” para el penado,

incluyendo la aplicación de los límites de cumplimiento, siendo esta interpretación compartida por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al anteproyecto, por el Consejo de Estado en su Informe al anteproyecto, por el Tribunal Supremo en la STS 186/2014, por la Audiencia Nacional en todas sus resoluciones, menos una, de marzo a diciembre, por el Gobierno en su Proyecto de Ley Orgánica y por el Congreso en el proyecto aprobado y remitido al Senado.

Ha de destacarse que, aun utilizando el Proyecto de Ley que habría de trasponerla como criterio de interpretación de la DM, en el momento en que debía hacerse la interpretación, también aplicaba el principio de equivalencia a los límites de cumplimiento, por lo que reinterpretar la DM de forma sobrevenida a la luz de un texto legal, la LO 7/2014, no solo no vigente sino imprevisible en aquel momento —a la vista de la “sospechosa” “veleidad legislativa” (Luciano Varela) subrepticamente introducida en el Senado para evitar un grupo reducido de supuestos políticamente polémicos, pero con alcance legal para la generalidad de los europeos hacia el futuro— vulnera la legítimas expectativas existentes y la accesibilidad y previsibilidad de la ley. Accesibilidad y previsibilidad que se deben predicar del derecho, entendido este no sólo como la ley escrita en sentido estricto, sino incluyendo, si fuera necesario, la propia interpretación de la jurisprudencia³⁶⁹.

Así lo aprecia también el ya transcrito Auto de la Sección 3ª

de 19 de diciembre de 2014.

Tampoco en la propia DM, si no es atendiendo a una norma aún no vigente ni previsible, y por tanto aplicándola retroactivamente en su letra o en su espíritu, puede encontrarse justificación para el cambio de criterio jurisprudencial. Otra pieza que se lima para que encaje es la propia DM 675/2008, para deducir de su art. 3.5 que cabía aplicar excepciones al principio de equivalencia de las

³⁶⁹ Modificación de la concepción del principio de legalidad no ajena a la convivencia del sistema jurídico continental con el clásico sistema anglosajón (SILVA SÁNCHEZ 2015, p. 3; véanse en su trabajo algunos apuntes sobre las tensiones en la evolución del significado y alcance del principio de legalidad penal).

condenas de otros estados miembros de la UE. Que los arts. 3.3 a 3.5 de la DM no son un paradigma de claridad queda claro cuando tanto esta parte como el Tribunal han debido acudir a su versión inglesa y francesa para intentar comprenderlos. Que el art. 3.3 de la misma establezca cautelas para que la condena extranjera no interfiera en condenas española anteriores a ella; o que el art. 3.5 libere a España de tener en cuenta la condena extranjera a efectos de imposición de sanciones cuando los hechos que ha de juzgar sean anteriores a la condena extranjera —así hay que entender el Considerando 8 y 9, que lo que quieren evitar es que el principio de equivalencia dé al penado un trato menos favorable— no abren la puerta a la excepción, que no es tal, de la LO 7/2014. Resulta llamativo que en una página de la sentencia resulte “evidente la subsunción del supuesto de autos en el art. 3.5 de la DM”, a pesar de que no es una norma de aplicación directa, mientras que en otra página alude a su carácter genérico incluso acudiendo a las redacciones en diversas lenguas. En su versión inglesa [*“If the offence for which the new proceedings being conducted was committed before the previous conviction had been handed down or fully executed, paragraphs 1 and 2 shall not have the effect of requiring Member States to apply their national rules on imposing sentences, where the application of those rules to foreign convictions would limit the judge in imposing a sentence in the new proceedings”*] queda meridiano que se refiere al momento de sentenciar el hecho, no a la ejecución.

Además de que no está previsto para la fase de ejecución, a mi juicio, el art. 3.5 de la DM³⁷⁰ no contiene una excepción al principio de equivalencia, sino una aclaración: que darle a la condena de otro Estado miembro los efectos que la legislación nacional otorgue a una condena nacional anterior no puede hacer al reo de peor condición para el nuevo enjuiciamiento que si la condena anterior fuera nacional, desde la perspectiva *pro reo* del Considerando 9³⁷¹. De todas

³⁷⁰ “Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso”.

³⁷¹ “El artículo 3, apartado 5, debe interpretarse, entre otras cosas, en consonancia con el considerando 8, de tal manera que si el órgano jurisdiccional nacional en que se desarrolla el

formas, si la condena extranjera fuera posterior al hecho que se estuviese enjuiciando en España, tampoco cabría aplicar por ejemplo la agravante de reincidencia, porque el art. 22.8º del CP no lo permitiría [en el mismo sentido, el apartado VI del Voto particular de Miguel Colmenero].

La aplicabilidad del principio de equivalencia de la DM 675/2008 a la fijación de los límites del art. 76 CP era algo tan evidente, no solo para la STS de 13 de marzo de 2014, sino para el CGPJ en su Informe al anteproyecto y para el Consejo de Estado en el suyo, que el Gobierno la mencionó expresamente en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica que dio lugar a la LO 7/2014 y el Congreso así lo contemplaba en el texto que remitió al Senado. Nadie vio la posibilidad de excepción/vaciamiento que luego el Tribunal Supremo encontraría en la DM, hasta que la previsión de las excarcelaciones a las que podía dar lugar, en periodo pre-electoral o electoral, llevó a introducir en el Senado las enmiendas *ad hoc* del Grupo Popular que ya conocemos (poco legítimas por tanto desde la perspectiva del principio de legalidad).

Y por ello hubo de modificarse también la Exposición de Motivos, para decir:

“Junto a este principio general [de equivalencia], con el propósito de reforzar la seguridad jurídica (sic), la Ley enumera, en línea con las previsiones o facultades previstas en la Decisión Marco [sin especificar a cuáles se refiere], los supuestos en los que tales condenas no pueden ser tomadas en consideración: a efectos de la revisión de las condenas que ya hubieran sido impuestas con anterioridad en España o de las resoluciones dictadas para dar inicio a su ejecución; a efecto de las condenas que eventualmente se

nuevo proceso penal, al tener en cuenta una sanción impuesta anteriormente en otro Estado miembro, considera que la imposición de un determinado nivel de sanción dentro de los límites del Derecho nacional podría tener una dureza desproporcionada para el delincuente, atendiendo a sus circunstancias, y si la finalidad de la sanción se puede lograr con una condena inferior, el órgano jurisdiccional nacional podrá reducir en consecuencia el nivel de la condena, si ello hubiera sido posible en las causas exclusivamente nacionales”. Considerando 8: “Es conveniente evitar, en la medida de lo posible, que el hecho de, que con motivo de un nuevo proceso penal en un Estado miembro, se disponga de información sobre una condena anterior dictada en otro Estado miembro, dé lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional”.

impongan con posterioridad en España por delitos que se hubieran cometido antes de que se hubiera impuesto la condena anterior por el otro Estado miembro; así como en relación con las resoluciones sobre fijación de los límites de cumplimiento de la pena que se dicten conforme al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando incluyan alguna de esas condenas” [subrayado añadido].

Aparte de que no se entiende qué tiene que ver con la seguridad jurídica, porque su imprevisión podría vulnerar otros principios, derechos o garantías pero no el de seguridad jurídica, las primeras exclusiones son evidentemente deducidas del art. 3.3 a 3.5 de la DM, en lo que perjudicaran al reo, como se desprende de los Considerandos 8 y 9, pero la subrayada en absoluto se desprende de la DM.

Busca el TS también un argumento en que una/s condena/s extranjera/s que alcanzase/n ya el límite de cumplimiento haría/n baldío el enjuiciamiento en España de un hecho conexo, lo cual no es cierto, por ejemplo en relación con el efecto que la sentencia condenatoria tendría para la comunidad jurídica, para la víctima y para la responsabilidad civil y, además, es perfectamente coherente con el principio de equivalencia, dado que, si esto ocurriera con condenas españolas acumulables anteriores, el efecto sería el mismo: la nueva condena por hechos conexos no comportaría un incremento del límite de cumplimiento cuando este hubiera alcanzado el máximo.

Aduce también que la interpretación favorable contradiría la voluntad del legislador (en realidad se refiere a la voluntad de la ley, de la LO 7/2014, carente de efectos jurídicos hasta diciembre de 2014); lo cual tampoco es cierto, puesto que antes de la enmienda en el Senado la voluntad del prelegislador y del legislador era que se aplicara el principio de equivalencia a las acumulaciones de condenas extranjeras.

Por otro lado, resulta sorprendente que en su búsqueda de la interpretación correcta, antes de la LO 7/2014, del art. 76 CP respecto a las condenas extranjeras, el Pleno Jurisdiccional acuda a todo tipo de textos europeos, legislación y jurisprudencia extranjera y margine un método de interpretación tan querido de nuestra dogmática penal europea como es el atender fundamentalmente al espíritu y la finalidad de las normas (art. 3.1 CC) —también el voto particular de Conde Pumpido advierte esta omisión metodológica, aunque

referida a la DM—. La finalidad del instituto de la acumulación jurídica de las penas es la evitación de las penas inhumanas, por su excesiva duración respecto a la extensión media de la vida humana, y un horizonte razonable de reinserción social, respecto a hechos delictivos conexos temporalmente (es decir, cometidos en un mismo lapso temporal antes de la primera sentencia condenatoria). Siendo todas las condenas, las españolas y las francesas, por hechos cometidos en un solo lapso temporal, hasta la detención, integrado el penado en la banda terrorista ETA y a su servicio, con un mismo fin criminal, más allá de la innegable conexión temporal existe una evidente conexión de sentido de sus acciones delictivas, de sentido de las penas impuestas a las mismas y por tanto del sentido de los límites máximos de cumplimiento. El principio de humanidad y la orientación reinsertadora de la ejecución de las penas orientan la interpretación teleológica hacia la admisión de la acumulación al margen del lugar de condena, cuando se dan los requisitos temporales que le dan sentido, no dejando la eficacia de estos principios al albur del lugar de detención y primer enjuiciamiento.

Como afirma Miguel Colmenero en su voto particular, citando literalmente la STS 1129/2000, ninguna de las finalidades del art. 70.2º CP 1973º 76 CP 1995 deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta en el extranjero.

En conclusión, la sentencia aprobada por 9 de los 15 magistrados del Pleno quiere presentar como un justificado cambio de jurisprudencia lo que no es sino una aplicación retroactiva de una imprevisible norma penal desfavorable a un momento anterior en que la ley penal y su interpretación eran pacíficas.

Coincido con el Voto particular redactado por el magistrado Cándido Conde-Pumpido, en el que se concluye que “habida cuenta de la existencia de una doctrina jurisprudencial aplicativa de la decisión marco 2.008/675/JAI, establecida por unanimidad en la STS núm. 186/2014, de fecha 13 de marzo, y aplicada pacíficamente por la Audiencia Nacional en varias resoluciones hasta la aprobación de la LO 7/2014, de 22 de noviembre, constituye una aplicación retroactiva desfavorable al reo, vedada por la doctrina del TEDH [y, añadiría, a la CE], imponer las restricciones establecidas por dicha norma al recurso actual, que revisa una decisión adoptada antes de la publicación de la Ley, tanto si se aplica la nueva norma directamente como si se aplica para modificar por vía interpretativa la doctrina jurisprudencial anterior”.

La consecuencia es que se alarga así el periodo de privación de libertad efectiva respecto al que correspondería cumplir si todas las sentencias se hubiesen dictado en España (Voto Cándido Conde-Pumpido, Decimosegundo), convirtiendo en papel mojado el principio de equivalencia de los arts. 3.1 y 3.2 DM y vulnerando con ello el derecho a la libertad y la prohibición de penas inhumanas.

Por otro lado, la inaplicación de la acumulación de condenas afecta al derecho a la libertad; así ha sido declarado reiteradamente por el TC, por ejemplo en la STC 130/1996:

“La sentencia del Tribunal Constitucional 147/1988 contempla un supuesto análogo al que ahora se ofrece a nuestra consideración, que no es otro que el relativo a cómo han de ejecutarse las penas, en este caso, privativas de libertad, cuando las mismas son varias, y por consiguiente no admiten un cómputo simultáneo, preponderando como es bien sabido en dicha ejecución, un criterio de acumulación o de suma de carácter limitado. En tales circunstancias, dice la sentencia del Tribunal Constitucional citada, que no es excluible una lesión del artículo 17.1 de la Constitución si no se procede tal y como ordena el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que podría afectar al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución. En este sentido se afirma en la sentencia del Tribunal Constitucional citada que “el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución permite la privación de libertad sólo en los casos y en las formas previstos en la ley. En el presente caso no se pone en duda la licitud de la situación de preso y penado del solicitante de amparo, al existir una condena impuesta por sentencia, la única firme, además, en el momento de iniciarse el cumplimiento de esa pena. Lo que se cuestiona es la forma de ejecución de esa condena en relación con el cómputo del tiempo de estancia en prisión. No ha de excluirse que lesione el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución, la ejecución de una sentencia penal con inobservancia de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal respecto al cumplimiento sucesivo o, en su caso, refundido de las distintas condenas de pérdida de libertad que pudieran reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto que supongan alargamiento ilegítimo de esa permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad. Al mismo tiempo, la inobservancia de tales disposiciones, en ejecución de las correspondientes sentencias, podrá afectar al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución”.

Además, la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015, vulnera el derecho a la igualdad ante la Ley por cuanto se debería haber aplicado la acumulación de condena de forma idéntica a los casos de las STS 1129/2000, 926/2005 y 368/2013, así como STS 186/2014, AAN, Sección 3ª, de 9 de junio de 2014, y AAN, Sección 3ª, de 21 de octubre de 2014).

La Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó los Autos de 21 de octubre de 2014 (caso Carmen Guisasola) y de 9 de junio de 2014 (caso Jesús García Corporales), estimando la acumulación jurídica de las condenas francesas con las españolas, procediendo a la nueva liquidación de condenas el 24 de noviembre y 19 de diciembre, respectivamente. Ambos autos, estimatorios de la acumulación, son autos firmes por no haber sido recurridos por el Ministerio Fiscal ni la Abogacía del Estado. Con posterioridad a los autos de acumulación, publicada ya en el BOE la LO 7/2014, la misma Sección aprobó nuevas liquidaciones de condena consecuencia de la acumulación acordada, el 24 de noviembre en el primer caso y el 19 de diciembre en el segundo —en este el Ministerio Fiscal informó en contra aduciendo, en flagrante contradicción con su criterio habitual y con la jurisprudencia constitucional, la no intangibilidad del auto de acumulación de 9 de junio de 2014—. También a José Luis Urrosolo Sistiaga se le ha acumulado la condena francesa con las condenas españolas, por STS 186/2014, de 13 de marzo, realizándose a comienzo de 2015 la correspondiente liquidación de condena.

En ninguno de estos casos se ha producido una reinterpretación a la luz de la LO 7/2014 de la legislación vigente en el momento en que se dictó la acumulación, ni tampoco a fin de realizar la correspondiente liquidación de condena.

No resulta conforme al derecho a la igualdad ante la ley, conforme a la STC 108/2013, de 6 de mayo, FJ 4, que se dé un caso una resolución contraria a las ya emitidas en supuestos idénticos, por la misma Sección y con la misma legislación vigente:

“el Tribunal Constitucional ha establecido los requisitos que han de concurrir para poder apreciar la lesión del principio de igualdad en la aplicación de la ley: a) La acreditación de un tertium comparationis, puesto que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre el contraste entre la Sentencia impugnada y precedentes resoluciones del mismo órgano judicial dictadas en casos sustancialmente iguales, pero resueltos de forma contradictoria. b)

Identidad de órgano judicial entendida no como una mera identidad de Sala, sino que en su caso se trate de la misma Sección. c) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados; es decir, de «la referencia a otro», lo que excluye la comparación con otra resolución que afecte al mismo recurrente. d) Finalmente, la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio (STC 13/2011, de 28 de febrero, FJ 3)”.

Así lo entiende también el Voto particular del magistrado Luciano Varela, apartado 9: “Se vulnera también la exigencia de trato igualitario a ciudadanos en situación igual. El enjuiciado en la causa a que se refería nuestra STS 186/2014 resultará favorecido respecto del aquí recurrente. La sentencia del Pleno no puede dejar sin efecto lo decidido en aquella otra”.

El Auto de la Secc. 3ª de 21 de octubre de 2014 y el asunto resuelto por la STS 874/2014 se referían a supuestos idénticos, incluso en la existencia de una anterior resolución judicial denegatoria firme, y sin embargo las resoluciones de la Secc. 3ª fueron inmotivadamente contradictorias, por lo que se produjo una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley que debía haber llevado a casar el Auto de 4 de septiembre de 2014 y estimar no solo la no intangibilidad sino la acumulación solicitada.

6. Neutralización *ad hoc* de la Decisión Marco 675/2008 y vulneración del Tratado de Funcionamiento de la UE

También procedería anular la STS 874/2014 por haber realizado una interpretación de la DM errónea y contraria al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE, porque la prohibida, forzada y notoriamente errónea interpretación del art. 3.5 DM 675/2008 se ha utilizado para justificar un supuesto cambio jurisprudencial con el que resolver de modo irrecurrible el caso planteado, lo que implicaba, conforme al citado art. 267 TFUE, el planteamiento obligatorio de la cuestión prejudicial al TJUE . Con la negativa del TS a plantearla, conforme a las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010 (Pleno) y a la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del TC, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley.

En la STC 58/2004, de 19 de abril, el Tribunal Constitucional señala que a los efectos de excluir la obligación de plantear una Cuestión Prejudicial de Derecho Europeo, "la existencia o inexistencia de una duda... no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del Juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho Comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia, clara y terminante de duda alguna en su apreciación. No se trata de que no haya duda razonable, sino simplemente de que no haya duda alguna".

Resulta sorprendente que la STS de 13 de marzo de 2014 interpretara por unanimidad que la DM 675/2008 apoyaba la interpretación favorable a la acumulación (tan claro pareció que ni se suscitó la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial); que unos meses después el Pleno Jurisdiccional entienda que la DM permite interpretar lo contrario; que 6 magistrados discrepantes suscriban un voto particular defendiendo la obligatoriedad, conforme al art. 267 del Tratado de funcionamiento, del planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE; que 6 de los magistrados del Pleno crean que la cuestión conduciría a la invalidación del art. 14.2.c de la LO 7/2014; que los 6 autos dictados por las Secciones 1º y 3º de la AN desde el 9 de junio hasta el 2 de diciembre —con la sola excepción del Auto de 2 de diciembre de la Sección 2ª— interpretaran la DM a favor de la acumulación; y que, sin embargo, 9 de los 15 miembros del Pleno Jurisdiccional sostengan que la interpretación de la DM es tan clara que la cuestión prejudicial es innecesaria y no imperativa; de tal evidencia que no dejaría lugar a ninguna duda razonable. Cuando lo evidente es que sí hay dudas,

entre diversos operadores jurídicos, incluso el 40% del Pleno, y las dudas no solo son razonables y están razonadas, sino que es razonable y está razonada, tanto por los 6 magistrados discrepantes como por la AN, el CGPJ, el Consejo de Estado, el Gobierno y el Congreso, la interpretación contraria a la realizada por la mayoría del Pleno.

El rigor jurídico e intelectual debía haber llevado al Pleno a acordar que, aunque para 9 de los 15 magistrados la interpretación correcta sea la adoptada, y les resulte subjetivamente clara, resulta evidente que *no está objetivamente clara* la interpretación de la DM, si el legislador español la ha traspuesto correctamente, si la excepción que la sentencia deduce del art. 3.5 de la DM es posible y si, en todo caso, la LO 7/2014 incorpora una excepción permisible o se produce un auténtico vaciamiento *ad hoc* del principio de equivalencia solamente para la fijación de límites de cumplimiento —siendo además el único país de la UE que habría hecho algo semejante, a tenor del Informe de la Comisión de junio de 2014, quebrando así la uniformidad del Derecho de la Unión—. Lo contrario significa tachar de irrazonables la STS de 13 de marzo de 2014, los autos de las Secciones 1ª y 3ª de la AN y los cuatro votos particulares a la STS de 27 de enero de 2015.

Al contrario, la conflictiva labor de interpretación del Derecho de la UE realizada por el TS, como demuestra brillantemente el Voto particular de Conde-Pumpido —que incluso propone los términos en los que la cuestión habría de plantearse—, convertía la cuestión prejudicial en imperativa. De la doctrina del acto claro se desprende, a juicio de esta parte que, cuando un 40% de los 15 magistrados del Pleno se muestra disconforme con la interpretación del 60%, lo menos que se puede decir es que la cuestión no está clara y, por tanto, la cuestión prejudicial es imperativa.

Por su parte la STC (Pleno) 78/2010, de 20 de octubre, había establecido:

“para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria... no siendo aplicable al caso de estos autos el Derecho comunitario “ni razione loci ni razione materiae” —Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala octava) de 16 de abril de

2008—, no puede entenderse procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial, de suerte que su omisión no puede generar indefensión ni vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías —art. 24.1 y 2 CE—, manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE... en este caso no puede apreciarse la lesión de este derecho fundamental dado que el planteamiento de la cuestión prejudicial no resulta procedente, por lo que su omisión no puede lesionar el referido derecho fundamental”.

Sensu contrario, habiendo sido aplicada a la resolución del recurso de casación una norma europea de discutible y discutida interpretación, siendo imperativa por tanto la sumisión de su interpretación y del juicio de validez de la norma nacional al TJUE, conforme al TFUE, que forma parte del derecho interno, la omisión puede vulnerar el art. 24 CE. El Tribunal Constitucional ha considerado que *"en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediablemente la lesión del citado derecho fundamental"*, como podría suceder si un órgano judicial decide no plantear la cuestión prejudicial, cuando es legalmente procedente, de una manera insuficientemente fundada.

Además, al resolver el TS una cuestión de interpretación de Derecho de la Unión, para lo cual no es competente, se vulnera el derecho del recurrente al juez predeterminado por la Ley.

Con posterioridad a la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entrando en un diálogo con los votos particulares y las alegaciones de las partes, el Tribunal Supremo ha completado la resolución de los asuntos pendientes con las Sentencias 178 y 179/2015, de 24 de marzo (dictadas por la misma Sala, por el mismo Ponente, Palomo del Arco, y con voto particular de Giménez García), 235/2015, de 23 de abril (Ponente Soriano Soriano y voto particular de Varela Castro y Ferrer García) y 270/2015, de 7 de mayo (Ponente Soriano Soriano y voto particular de Giménez García Miguel Colmenero

Menéndez de Lúcarca)³⁷² y el Auto del Pleno de 20 de mayo de 2015, que desestima el incidente de nulidad planteado contra la STS 874/2015.

Al respecto véase también la doctrina del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional producida en su deliberación de 29 de mayo de 2015, que trae causa de la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo analizada, aprobada por 11 votos frente a 9 (por ejemplo en su Auto 65/2015, de 29 de junio).

En estas resoluciones judiciales se ahonda en la doctrina del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, añadiendo y matizando alguno de sus argumentos a fin de corregir los defectos evidenciados en aquélla.

Con carácter previo, no puede dejar de notarse la excepcionalidad³⁷³ que rodea la resolución judicial de esta cuestión, a partir de la publicación de la LO 7/2014³⁷⁴, si se observa que en su transcurso se han producido tres avocaciones a Pleno, al de la Sala de lo Penal celebrado el 28 de noviembre de 2014 —en el que al no haber acuerdo se devolvió la cuestión a las Secciones—, al de la Sala Segunda del Tribunal Supremo³⁷⁵ celebrado en dos sesiones, de 16 de

³⁷² A día de hoy sometidas al juicio del Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo al menos contra las Sentencias 87/2015 y 270/2015.

³⁷³ El voto particular de siete de los veinte componentes de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (véase el voto particular al Auto 65/2015, de 29 de junio) afirma la ilegalidad de la avocación al Pleno por indebida aplicación del art. 197 LOPJ, por vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, por incompetencia del Pleno y por su objetivo declarado de impedir que la Sección Tercera planteara cuestión prejudicial al TJUE, y con ello la nulidad del acto dictado por un órgano incompetente conforme al art. 238.1 LOPJ.

³⁷⁴ Como se ha descrito supra, ya la tramitación parlamentaria de la ley fue ciertamente extraña, puesto que hasta que el partido del Gobierno enmendó el Proyecto en el Senado a finales de septiembre para introducir los actuales arts. 14.2 y la Disposición Adicional Única, ni el Ministerio de Justicia, ni los informantes del anteproyecto, ni el Congreso, ni el Tribunal Supremo, ni la Audiencia Nacional habían atisbado que pudiera excluirse la aplicación de límites de cumplimiento del principio de equivalencia.

³⁷⁵ La avocación al Pleno se produjo directamente por el Presidente de la Sala Segunda en lugar de a solicitud del Magistrado Ponente o la Sala que había de resolver el recurso, lo cual resulta ser una clara anomalía.

diciembre de 2014 y de 13 de enero de 2015 —que se resolvió por 9 votos frente a 6 en la STS 874/2014³⁷⁶— y al de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional celebrado el 29 de mayo de 2015 —que se resolvió en el mismo sentido que el del TS, por 11 votos a 9—.

Por supuesto se hace de nuevo especial hincapié en que lo relevante fue la “Publicación” (F.Dº 1º, punto 3) de la LO 7/2014, que no se estaría aplicando directamente “sino la constatación de su existencia, como obstáculo o circunstancia fáctica impeditiva para interpretar la normativa española” (subrayado añadido).

En primer lugar, respecto a la comprensión de que el art. 3.5 DM 675/2008 permite excepcionar del principio de equivalencia las resoluciones relativas a los límites de cumplimiento³⁷⁷. En la STS 874/2014 así se entendía sin ulteriores explicaciones, por lo que se advertía claramente la colisión entre esta interpretación y la literalidad del art. 3.5 DM.

Este reza: “Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano

³⁷⁶ Recuérdese el hecho insólito de que 13 de los 18 magistrados de la Sala Segunda del TS suscribieran y dirigida al presidente del TS y del CGPJ, el 18 de diciembre de 2014, un escrito solicitando amparo ante las presiones del ejecutivo que interferían en su independencia

³⁷⁷ Ya el 27 de agosto de 2014, cuando el Proyecto de la que sería LO 7/2014 no contenía el actual artículo 14.2 ni la Disposición Adicional Única, el Ministerio Fiscal —en su informe a la solicitud que daría lugar al Auto de la AN y a la STS 874/2014— ya intentó restar valor interpretativo a la DM respecto al que le había dado la STS 186/2014. Ahora bien, acudiendo al art. 3.3 DM, al entender que habría una interferencia, a sus considerandos 2 y 9 y a la interpretación sistemática junto con la DM 909/2008. Sin duda los intentos del Ministerio Fiscal por restar alcance a la STS 186/2014 son solo el embrión de los argumentos que surgirían tras la reforma del proyecto en el Senado. Lo claro es que tampoco el Ministerio Fiscal, a pesar de intentar encontrar argumentos en la DM para cerrar el paso a las acumulaciones, vio en el art. 3.5 DM la excepción que el TS sí encontró después de conocer la versión enmendada de la LO 7/2014.

jurisdiccional al imponer una sanción³⁷⁸ en el nuevo proceso”, es decir, que “opera en el momento de la cuantificación de la pena, al tiempo de dictar sentencia” (Voto particular al Auto 65/2015, motivo 5.1). Artículo que es explicado en los Considerandos 8 y 9 de la DM para indicar que su sentido es posibilitar reducciones de condena, evitar una dureza desproporcionada o que la condena anterior suponga por efecto de la DM un trato menos favorable que si la condena anterior fuera nacional.

Sin embargo, a juicio del TS y de la AN en las resoluciones referidas resulta nítido, ¡sin necesidad de más explicación!, entender que “imponer una sanción” incluye la limitación del máximo de cumplimiento de las diversas penas impuestas en sentencias dictadas por órganos judiciales diferentes, lo cual es obvio que no constituye una sanción, ni se impone en sentencia, ni constituye imposición de una pena, sino una limitación a la acumulación aritmética de las penas ya impuestas a efectos de fijar un límite de cumplimiento —cuyo fundamento está en los principios de reinserción y de humanidad de las penas—, de modo que parte de ellas quedarían eventualmente sin cumplir. A esta evidencia, el TS responde —y la AN acoge— que es exigir a los instrumentos jurídicos de la UE demasiada finura jurídica en el análisis de la legislación nacional española y que obvia la verdadera naturaleza de la institución regulada en el art. 988 LECrim, como instrumento procesal para la aplicación del art. 76.2 CP.

Ahora bien, lo extraordinariamente llamativo es que se afirme que este proceso del art. 988 LECrim es “en definitiva, la imposición de la pena para el caso del concurso de infracciones enjuiciadas en diversos procesos”. De nuevo estamos ante un giro jurisprudencial. Asombrosamente y de refilón, para justificar su interpretación extensiva del art. 3.5 DM, para llevarla más allá de lo que literalmente dice, el TS entierra definitivamente la STS 197/2006, de 28 de febrero (doctrina Parot), a pesar de haber defendido en diversas ocasiones que el TEDH solamente había declarado incompatible con la CEDH su aplicación retroactiva, ¿de pronto la acumulación de penas es imposición de pena y la

³⁷⁸ En inglés las partes subrayadas se expresan con el término *sentencing*. En francés “prononcé des peines”.

condena acumulada o refundida (y limitada) vuelve a ser una nueva condena con entidad propia?

También resulta novedosa la concepción de que la aplicación de la DM 675/2008 por la STS 186/2014³⁷⁹ a la acumulación de las penas por hechos anteriores a la entrada en vigor de la DM constituye una aplicación retroactiva de la misma (F.Dº 2º SSTs 178 y 179/2015 y punto 1 del Razonamiento Jurídico 3 del Auto 65/2015 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), como modo de sustraer la cuestión del ámbito del art. 25.1 CE, que no recogería un derecho a la retroactividad de la ley favorable, a pesar de que la SETDH Scoppola c. Italia, de 17 de septiembre de 2009, afirma que el art. 7.1 CEDH garantiza la retroactividad de la ley penal más favorable, al igual que el art. 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE³⁸⁰ y el art. 15.1 *in fine* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸¹. La inaplicación de la DM 675/2008 a los hechos realizados antes de su entrada en vigor no contradiría el principio de retroactividad porque se trata de sentencia ya ejecutadas, en Francia.

Por último, las SSTs 178 y 179/2015 (F.Dº 3º) hacen un importante esfuerzo por distanciar este caso de la STEDH en el caso Del Rio Prada c. España, en el que se afecta al principio de irretroactividad desfavorable (art. 7 CEDH) la noción de Derecho inclusiva del Derecho de origen legislativo y jurisprudencial, además de condiciones cualitativas como la accesibilidad y previsibilidad del Derecho, del origen que sea. Para afirmar que el cambio jurisprudencial dado por la STS 874/2014 “en nada resulta equiparable” se apoya en la STEDH S.W. c. Reino Unido de 22 de noviembre de 1995 y en que la jurisprudencia sentada por la STS 186/2014 fue *praeter legem* mientras que la STS 874/2014 la puede calificar *contra legem* porque ha acaecido la LO 7/2014 (se le olvida mencionar el

³⁷⁹ Que el voto particular al Auto de la Sala de lo Penal 65/2015, de 29 de junio, califica como incorporación de la DM 675/2008 por vía judicial, que no exige un acto legislativo.

³⁸⁰ “Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta”.

³⁸¹ “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

pequeño detalle de que la norma no solo no estaba en vigor cuando se resolvieron cuatro de los asuntos objeto de casación sino que la norma no existía ni en forma de proyecto —ni se había conseguido ver en el art. 3.5 DM lo que ahora se le insufla— cuando se resolvió en la AN el asunto que dio lugar a la STS 874/2014).

En conclusión, la cuestión de la acumulación de condenas extranjeras y españolas conexas es un caso paradigmático de excepcionalidad en materia de ejecución de penas en delitos de terrorismo, por la movilización del poder ejecutivo en el trámite parlamentario para introducir la modificación *ad hoc* descrita, en previsión de la ‘alarma social’ que se habría de provocar y se produjo a finales de noviembre de 2014, por la excepción española al criterio general europeo del principio de equivalencia en el marco del Espacio común de Justicia, Libertad y Seguridad, y por el abordaje excepcional y retroactivo dado a la LO 7/2014 en unos Plenos de la AN y del TS fuertemente divididos.

El resultado es que no es suficiente que los penados por terrorismo cumplan íntegros en prisión los 30 o 40 años del máximo de cumplimiento efectivo, sino que se aspira a que cumplan más porque los años de privación de libertad cumplidos en Francia por delitos obviamente conexos no solo en sentido temporal, no quedan amparados por el mandato de resocialización y reinserción social y la prohibición de penas inhumanas y degradantes.

C. Reglas para el “cumplimiento íntegro y efectivo”

Desde finales de los años 80 y comienzo de los 90 se viene desarrollando y finalmente imponiendo una tendencia en materia penal, con base en los presupuestos político-criminales ya expuestos, analizados y valorados anteriormente, que busca acercar el cumplimiento en régimen cerrado y ordinario de las penas, incluso sin permisos de salidas o flexibilizaciones del régimen, al nominal de la pena impuesta en sentencia, especialmente al máximo de cumplimiento efectivo en los supuestos de acumulación jurídica de penas (esto es, limitación de la condena total a cumplir como corrección de la mera acumulación aritmética), especialmente en relación con algunos grupos de delitos y delincuentes, y con independencia de que con la ejecución de las penas se cumpla uno de los fines de la misma como es la prevención especial.

Quizás esta tendencia se explique en parte por la anacrónica pervivencia en el ordenamiento jurídico penal español de una institución como la redención de penas por el trabajo; un mecanismo prácticamente automático —salvo reiteración de infracciones disciplinarias graves— de reducción del tiempo real de cumplimiento en relación con el nominal. Este criticado automatismo produce una lógica incomprensión por parte de la ciudadanía, que se produce en el ámbito del cumplimiento de la pena. Mientras que el experto conoce desde su imposición, lo asuma o no, que la pena real será más o menos dos tercios de la impuesta en sentencia o del límite máximo de cumplimiento en el caso de penas cuya suma alcanza cifras elevadísimas, las víctimas o la ciudadanía en general descubre con perplejidad al cabo de los años que “las penas no se cumplen”, con el consiguiente menoscabo de la función de prevención general integradora y estabilizadora que las penas han de cumplir, pero, como decía, achacable no a la pena impuesta sino a la pena cumplida.

Y este efecto desconcertante de la reducción automática de la pena, desligada de la resocialización de la persona penada, se mantuvo vigente durante casi veinte años después de la Constitución, hasta el primer código penal del sistema democrático, a pesar de las múltiples reformas para adecuar el

ordenamiento penal español a la Constitución y a la evolución de las concepciones sociales —y más allá puesto que continua vigente para los delitos cometidos hasta 1996—. Quizás si hubiera prosperado el Proyecto de Código penal de 1980 (BOCG de 17 de enero de 1980 Seria A 108-1)³⁸² así como en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983³⁸³, de la primera Legislatura, habría disminuido la percepción de insuficiencia de las penas nominales, la percepción de ‘burla’ en el cumplimiento, su mantenimiento en el tiempo y por ende la tensión sobre la supuesta lenidad del sistema de penas incluso después de eliminada la institución.

³⁸² Este Proyecto quiso eliminar la institución mediante su Disposición Transitoria Tercera (Punto II Exposición de Motivos, pp. 658-659):

“La moderación de las penas que se ha llevado a cabo no supone ningún reblandecimiento del sistema punitivo. El Código hace suyo el viejo y fructífero principio político-criminal, expuesto ya por Beccaria, de que el mayor freno de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad. La certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento. Las funciones preventivas de la pena no dependen tanto de la severidad de ésta, cuanto de la eficaz persecución policial del crimen, rapidez en su enjuiciamiento y certeza en el cumplimiento de la condena impuesta. El Código hasta ahora vigente obligaba a los Tribunales a imponer en muchas ocasiones penas excesivamente elevadas que luego no se cumplían en la extensión señalada por la aplicación mecánica de una serie de beneficios que en la mayoría de los casos quedaba confiada a los órganos administrativos y sustraída al control del Tribunal. Esto producía un desajuste entre lo que podría llamarse valor nominal de la pena -la extensión impuesta en la sentencia condenatoria- y el valor efectivo de la misma -tiempo de cumplimiento-, que era preciso corregir. De poco vale que los Tribunales analicen minuciosamente las circunstancias del hecho enjuiciado y se preocupen de calibrar hasta en días la extensión de la pena que van a imponer, si no están en condiciones de saber ni predecir cuánto va a durar luego el cumplimiento de la pena impuesta. El presente Código parte del firme punto de vista de que la pena recaída va a ser realmente cumplida bajo intervención judicial, sin perjuicio, en su caso, de los correspondientes beneficios penitenciarios de que pueda gozar el condenado. Porque se pretende que la sanción se cumpla efectivamente, se prescindió de la redención de penas por el trabajo, que producía de un modo casi automático, y al margen de consideraciones de prevención especial y general, la reducción de la condena impuesta en un tercio o más en la práctica totalidad de las más importantes penas privativas de libertad”.

³⁸³ Véase respecto a los vaivenes de la iniciativa legislativa respecto a la redención de penas por el trabajo el análisis de JUANATEY DORADO (1990, pp. 879-881).

Por tanto en primer lugar en esta tendencia se enmarca la eliminación de la denostada redención de penas por el trabajo —proveniente del Decreto de mayo de 1937 para los supuestos de condenas de rebelión militar y luego incorporada al CP 1944, al Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 (arts. 65 al 73) y al art. 100 CP 1973— cuyo efecto de reducción semiautomática, y ajena a la evolución tratamental, de al menos un tercio de la pena nominal (y del límite nominal de máximo de cumplimiento) está en la base de la perplejidad comprensible de muy diversos sectores sociales³⁸⁴. A la causa de la perplejidad se le pondrá remedio en 1995 —15 años después del Proyecto referido— para los delitos cometidos a partir de la entrada en vigor del nuevo código, pero la alarma social se prolongará en el tiempo, porque las redenciones de penas por el trabajo se siguen y se seguirán aprobando respecto a las condenas impuestas conforme al CP 1973, y descontando sobre el máximo de cumplimiento efectivo —con el paréntesis de la doctrina parot—; las repercusiones políticas también se prolongarán en el tiempo y las modificaciones legislativas que tratan de calmar esa alarma social también; modificaciones legales a futuro que tratan de calmar una alarma de cimientos pasados; un imposible puramente demagógico en lugar de la necesaria pedagogía social. Después de 1995 se ha seguido queriendo dar respuesta a un problema que ya había finalizado con la eliminación de la redención de penas por el trabajo, pero cuyos efectos correctores no podían percibirse hasta décadas después.

También el art. 78 CP, que a continuación se analiza, se enmarca en esta tendencia al “cumplimiento íntegro y efectivo”.

Y asimismo la STS 197/2006, de 26 de febrero, la conocida como ‘doctrina Parot’ responde a esta lógica. Ante la imposibilidad para el legislador de eliminar retroactivamente la redención de penas por el trabajo y aplicar retroactivamente la regla del art. 78 CP, tras la profundización de la LO 7/2003 en la tendencia al mal llamado “cumplimiento íntegro y efectivo”, y subsistente el problema político para el Gobierno por la alarma social que provocaban las excarcelaciones por delitos cometidos en los años 80, el Tribunal Supremo se erigió en legislador retroactivo para posibilitar que el cumplimiento sin salidas de prisión de las

³⁸⁴ Al respecto véase GARCÍA ALBERO – TAMRIT SUMALLA (2004, pp. 69-70).

penas acumuladas se acercara o equiparara al máximo de cumplimiento efectivo, incluso más allá de lo que permitía el art. 78 CP 1995. Este hallazgo interpretativo permitió mantener ilegalmente privadas de libertad (y en otros casos alterar los plazos de cumplimiento relevantes para diversas cuestiones penitenciarias) a decenas de personas presas por delitos de terrorismo independentista durante unos años —aunque afectó también a otros casos³⁸⁵—, evitando así los perjuicios políticos de la alarma social por las excarcelaciones anticipadas por las redenciones de penas, hasta que el 21 de octubre de 2013 la Gran Sala del TEDH confirmó su STEDH de 10 de julio de 2012 en el caso Del Río Prada c. España. El escándalo social por tanto simplemente se pospuso, puesto que la ejecución de la STEDH supuso un enorme coste político para el Gobierno del momento.

³⁸⁵ Puede encontrarse un listado de unos y de otros en MARTÍNEZ DE MARIGORTA MENÉNDEZ (2014), Anexo.

1. El artículo 78 del Código Penal

a) Art. 78 CP 1995

En la actualidad, el Código Penal, desde la LO 7/2003, prevé un límite de cumplimiento máximo efectivo de varias penas acumuladas de hasta 40 años (art. 76.1º CP). Para los delitos cometidos hasta el 1 de julio de 2003³⁸⁶, el art. 76 CP 1995 (y antes el art. 70.2º CP 1973³⁸⁷) establece un límite de cumplimiento efectivo de 30 años. Obviamente, en el caso de la pena de prisión permanente no hay máximo de cumplimiento, cuestión que solamente se plantea respecto a las penas determinadas.

Con el paréntesis de 28 de febrero de 2006 a 21 de octubre de 2013, para los delitos cometidos hasta el 23 de mayo de 1996, el término para el cómputo de los plazos a efectos de libertad condicional, permisos o beneficios penitenciarios (incluyendo redenciones por el trabajo) es de 30 años en el caso de penas acumuladas jurídicamente a ese límite. A consecuencia de ello, personas condenadas a penas cuya suma aritmética alcance centenares o miles de años de prisión —cuyo “cumplimiento íntegro y efectivo” en sentido estricto es evidentemente materialmente imposible, por lo que el *naïve* cálculo primitivamente retributivo de dividir los años de cumplimiento por el número de delitos carece de sentido alguno³⁸⁸— tendrían, teóricamente, sin contar con las

³⁸⁶ La irretroactividad del incremento del límite de cumplimiento no ofrece ninguna duda, ni para el Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de la LO 7/2003.

³⁸⁷ “2. No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años.

La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo.”

³⁸⁸ Con ironía dice SÁNCHEZ TOMÁS (2013, pp. 3-4); “**Segunda advertencia: No crean a nadie que les diga que la doctrina Parot ha venido a poner remedio a que, en términos de**

redenciones de pena en los casos en que sigan siendo aplicables, la posibilidad de acceder al tercer grado como clasificación inicial, a los permisos a los 7 años y medio y a la libertad condicional a los 20 o 22 años y medio. Teóricamente, porque es en la práctica imposible, por razones de prevención especial o de prevención general o de alarma social, que una persona condenada por terrorismo, en algunos casos por subsistencia de peligrosidad, en otros aunque no subsista, acceda a esas instituciones en dichos plazos. Los escasos supuestos en que ocurrió, mediante resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao durante la década de los 90 hasta 2002³⁸⁹ acabaron con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su reunión de 28-6-2002, con la LO 5/2003 y con la LO 7/2003.

Eliminada la redención de penas, es sobre esos plazos referidos de régimen general de cumplimiento sobre los que opera el nuevo art. 78 CP 1995³⁹⁰, cuya génesis parlamentaria se describe y analiza en el capítulo dedicado a la evolución legislativa. Conforme al mismo, atendiendo a la peligrosidad criminal del penado, el Juez o Tribunal *puede* acordar que los beneficios penitenciarios y

pena, resulte igual de grave asesinar a 4 que a 400. Simplemente, no es cierto. Computen como quieran los beneficios penitenciarios. Háganlos virtualmente desaparecer. La existencia de un tope máximo de cumplimiento efectivo –sea este de 20, 30 o 40 años- dará siempre como resultado la necesidad de extinguir penas no cumplidas. Conseguirán que no sea lo mismo ser condenado a la pena máxima por asesinar a dos personas que a una. Jamás, ni con el Código de 1973 ni con el de 1995 –en su actual redacción-, conseguirían que la condena a la pena máxima por un tercer y sucesivos asesinatos tenga una traducción en términos reales de cumplimiento efectivo de la pena que la diferencie de haber matado solo a dos. Esto sí son puras matemáticas”.

³⁸⁹ Véase el apartado relativo a la competencia jurisdiccional.

³⁹⁰ “*Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente. En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria; valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento*”.

el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la suma de las penas. A la vista del tratamiento, valorando las circunstancias personales, la evolución del tratamiento y el pronóstico de reinserción, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria puede restablecer el cómputo sobre el máximo de cumplimiento efectivo³⁹¹.

En consecuencia, cabe destacar: a) Que afecta únicamente al concurso real; b) Que se concede al Juzgado o Tribunal una discrecionalidad reglada, con el criterio de la peligrosidad criminal; c) Que exige un momento de decisión judicial, en la sentencia o en el auto de acumulación jurídica (fijación del máximo de cumplimiento efectivo); d) Que se aplica a cualquier clase de delitos; e) Que se refiere a los beneficios penitenciarios y al plazo de la libertad condicional (aspecto que mayores problemas interpretativos suscita); y f) Que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria puede restablecer el cómputo sobre el máximo de cumplimiento efectivo, con base en unos criterios que en última instancia hacen referencia a la peligrosidad criminal, el mismo criterio en que se ha de basar el órgano sentenciador para su establecimiento.

Este es el mecanismo de “cumplimiento íntegro y efectivo” que subsiste vigente para las penas por hechos cometidos entre el 24 de mayo de 1996 y el 1 de julio de 2003, dado que no cabe aplicar retroactivamente la nueva redacción (STS 626/2005, de 13 de mayo).

Un mecanismo que MANZANARES SAMANIEGO (2000, p. 1013) califica de no muy afortunado, un “parche casero” ante la imprevisión de la prisión perpetua³⁹², pero que en realidad es más grave que la prisión perpetua, por ejemplo alemana, puesto que prácticamente excluye la posibilidad de la libertad

³⁹¹ MANZANARES SAMANIEGO (2008, p. 259) se muestra crítico con la atribución al Juzgado de Vigilancia en lugar de al órgano judicial que la acordó.

³⁹² El autor ha defendido en numerosas ocasiones que haber introducido la prisión perpetua desde el comienzo de la democracia hubiera evitado muchos problemas relacionados con la búsqueda del cumplimiento efectivo (por ejemplo en 2003, p. 196)

condicional. DÍEZ RIPOLLÉS (2001, pp. 16-17) clasifica este artículo entre las “leyes de compromiso”³⁹³, del ámbito meramente simbólico.

Como se comentó, el texto final es el resultado del trámite parlamentario. El texto del Proyecto se restringía a un grupo de delitos determinado en principio por la gravedad, atendiendo a la alarma y a la perturbación social³⁹⁴. Era igualmente discrecional y cabía del mismo modo que en el texto final la vuelta al régimen general, aunque la Enmienda 276, del Grupo Popular, proponía que no cupiera la vuelta al régimen general.

Desconozco con precisión en cuántos casos se ha hecho uso de esta facultad por parte de los juzgados y tribunales, pero en los casos de miembros o exmiembros de ETA que he conocido no consta aplicado.

En la STS 626/2005, de 13 de mayo, en recurso de casación contra Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de noviembre de 2003, se recoge:

“...el recurrente basa su queja casacional en el arrepentimiento y confesión de los hechos delictivos, siendo así que la razón de este precepto, que ha sido reformado por LO 7/2003 de 30 junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, estriba en corregir la excesiva disminución efectiva en el cumplimiento de las penas como consecuencia de las reglas de la acumulación jurídica del art. 76 del Código penal, en casos de concursos reales muy extensos, y que se basa en la peligrosidad criminal del reo y no en su arrepentimiento. En segundo lugar, porque esta operación jurídica es más propia de la ejecución del fallo que de la sentencia condenatoria, en tanto que no se han realizado las pertinentes operaciones acumulativas a tal efecto, sin perjuicio de que el Tribunal en su resolución judicial ya se posicione jurídicamente en tal sentido, lo que puede ser objeto de interés casacional en un motivo por infracción de ley, como el esgrimido

³⁹³ Además, define otras categorías de leyes (o aplicaciones judiciales) meramente simbólicas como las reactivas, identificativas, declarativas y principalistas.

³⁹⁴ Criterios que a pesar de eliminarse tuvieron eficacia práctica en alguna resolución como la STS 626/2005, de 13 de mayo, que se transcribe parcialmente a continuación. Efectivamente, el art. 79 del Proyecto de 1994 era más sincero respecto a los fines reales de la institución.

por el recurrente. Y finalmente, porque, como acertadamente mantiene el Ministerio fiscal en esta instancia, dada la gravedad intrínseca de los hechos en su conjunto, absolutamente reprochables, y de la indudable alarma social (sic) que crearon en su momento, la medida es perfectamente mantenible en esta sede casacional, sin perjuicio en su día de la aplicación del precepto contenido en el apartado segundo del aludido art. 78 del Código penal, en su redacción originaria, que es la procedente, dada la fecha de ocurrencia de los hechos enjuiciados”.

La SAP de Madrid 45/2005, de 2 de febrero, condenó al acusado por unos hechos de mayo de 2003 a 76 años de prisión y aplicó el art. 78 CP 1995 sin mención si quiera al criterio de la peligrosidad:

“Fijamos el máximo de cumplimiento efectivo de la condena en treinta años y, sin perjuicio de ello, que los beneficios penitenciarios y el cómputo para la libertad condicional se referirán a la totalidad de las penas impuestas.”

LLOBET ANGLÍ (2007, p. 20) afirma que la única resolución en que se aplica el art. 78 en delitos de terrorismo hasta 2007 es la SAN Secc. 4ª nº 35/2003, de 6 de noviembre, de la que se da cuenta a continuación.

En la STS 290/2005, de 24 de febrero, se resuelve el recurso de casación contra la SAN, Sección 4ª nº 35/2003, de 6 de noviembre, por hechos de terrorismo de 2001:

“El Tribunal hace uso del art. 78 del Código Penal , con respecto a los procesados Juan Francisco, Luis Miguel, José Miguel y Roberto atendida la peligrosidad criminal de los mismos y por rebasar las penas impuestas a los mismos los cuarenta años (sic, en realidad fueron condenados a más de 60 años), y acuerda que los beneficios penitenciarios y que el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente, sin que en ningún caso el cumplimiento efectivo de las penas pueda rebasar los treinta años, según dispone el art. 76.1.b) del Código Penal”.

En 2003 ETA asesinó a Joseba Pagazaurtundua Ruiz, Bonifacio Martín Hernando y Julián Embit Luna, pero antes del 2 de julio. En 2006 a Carlos

Alonso Palate y Diego Armando Estacio. En 2007 a Raúl Centeno Bayón y Fernando Trapero Blázquez, pero en Capbreton (Francia). En 2008 a Juan Manuel Piñuel Villalón, Luis Conde de la Cruz, Ignacio Uría Mendizábal e Isaías Carrasco. En 2009 a Eduardo Antonio Puelles García, Carlos Sáenz de Tejada y Diego Salvá Lezaun. En 2010 a Jean-Serge Nérin, gendarme francés, en Melun (Francia). En la medida en que la superación de una suma de 80 años de prisión sin la concurrencia de un asesinato terrorista es casi imposible, podemos concluir que el art. 78 CP 2003 podría afectar a las condenas por los 6 asesinatos cometidos por ETA en España.

Sin embargo, sí se impuso en otro caso de terrorismo, el del asesinato de Fernando Buesa y de su escolta Jorge Díez el 22 de febrero de 2000, en la SAN 18/2002 [en el encabezamiento por error se indica 18/2003], Sección 4ª, de 21 de junio, Ponente Bermúdez de la Fuente:

“El cumplimiento efectivo de las penas que se imponen en esta sentencia y en los términos que se dirán en su parte dispositiva no excederá de treinta años conforme a lo dispuesto en el artículo 76 1 b) del Código Penal, sin perjuicio de que este Tribunal atendida la evidente peligrosidad de los encausados fácilmente deducible de la conducta que se enjuicia, acuerda que todos los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas que se imponen a tenor del párrafo primero del artículo 78 del ya referido Texto Penal punitivo”.

También la SAN Sección 4ª nº 28/2003, de 28 de julio, Ponente Bermúdez De la Fuente, que condena a cuatro de los acusados a la suma de 45 años de prisión por delitos de integración en organización terrorista, depósito de armas de guerra, depósito de explosivos, depósito de armas de fuego, falsificación continuada de documento oficial y robo con fuerza:

“Por otra parte el Tribunal considera respecto a los procesados condenados... que dada la extrema peligrosidad de los mismos debe hacer uso de lo prevenido en el art 78 del Código Penal ya que como ha quedado probado su integración en comandos de la organización terrorista ETA, sirviendo a los designios criminales de la misma participando en atentados, con numerosas muertes y estragos sembrando el terror social y almacenando armas y explosivos que hubieran ocasionado otros actos delictivos de no haber sido aprehendidos por las fuerzas de Seguridad del Estado democrático, por lo que procede acordar que los beneficios

penitenciarios y que el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente, sin que en ningún caso, el cumplimiento efectivo pueda rebasar los veinte años. Dicho precepto sólo será aplicable a los procesados condenados... por rebasar dicho límite las penas que se les imponen”.

Por su parte, en la SAN 30/2011, Sección 4ª, de 15 de noviembre, Ponente González Pastor, que por el asesinato de José Javier Múgica en Leizta el 14 de julio de 2001 impone a dos de los acusados una suma de 50 años de prisión a cada uno por delitos de terrorismo y de 18 años por integración en banda armada, se dice:

“El cumplimiento efectivo de las penas que se imponen en esta sentencia y en los términos que se dirán en su parte dispositiva no excederá de treinta años conforme a lo dispuesto en el artículo 76 1 b) del Código Penal en la redacción vigente en el momento de los hechos, sin perjuicio de que este Tribunal atendida la evidente peligrosidad de los acusados fácilmente deducible de la conducta que se enjuicia, acuerda que todos los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas que se imponen a tenor del párrafo primero del artículo 78 del ya referido Texto Penal punitivo.”

Sin embargo, nada se dice en la parte dispositiva.

Lo mismo ocurre en la SAN 30/2011, Sección 4ª, de 4 de noviembre, también Ponente González Pastor, también respecto al asesinato de Fernando Buesa y de su escolta Jorge Díez el 22 de febrero de 2000 y en la SAN Sección 4ª nº 54/2005, de 26 de diciembre, por el mismo atentado.

En la SAN Sección 2ª nº 2/2014, de 25 de marzo, Ponente Espejel Jorquera, en relación con hechos de 1999, se establece que:

“El límite de cumplimiento efectivo será de treinta años, de conformidad con el art. 76.b) CP vigente en la fecha de comisión de los hechos. Respecto de los condenados... en aplicación del art. 78 CP vigente en la fecha de los hechos, los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se referirán a la totalidad de las penas impuestas.”

También en la SAN Sección 3ª nº 29/2013, de 11 de diciembre, en relación con el atentado contra la Casa Cuartel de la Guardia Civil de Burgos de 29 de julio de 2009, se impone la suma de penas de 3.840 años de prisión por 160 delitos de asesinato intentado y 20 años por delito de estragos con finalidad terrorista, estableciendo:

“El límite de efectivo cumplimiento de las penas privativas de libertad no excederá de 40 años, sin perjuicio de que los beneficios penitenciarios serán aplicados sobre la totalidad de las penas impuestas.”

En la SAN Sección 3ª nº 3/2010, de 23 de febrero, se condena a miembros del GRAPO por hechos del año 2000 a la suma de 125 años de prisión, estableciendo:

“Conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal, el máximo de cumplimiento efectivo de las anteriores penas no podrá exceder de 30 años, si bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 del mismo Código, y puesto que dicho límite resulta inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas, se acuerda que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se referirán a la totalidad de las penas impuestas en esta sentencia.”

Lo mismo se acuerda en la SAN Sección 3ª nº 30/2006, de 25 de abril, en la que se condena a cada uno de los acusados, por un delito de asesinato terrorista, a la pena de veintiocho años de prisión; por diecisiete delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa, a la pena de quince años de prisión (total 255 años); por dos delitos de estragos, a la pena de dieciocho años de prisión (total 36 años); por un delito de robo terrorista, a la pena de dos años de prisión; y por un delito de falsificación de documentos oficiales de carácter terrorista, a la pena de dos años de prisión. Así mismo SAN Sección 3ª nº 3/2006, de 24 de enero.

Sin embargo, en la SAN 10/2011, Sección 4ª, de 3 de mayo, Ponente González Pastor, en la que se condena por el secuestro de un atunero en las costas de Somalia, entre otras, a 36 penas de 11 años de prisión, nada se dice ni respecto a la aplicación del máximo, que sería de 20 años, ni sobre la aplicabilidad del art. 78 CP.

En la SAN 11/2007, Sección 4ª, de 28 de marzo, atentado de 11 de noviembre de 2000 contra el cuartel de la Guardia Civil de Intxaurrondo, condena a los dos acusados por dieciséis delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa, a las penas, por cada uno de los delitos y a cada uno de los acusados, de diecisiete años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de veinticinco años y, como responsables en concepto de autores de un delito de estragos terroristas, a las penas, a cada uno de los acusados, de dieciocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de veintiséis años. Nada se dice ni de la aplicación del máximo de cumplimiento efectivo ni de la aplicabilidad del art. 78.

No se estimó necesario en relación con un atentado del ‘comando Andalucía’ en 1997, en el que se condena a penas de prisión que suman 232 años. SAN, Sección 2ª, 3/2001, de 30 de enero: “No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. No se estima necesaria la aplicación del art. 78 del C. Penal”.

En definitiva, en las resoluciones judiciales encontradas no es posible distinguir un patrón de aplicación del precepto.

Por otro lado, para entender bien el precepto y valorar sus efectos y su sentido, es preciso interpretar el concepto y extensión de los beneficios penitenciarios a que se refiere el precepto, esto es, principalmente si incluye los permisos ordinarios y el régimen abierto.

La comprensión del término beneficios penitenciarios adolece de una relevante, y grave, indefinición³⁹⁵. Se ha llegado a calificar como beneficio penitenciario hasta al abono de la prisión provisional. Por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se afirmó en Auto de 22 de noviembre de 2012 que la preventiva abonada es un beneficio penitenciario a aplicar sobre

³⁹⁵ Según MANZANARES SAMANIEGO (2014a, p. 1) los beneficios en sentido estricto, tal como se describen en la LOGP, tienen mucho de entelequia, incluyendo en el concepto los permisos; sin embargo, excluyéndolos del ámbito del concepto legal por efecto del principio de legalidad y la prohibición de interpretaciones extensivas.

cada pena³⁹⁶. Incluso el propio Tribunal Supremo llegó a afirmar inopinadamente en su STS 45/2012, de 3 de febrero [Ponente Berdugo Gómez de la Torre], que

³⁹⁶ Las ondas expansivas de la doctrina parot han conducido en ocasiones hasta el paroxismo, lo que, con dudoso humor, pero humor, en algún momento he descrito como ‘parotismo’, del que es buen ejemplo este auto, que pretendió, a propuesta de la fiscalía, computar los 30 años del máximo de cumplimiento efectivo desde la fecha del inicio del cumplimiento (esto es, una vez recibida en el centro penitenciario en el que la persona estaba como preventiva la primera sentencia condenatoria), con evaporación por tanto de los cuatro años en los que había estado privada de libertad preventivamente. Al aplicar el abono de la prisión preventiva sobre cada una de las penas, el efecto es que no tenía eficacia en relación con el máximo de 30 años. El Tribunal Supremo corrigió esta ultra-extensión de la doctrina parot en STS 922/2013, de 2 de diciembre [Ponente Sánchez Melgar].

No se trata aquí por tanto de la extensión de la doctrina parot al abono de la prisión provisional (SSTS 207 y 208/2011, de 28 de marzo; al mismo resultado se llega, sin recurrir a la ‘doctrina parot’ en la STS 615/2012, de 10 de julio, Ponente Del MORAL GARCÍA) (véase el ‘caso Troitiño’ en MANZANARES SAMANIEGO 2011, pp. 7-8) realizada para conjurar los efectos de la STC 57/2008, de 22 de abril. Esta dio lugar, hasta que se rectificó jurisprudencialmente y se eliminó legislativamente en 2010, a que cada ‘prisión provisional acordada’ se aplicara sobre el máximo de cumplimiento, computando un mismo tiempo pasado en prisión varias veces, según las veces que se hubiera acordado prisión provisional. A partir del AAN Sección 3ª de 19 de abril de 2011 cada prisión provisional acordada se abona a la pena ‘en relación con la cual’ se acordó, pero el tiempo de prisión efectivamente cumplido en prisión provisional al menos se abona a la primera de las penas que se cumple. En el caso que aquí se relata ni siquiera se abonaba realmente a ninguna condena, es decir, ‘se evaporaba’. La referida STS 922/2013, de 2 de diciembre, decía: “...resulta tal operación de la propia STS 197/2006, en donde ya se decía que el límite de treinta años de prisión es un límite al cumplimiento efectivo; y de esta expresión –efectivo– que se consigna en la denominada doctrina Parot se deduce que es infranqueable, sin que pueda ser traspasado de forma alguna por los mecanismos de abono de la prisión preventiva en las diversas penas que se van cumpliendo sucesivamente. De este modo, hemos dicho ya en nuestra STS 1060/2011, de 21 de octubre, que el límite de treinta años, ha de ser intangible cualquiera que sean las vicisitudes que haya atravesado el finalmente penado (encontrarse, o no, en situación de prisión provisional), de manera que tal cómputo que es un límite infranqueable, no pueda ser traspasado como consecuencia de las circunstancias o avatares procesales del caso, por lo que el tiempo sufrido en prisión por las distintas causas en donde se proceda a la determinación de tal límite máximo de cumplimiento no sea desigual para unos o para otros, en función de las diversas prisiones provisionales a que se hayan visto sometidos, por lo que, al transcurso del mismo, se ha de proceder al licenciamiento definitivo del penado, pudiendo en estos casos computarse el día del ingreso en prisión preventiva como fecha de inicio del cumplimiento de la pena, pues a todos los efectos se le abona con tal finalidad. Esta doctrina

“...lo que dejamos destacado del texto de la STS 197/2006, es decir, que se han de aplicar los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo, ya se atisba la solución a este problema, pues tal abono de la prisión preventiva, que indudablemente tiene naturaleza de beneficio, se ha de descontar de la pena que se esté cumpliendo, no de la fecha del licenciamiento definitivo por aplicación del máximo de cumplimiento”.

Resulta evidente que el abono de la prisión provisional previsto en el art. 33 CP 1973 y equivalentes posteriores no es un beneficio penitenciario, ni en sentido estricto (los que suponen acortamiento de condena) ni en sentido amplio (comprensivo de permisos o progresiones de grado), puesto que el abono de la prisión preventiva es una institución de naturaleza penal, no penitenciaria, que no depende de la individualización científica del tratamiento, no depende de la evolución del tratamiento o del comportamiento del preso, no es algo que el interno deba “merecerse”, sino que es una operación que objetivamente se debe realizar por el tribunal sentenciador, cuyo fundamento se halla en el mantenimiento de la proporcionalidad de la pena, compensando la privación de la libertad o de derechos de la pena impuesta con la privación de libertad o de derechos sufrida cautelarmente.

La expresión beneficios penitenciarios aparece por primera vez en la LOGP de 1979, en el art. 76.2.c, que atribuye al Juzgado de Vigilancia la competencia para “*Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena*”, relacionado con el acortamiento de la condena, como modo de evitar la referencia expresa a la redención de penas por el trabajo, ya en trance de desaparecer³⁹⁷. Al igual que en el art. 29.1, por el que no se excluye de los beneficios penitenciarios a

resulta también de las Sentencias 202/2012, de 20 de marzo, y 345/2012, de 16 de mayo, entre otras muchas”.

Sobre la cuestión suscitada a partir de la STC 57/2008 véase RÍOS MARTÍN – ETXEBARRIA ZARRABEITIA - CASTILLA JIMENEZ – SANTOS ITOIZ - PASCUAL RODRIGUEZ - SANTIESTEVE ROCHE – SEGOVIA BERNABÉ - GALLEGU DÍAZ (2014, pp. 523-525).

³⁹⁷ MARTÍNEZ DE MARIGORTA MENÉNDEZ (2014), p. 14.

quienes estén eximidos de la obligación de trabajar. Es claro que se refiere, sin mencionarla, a la redención de penas por el trabajo.

La cuestión es si por beneficio ha de entenderse solamente aquellos que supongan acortamiento del tiempo de cumplimiento o también del modo de cumplimiento, o dicho de un modo más ambiguo, acortamiento del cumplimiento efectivo en régimen cerrado u ordinario.

Antes de 1995, la Circular 3bis de 1993, de 9 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado solo se planteaba la cuestión del término del cómputo, el máximo o la suma, en relación con “los beneficios de libertad condicional y de redención de penas por el trabajo”.

En 1995 existía acuerdo en la doctrina en que beneficios penitenciarios eran aquellos que suponen acortamiento de la condena: a) la redención de penas por el trabajo (art. 100 CP 1973); b) el indulto particular del Juez de Vigilancia Penitenciaria de dos meses por cada año de prisión efectiva³⁹⁸ (art. 257 RP 1981; actualmente con variaciones en el art. 206 RP³⁹⁹); o c) el adelantamiento de la libertad condicional en “hasta cuatro meses de adelantamiento del período o grado de la libertad condicional por cada año de cumplimiento de prisión efectiva” del art. 256 RP 1981 (derogado por el CP 1995, que lo sustituye por el adelantamiento a los dos tercios de cumplimiento de la condena del art. 91.1 CP 1995).

En relación con el indulto conforme a la Ley de Indulto de 1870, según el experto trabajo de HERRERO BERNABÉ (2012, pp. 404-405), no será indiferente que este se produzca antes o después de la acumulación:

³⁹⁸ De nuevo el término efectivo, pero en relación con prisión. De lo que no cabe deducir que efectivo se refiera a en régimen cerrado u ordinario, dado que el indulto particular se aplica con independencia del grado de tratamiento en el que esté clasificado el interno.

³⁹⁹ La Instrucción DGIP 17/2007, de 4 de diciembre, parece partir sin embargo de un concepto amplio de beneficio penitenciario: “*posee especificidad propia y diferencial frente a otros beneficios penitenciarios. Su concesión, cuando procede, supone no el acortamiento del periodo efectivo de cumplimiento sino la reducción de la propia pena*”. Aquí efectivo se refiere a en régimen cerrado u ordinario.

“Por un lado puede suceder que el expediente de indulto se haya iniciado previamente a dictarse el auto de acumulación, por lo que el Gobierno se habrá entendido con el Tribunal sentenciador de una pena que, al dictar el indulto, puede no existir jurídicamente, si entendemos que producida la acumulación, se genera con ello una nueva pena, autónoma y distinta de las anteriores, lo que, por demás el Gobierno desconocerá al no preverse la notificación del auto de acumulación al Servicio de Indultos del Ministerio de Justicia, si este afecta a alguna de las penas cuyo indulto está en trámite.

Si ello sucede pueden plantearse cuestiones, tal como esta: ¿Qué sucede si condenado a dos penas de quince años y aplicado el límite máximo para su cumplimiento se concede un indulto de la tercera parte a las penas de quince años? De aplicarse sobre cada una de las penas individuales previas a la operación de acumulación, el ahorro de 5 años por pena, convirtiendo en dos de diez las ejecutables no altera el máximo de cumplimiento de veinte, sobre el que ningún efecto produce el indulto pero si es aplicado sobre el total ya acumulado, de veinte años podrá el indultado beneficiarse de éste cumpliendo trece años y cuatro meses años, o seis años y ocho meses si se sumaran los dos indultos de seis años y ocho meses cada uno.

Así pues la actuación de una u otra forma no es indiferente y puede provocar enormes consecuencias en el cumplimiento.

En relación al supuesto de que se hubiere iniciado un expediente de indulto con anterioridad a la acumulación y fuere resuelto con posterioridad, éste evidentemente no podría afectar a la nueva pena, independiente y diferente de las anteriores, máxime si entendemos en forma absoluta el pronunciamiento tantas veces referido del Tribunal Supremo conforme al cual producida, la acumulación, su resultado es la única pena existente, nueva y autónoma. En otro caso, cuando el expediente se hubiera iniciado con posterioridad al auto de acumulación obviamente el indulto debería ir referido a dicha pena resultante de la acumulación y nunca a sus componentes”.

Aunque coloquialmente, lo cual es frecuente en el ámbito penitenciario e incluso forense, se puedan denominar beneficios a los permisos ordinarios o a la progresión de grado, en sentido estricto, conforme a la terminología legal no hay más beneficios penitenciarios que los antedichos.

Un año después de aprobarse el Código Penal, el Reglamento Penitenciario de 1996, consecuencia de un nuevo texto punitivo, lo confirma en el Capítulo II

del Título VIII, De la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios, arts. 202 a 206.

Una vez desaparecida la redención de penas por el trabajo:

“1. A los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento. 2. Constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular”.

En este art. 202 RP la efectividad se predica respecto del internamiento, lo que elimina la ambigüedad de la idea de “cumplimiento íntegro y/o efectivo” de la pena. El texto no dice tiempo efectivo *de cumplimiento* porque las formas de semilibertad o libertad condicional también son cumplimiento. Ahora bien, necesitamos el número 2 para despejar cualquier duda de que en reducción del tiempo efectivo de internamiento se incluyan los permisos ordinarios o el régimen abierto.

El art. 36 CP 1995 no contradice en absoluto esta conclusión: “Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes y en el presente Código”, aunque es cierto que parece que indicara la existencia de otra clase de beneficios penitenciarios. Pero es que el art. 202 RP también lo hace, pero aclara que es el adelantamiento de la libertad condicional, que ya había sido “trasladado” del art. 256 RP 1981 al 91.1 CP 1995 por el propio Código penal de 1995. Esto es, la visión global de la actividad legislativa del final de legislatura no deja lugar a dudas.

Por otro lado, el Grupo Popular en el Congreso, en su referida Enmienda 267, se refería a beneficios que supongan acortamiento de condena como la posibilidad que habría de poder quedar referenciada a la suma total de las

penas, junto a la libertad condicional⁴⁰⁰, por lo que el ánimo del legislador es claro respecto a qué plazos deben quedar referidos a la suma total de las penas.

En definitiva, todos los demás plazos de relevancia penitenciaria, significativamente permisos ordinarios (154.1 RP) y la progresión a tercer grado (art. 104.3 RP), se referirán en todos los casos al máximo de cumplimiento efectivo. Solo en la libertad condicional y en los beneficios penitenciarios que acorten la condena o adelanten la libertad condicional cabe aplicar la regla del art. 78 CP tendente al cumplimiento efectivo del máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable que se haya establecido conforme al art. 76 CP 1995. Lo cual, desde el punto de vista del objetivo de la iniciativa legislativa de dar una respuesta simbólica a la alarma social por las excarcelaciones de exmiembros de ETA, señala que la técnica legislativa es tan defectuosa que no conseguiría lograr el efecto deseado, puesto que podrían seguirse produciendo concesiones de régimen abierto, que en algunas modalidades implican casi la misma libertad que la libertad condicional (art. 86.4º RP). Lo que sí le reserva la reforma es un mayor control de ese instrumento por parte del Gobierno, puesto que la clasificación penitenciaria depende de la Administración penitenciaria, siempre fuertemente controlada por el poder político, y solo podría enervarse la decisión del ejecutivo por vía de recurso, mientras que la libertad condicional se acuerda directamente por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

La redacción dada al art. 78 CP por la LO 7/2003, en la medida en que incluye expresamente los permisos y el tercer grado, ratifica la interpretación dada al concepto de beneficios penitenciarios.

En todo caso, volviendo a la visión global del art. 78 CP 1995, coincido con GARCÍA ALBERO –TAMARIT SUMALLA (2004, pp. 67-76) en que al final resulta un precepto más simbólico que real “desde el punto de vista de la filosofía que encierra sobre la finalidad y el sentido de la pena”, “constituye un auténtico dislate; que no responde cabalmente a orientación político criminal alguna digna de tal nombre; que no sirve, como veremos, a los fines que pretende, y que si

⁴⁰⁰ Enmienda que habría excluido el adelantamiento de la libertad condicional.

logra zafarse de su eventual inconstitucionalidad, lo hace al precio de convertirse en una regla totalmente simbólica e innecesaria (GARCÍA ALBERO 1995).

Efectivamente, la sustitución del criterio de la alarma social —cuya extinción era el principal espíritu de la modificación legal, conforme a una utilización casi meramente simbólica del Derecho penal, en el ámbito de la prevención general positiva o el neoretribucionismo— por el de la peligrosidad⁴⁰¹, esto es, por el de la prevención especial negativa o inocuización —aunque también hay quien ve un efecto preventivo general negativo⁴⁰²— pervierte el compromiso político criminal del texto original: adoptarse por el juzgado o tribunal por razones de prevención general, pero poder dejarse sin efecto por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por razones de prevención especial.

El juicio de peligrosidad en el momento de acordarse el régimen del art. 78 CP, en el momento de la sentencia o el del auto de acumulación de penas, necesariamente ha de realizarse a futuro, en el sentido de que se estima que en los plazos en que podría producirse la excarcelación conforme al régimen general subsistirá una peligrosidad que desaconsejaría la excarcelación. Pero claro, es que si eso ocurriera parece improbable que se aprobaran beneficios

⁴⁰¹ SAP de Palma de Mallorca 55/2005, de 28 de abril: “...en este caso, en atención al comportamiento reincidente del acusado, habiendo fracasado, de un modo evidente, la función rehabilitadora de la pena ya ejecutada por hechos semejantes a los juzgados. La defensa del acusado solicitó por medio del otosí digo séptimo de su escrito de calificación provisional que se adoptaran medidas jurídico legales y médicas para proceder a la castración química del acusado...”.

⁴⁰² La SAP de Palma de Mallorca 55/2005, de 28 de abril, atribuye a la regla un efecto preventivo general negativo: “como se destaca en la STS de 6 de Marzo de 2.001, se trata de un mecanismo de corrección de la regla de acumulación jurídica de penas establecido para actuaciones delictivas de extrema gravedad que atenten contra una pluralidad de bienes jurídicamente tutelados, con el fin de procurar que la aplicación mecánica de dicha regla acumulativa puede desembocar en una generalizada conciencia de impunidad de las actuaciones criminales que superen el límite prevenido en el art. 76, es decir que a partir, por ejemplo, de dos o tres violaciones, la agresión sexual de cualquier otra persona carezca en la práctica de efecto punitivo alguno porque las primeras agresiones ya han superado el límite legal...”.

penitenciarios (indulto particular⁴⁰³ o adelantamiento de la libertad condicional⁴⁰⁴) ni se concedería libertad condicional; mientras que si el tratamiento evoluciona favorablemente o por la razón que fuera la peligrosidad desaparece o se reduce suficientemente, de modo que pueda optarse por ejemplo por una libertad condicional, habría desaparecido la razón de la imposición del régimen de cumplimiento efectivo. Sin mencionar que tal juicio de peligrosidad a futuro, en los plazos a que nos hemos referido —22 años y medio para la libertad condicional—, carece del más mínimo valor, y ni siquiera sentido, porque precisamente el cumplimiento de la pena de prisión ha de ir dirigido a la rehabilitación y resocialización, lo que supone realizar un juicio tan imposible como absurdo, porque si es erróneo simplemente se volverá al régimen general.

La única diferencia entre que el art. 78 CP 1995 exista o no exista es que, cuando en el curso del cumplimiento de la pena de prisión la evolución de la peligrosidad criminal sea favorable, habrá un obstáculo, en principio de escasa importancia, que será el restablecimiento del régimen general por Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (la Instrucción DGIP 19/1996, más atenta a los problemas de transitoriedad, no realizó previsión alguna respecto al art. 78 CP; la Instrucción DGIP 3/2000, que corrige la anterior, introdujo novedades en el cálculo de condena de internos penados conforme a los Códigos Penales de 1973 y de 1995 pero tampoco hace referencia al art. 78 CP 1995; la Instrucción 9/2003, de 25 de julio, únicamente recoge la novedad del art. 78.3º, sin introducir ninguna orientación; es la Instrucción 2/2005⁴⁰⁵, ya modificado el precepto por la

⁴⁰³ Que conforme al art. 206 RP exige que “concurran de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias: a) Buena conducta. b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad. c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social”.

⁴⁰⁴ Que exige que los penados “hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes”.

⁴⁰⁵ “El artículo 78 del Código Penal establece, en relación a la acumulación de condena del artículo 76 del mismo cuerpo legal que, si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 del Código Penal, la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios

LO 7/2003, la que regula la información necesaria en relación con los supuestos que pueden darse en virtud del art. 78 CP, en su versión original y en la reformada en 2003; y la Instrucción SGIP 7/2010, pp. 2-3, establece el procedimiento, documentación, informes y criterios que debe acompañar a la

penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias; estableciendo en su nº 2 el carácter imperativo de la medida, si tras la acumulación de condenas por el último Tribunal sentenciador, el límite máximo de cumplimiento fuere de 25, 30 ó 40 años y esta condena fuere de cuantía inferior a la mitad de la suma total de las condenas acumuladas. Ello determina que las fechas de repercusión penitenciaria -1/4 condena a efectos de permisos ordinarios de salida y acuerdo de salidas programadas, 1/2 condena para la clasificación en tercer grado, 2/3 condena para el beneficio penitenciario de adelantamiento de la libertad condicional y 3/4 condena a efectos de libertad condicional-, se calculen sobre la suma total de las condenas originariamente impuestas y no sobre la nueva condena surgida fruto de la acumulación. No obstante, el Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. A fin de tener actualizada la información penal de los internos incurso en cualquiera de las situaciones descritas en el artículo 78 del Código Penal, con relación al artículo 76 del mismo texto legal, se procederá a dejar constancia en el expediente de: • Si el régimen de cumplimiento de condena versa sobre el régimen general de cumplimiento de internos a los que se les haya acumulado penas privativas de libertad o, en su caso, se han establecido por el Juez o Tribunal las prescripciones potestativas en el acceso a los beneficios penitenciarios, a los permisos de salida, a la clasificación en tercer grado de tratamiento y al cómputo de tiempo para la libertad condicional del artículo 78.1 del Código Penal. • Si los internos cumplen condena conforme a las prescripciones imperativas del número 2 del artículo 78 del Código Penal. • Si, en su caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria ha impuesto el régimen general de cumplimiento a internos a los que les eran de aplicación las previsiones potestativas o imperativas establecidas por los Jueces y Tribunales sentenciadores de los números 1 y 2 del artículo 78 del Código Penal. Sin perjuicio de las consideraciones recogidas en los puntos anteriores, para internos condenados por delitos de terrorismo, de la sección segunda del capítulo V del Título XXII del libro II del Código Penal, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, a los que el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria hubieren decretado el régimen general de cumplimiento, el acceso al tercer grado de tratamiento y a la libertad condicional sólo será aplicable al cumplimiento de las 4/5 partes de la condena y 7/8 partes de condena, respectivamente. No obstante, el artículo 78 del Código Penal, en ningún caso es de aplicación a la fecha de licenciamiento definitivo, que en todo caso vendrá establecido por el límite máximo de cumplimiento establecido en el auto de acumulación de condenas”.

solicitud de aplicación del régimen general de cumplimiento en los supuestos periodo de seguridad) . Aunque quizás en realidad el obstáculo no sea tan nimio a la vista de la politización de los criterios supuestamente técnicos de las Juntas de Tratamiento, la capacidad de presión política sobre el órgano judicial único de control que es el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en los casos de su competencia y, por eso mismo también, los plazos de resolución de este Juzgado, que suelen superar el año en los recursos contra el mantenimiento de grado. Y una vez entre en vigor el Estatuto de la Víctima del Delito, la víctima podría oponerse y recurrir el auto que acuerde la aplicación del régimen general (art. 13.3 y 13.1.b EVD).

Conforme a la regulación finalmente en vigor en 1996, el mecanismo de cumplimiento “más efectivo” se establece en función de la peligrosidad y la vuelta al régimen general por la reducción de la peligrosidad criminal —no de otro modo puede entenderse “a la vista del tratamiento, valorando las circunstancias personales, la evolución del tratamiento y el pronóstico de reinserción”—, es decir, que ‘para este viaje no eran necesarias estas alforjas’. En definitiva, el régimen especial se impondría por un juicio de peligrosidad a años vista —fundamento preventivo especial— y se puede volver al régimen general cuando no hay peligrosidad criminal —fundamento preventivo especial—.

En realidad lo que se quería ya se había conseguido en gran parte con la eliminación de las redenciones de pena por el trabajo, por lo que ese art. 78 CP era totalmente innecesario⁴⁰⁶.

El concepto de efectividad⁴⁰⁷, al margen del legal del art. 76 CP (“máximo de cumplimiento efectivo”), sufre una trasmutación para ser empleado en la tramitación parlamentaria, en la jurisprudencia⁴⁰⁸ y en la doctrina para acercarse

⁴⁰⁶ GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 69).

⁴⁰⁷ RAE. Diccionario usual: “**1.** f. Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera. **2.** f. Realidad, validez”.

⁴⁰⁸ Se observa la ambigüedad por ejemplo en la SAP A Coruña 111/1998, de 14 de septiembre: “*por aplicación del C.P. derogado puede gozar de los beneficios contemplados en el artículo 100, resulta más beneficiosa la aplicación de tal Código, ya que el cumplimiento efectivo*”

a su significado propio: “lograr el efecto que se desea o se espera”. Esto es, lo que el legislador desea es que el cumplimiento de la pena se acerque a lo que desea y dice que desea la sociedad, esto es, el cumplimiento en régimen cerrado y/u ordinario, sin salidas de prisión, de la totalidad de la pena impuesta o el máximo de cumplimiento efectivo. Como esto es imposible, por superar el horizonte de la vida humana o por el mínimo de horizonte de libertad que exige el art. 25.2 CE, parece más adecuada la terminología de la Enmienda de CIU referida, que decía “más efectivo”, esto es, incrementar la duración mínima del cumplimiento en régimen cerrado y/u ordinario, sin salidas de prisión. El artículo 76 CP habla de “máximo de cumplimiento efectivo de la condena”, lo que incluye en el cumplimiento efectivo el tiempo cumplido en régimen abierto o en libertad condicional; el límite de cumplimiento efectivo de penas acumuladas —no así en el caso de las denominadas ‘condenas eternas’, esto es, las penas no acumulables jurídicamente por falta de conexidad temporal que superen los límites del art. 76 CP⁴⁰⁹— produce la extinción de la condena, o si se quiere la extinción del resto de las penas que quedaran por cumplir sucesivamente, esté el penado en régimen cerrado, ordinario, abierto o en libertad condicional. En semilibertad o libertad condicional⁴¹⁰ también se está cumpliendo condena. Cumplimiento efectivo por tanto en el art. 76 CP no significa cumplimiento en régimen cerrado u ordinario. El concepto por tanto no es el mismo que el que se da al término cumplimiento efectivo en la tramitación del Código Penal de 1995 o en la LO 7/2003. En definitiva, lo relevante es que para algunos los permisos, el régimen abierto o la libertad condicional no son cumplimiento “de verdad”, no incorporan la carga de afflictividad, de contenido retributivo, que esperan o desean que tenga la pena o penas; por eso se considera efectivo o más efectivo solamente si se produce en régimen cerrado u ordinario.

de la pena sería inferior a la duración de las penas que correspondería imponer por el vigente C.Penal”, que equipara cumplimiento efectivo a cumplimiento total, en el régimen que fuera, calificándolo de inferior al compararlo con el tiempo a cumplir sin redenciones.

⁴⁰⁹ Según GONZÁLEZ RUS (1999, p. 981) *de facto* una prisión perpetua completamente ajena a cualquier propósito resocializador.

⁴¹⁰ Lo cual no ocurre ya tras la LO 1/2015 con la trasmutación de la naturaleza de la libertad condicional en suspensión condicional de la ejecución.

Tampoco el término íntegro solventa el problema⁴¹¹, porque las penas que superan el horizonte de la vida humana son *per se* incumplibles íntegramente, ni en prisión ni en libertad; en segundo lugar, porque las condenas que se cumplen, por ejemplo en régimen abierto desde la clasificación hasta su extinción definitiva, también se han cumplido íntegramente; en tercero, porque tampoco es constitucionalmente aceptable abocar al preso a un cumplimiento íntegro del *máximum* de cumplimiento efectivo sin posibilidad de reinserción anticipada.

Lo cierto es que ninguno de los dos términos expresa lo que el legislador quiere lograr con el art. 78 CP: prolongar el tiempo pasado en régimen ordinario para acercarlo al límite máximo razonable⁴¹² de cumplimiento en relación con el horizonte de la vida humana y con el mandato de reinserción social; incrementar la carga de aflicción, retributiva o ejemplarizante, de la pena de prisión.

⁴¹¹ LÓPEZ GARRIDO – GARCÍA ARÁN (1995), p. 238, prefieren el término cumplimiento efectivo para referirse al art. 78 CP.

⁴¹² Idea que ahora tendremos que revisar a partir de la admisión, por el momento, de la prisión permanente en nuestro ordenamiento jurídico.

b) Art. 78 CP 2003

El vacilante y en cierta medida acomplejado inicio de la tendencia a retrasar las salidas de prisión hacia el máximo de cumplimiento efectivo de las —elevadas— sumas de penas, por la alarma social que generan, se convierte con la LO 7/2003 en una apuesta más decidida. El art. 78 CP reformado: a) incluye en la regla los permisos penitenciarios, obviamente los ordinarios, y la clasificación en tercer grado; b) elimina el criterio de la peligrosidad para adoptar el régimen de “cumplimiento íntegro y efectivo” para los límites del triple de la mayor o 20 años⁴¹³, por lo que no aclara si la decisión debe referirse a la naturaleza de los delitos cometidos, esto es, al hecho, lo que supone tener en cuenta razones de prevención general, o a la alarma social, como se pretendió inicialmente en 1994, o si ha de realizarse una prognosis de conducta futura del penado, esto es, si debe atenderse a razones de prevención especial; c) la preceptividad para las penas acumuladas a un máximo de cumplimiento de 25, 30 o 40 años⁴¹⁴; d) sigue permitiendo el retorno al régimen general en función de las circunstancias personales del reo, el pronóstico de reinserción social y la evolución del tratamiento, pero es más difícil en el caso de los permisos y el tercer grado, puesto que se exige lo mismo —pronóstico individualizado y favorable de reinserción social— que para acceder a la libertad condicional; e) crea un régimen general-especial para los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de organizaciones criminales (cumplimiento, en régimen cerrado u ordinario, de 4/5 partes del máximo de cumplimiento efectivo —frente a los plazos ordinarios del art. 104.3 RP o de la mitad en el régimen general conforme al art. 36.2 CP— para la progresión a tercer grado, y 7/8 partes para el acceso a la libertad condicional —frente a las ¾ partes del régimen general y los 2/3 o la mitad de la condena que de todas formas están vedados en el art. 91 CP

⁴¹³ GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, pp. 77-86) lo denominan ‘régimen de cumplimiento efectivo contingente’; ‘necesario’ al del art. 78.2 CP 2003; e ‘íntegro’ para el art. 78.3º CP 2003.

⁴¹⁴ Esta preceptividad desaparece con la LO 1/2015, al derogar esta el número segundo y sustituirlo por el anterior tercero. Esto podría tener efectos retroactivos como ley favorable, al igual que ocurrió en el caso del art. 36 en 2010.

2003—); f) se introduce un criterio añadido para la vuelta a este régimen general-especial: atender a la suma total de los delitos; y g) se exige un trámite judicial de audiencia al Ministerio Fiscal, Instituciones penitenciarias y demás partes, lo que implicaría la participación de la acusación particular.

Estas reformas se incardinan en la tendencia a la consolidación y fortalecimiento de un Derecho penal de enemigos para el terrorismo y la delincuencia organizada (FARALDO CABANA 2004, p. 317), según la autora, carente de legitimidad.

La especialidad antiterrorista del art. 76 y 78 CP 2003 se olvida de los escrúpulos igualitarios que informaron al legislador de 1995 (GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA 2004, p. 68, nota 6, con referencia al Informe del CGPJ al artículo 94 del Anteproyecto de 1992) y a la configuración del art. 78 CP 1995 como una previsión genérica para cualquier clase de delito, confirmando una vez más la *vis expansiva* de las modificaciones penales excepcionales: para no vulnerar el principio de igualdad, al final lo que ocurre es que se contamina⁴¹⁵ el ‘Derecho penal del ciudadano’ por el ‘Derecho penal del enemigo’.

El texto del Proyecto excluía absolutamente la posibilidad de vuelta al régimen general en los delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII (referencia luego modificada a delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II por la Disposición Adicional Primera de la LO 5/2010) o cometidos en el seno de organizaciones criminales⁴¹⁶, a pesar de la advertencia del CGPJ en su

⁴¹⁵ *In extenso* sobre su inevitabilidad y sus costes CANCIO MELIÁ (2007, pp. 168-170).

⁴¹⁶ Punto V Exposición de Motivos del Proyecto: “La ley reforma el artículo 78 del Código Penal para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Se trata de activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves, que además han cometido una pluralidad de delitos, es decir, frente a aquellos que se encuentren en los límites máximos señalados por el artículo 76 del Código Penal (veinticinco, treinta o cuarenta años de cumplimiento efectivo de condena a pena de prisión) y siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Cuando no lleguen a entrar en juego estos límites máximos, debe mantenerse plenamente la facultad decisoria del

Informe de 4 de febrero de 2003 “para su correcta coherencia con el contenido del art. 25.2 CE, que se establezca un tratamiento diferenciado entre aquellos penados que, pudiendo reinserirse, no ofrecen en los términos que la ley establezca un pronóstico favorable de reinserción y aquellos otros que si ofrezcan tal pronóstico” puesto que la redacción del Proyecto no permitiría que el penado conservara “la esperanza de ser liberado con anterioridad en el caso de que quede acreditada la reinserción social”. Aunque el Gobierno había desatendido este aviso de inconstitucionalidad del Consejo, se le dio respuesta mediante la Enmienda conjunta nº 53 del Grupo Popular y Socialista, mediante la previsión de la posibilidad de liberación anticipada cuando hubiera un pronóstico favorable de reinserción social, aunque configurando, como se ha visto, un régimen general-especial porque establece unos prolongados extraordinarios plazos para el tercer grado y la libertad condicional.

Cabrá discutir si esa posibilidad en dichos plazos torna la previsión legal compatible con el mandato constitucional del art. 25.2 CE; lo que es indudable es su excepcionalidad, y que casi aboca al cumplimiento íntegro en régimen ordinario, sin permisos, del máximo de cumplimiento efectivo (en los casos graves 40 años), lo que le sitúa en el terreno de la destrucción del penado como ser social y una jibarización del principio de resocialización más que cercana al vaciamiento del art. 25.2 CE. Aunque a la vista del debate sobre la prisión permanente introducida por LO 1/2015, que viene a sancionar estos plazos de “cumplimiento íntegro y efectivo” la constitucionalización por vía de interpretación de un principio de resocialización reducido a una expresión apenas simbólica —más de lo que ya está por el propio Tribunal Constitucional (GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA 2004, pp. 87-88)— es ya una realidad.

A juicio de FARALDO CABANA (2004, p. 333) demuestra un afán retribucionista del legislador que finalmente resulta manifiestamente desproporcionado.

juez o tribunal ya señalada al principio. Con esta regla y frente a supuestos de condenas a cien, doscientos o trescientos años, el delincuente cumplirá en la práctica de forma íntegra y efectiva el límite máximo de condena”.

Ahora bien, con ETA ‘muerta’, a falta de certificado de defunción, el pronóstico de reinserción, en términos de ser capaz de vivir en libertad, necesariamente habría de ser favorable —salvo en los obstáculos añadidos en el art. 72.6º LOGP y 90 CP—; a pesar de lo cual solo será posible la clasificación en tercer grado de aquellos penados a más de 80 años que hayan cometido un asesinato terrorista⁴¹⁷ a los 32 años y la libertad condicional a los 35 años, conforme a ese régimen general-excepcional del art. 78.3º CP 2003.

En principio, será imposible que quien cumpla la cuarta parte de la suma total más allá del máximo de cumplimiento efectivo (por ejemplo una suma de penas de 160 años sobre un límite de cumplimiento efectivo de 40 años) o de las 4/5 partes (suma de penas de 128 años sobre un límite de cumplimiento efectivo de 40 años) o 7/8 partes (suma de penas de 140 años sobre un límite de cumplimiento efectivo de 40 años) pueda disfrutar los hasta 18 días semestrales de permisos ordinarios del régimen ordinario. Dado que solo podrá acordarse el régimen general-especial del 78.3º cuando haya un pronóstico favorable de reinserción, esto solo se producirá cuando esté en condiciones de acceder a la libertad condicional (7/8 partes del máximo de cumplimiento efectivo) o, conforme a una interpretación generosa (GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA 2004, p. 81), cuando esté en condiciones de acceder al tercer grado (4/5 partes del máximo de cumplimiento efectivo).

Ahora bien, también podría ocurrir que el penado, por terrorismo o en el seno de organización criminal, con pronóstico favorable de reinserción fuera regresado al régimen general a los 3, 7 o 12 años de cumplimiento y pudiera disfrutar de permisos a la ¼ parte del máximo de cumplimiento efectivo, aunque no de tercer grado o libertad condicional hasta las 4/5 partes o 7/8 partes, respectivamente. Entiendo que el tenor literal del artículo 78.3º lo permite, por lo que discrepo en esto con la primera lectura de GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 82); si bien estos admiten (p. 87) que pudiera volverse al régimen general a la cuarta parte del máximo a los solos efectos de permisos.

⁴¹⁷ Supuesto que afectaría a las condenas por autoría de los asesinatos cometidos por ETA desde el 2 de julio de 2003.

Planteemos un nuevo caso⁴¹⁸, una persona condenada por delitos de terrorismo a 40 años y 1 día con un límite de cumplimiento efectivo de 20 años, o del triple de la más grave con una suma total superior al doble. En estos casos, el cómputo sobre la suma total no sería obligatorio. Pero, ¿la vuelta al régimen general sería al general-general o al general-especial para los delitos de terrorismo del 78.3º? Si fuera esta última la opción, abocaría al penado, que podría disfrutar de permisos desde los 10 años⁴¹⁹, a no poder volver al régimen general hasta los 16 años, para el tercer grado, o hasta los 17 y medio para la libertad condicional (salvo que entendamos que puede ser retornado al régimen general desde que haya un pronóstico favorable, aunque no pueda acceder al tercer grado y a la libertad condicional hasta los plazos ordinarios accesibles a delitos de terrorismo (10 años —por efecto del 36.2— y 15 años, respectivamente) o los excepcionales del 78.3º. GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 84) se inclinan por la primera opción con base en argumentos de los que el más convincente es la interpretación favorable al principio de resocialización y reinserción social.

Por último, en los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, para el restablecimiento del régimen general de cumplimiento específico de estos delitos, la LO 7/2003 introduce un criterio adicional que ha recibido escasa atención doctrinal: atender a la suma total de las penas impuestas.

Sistemáticamente, dado que el acuerdo de aplicar la regla de “cumplimiento íntegro y efectivo” se ha adoptado ya preceptivamente por superar la suma total de las penas los 50, 60 u 80 años de prisión, y el Auto de restablecimiento del cómputo sobre el máximo de cumplimiento efectivo exige un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, este criterio añadido solamente puede fundamentarse en la prevención general o en la retribución. Todo hace pensar que superar el máximo de cumplimiento en significativamente más del

⁴¹⁸ Un detallado estudio de caso en RENART GARCÍA (2003, pp. 108 y ss.).

⁴¹⁹ Aunque es probable que no se le dieran conforme al consolidado criterio de las Juntas y los JVP de “excesivo tiempo restante hasta la libertad condicional”.

doble habría de llevar a no restablecer el cómputo sobre el máximo a pesar de contar pronóstico individualizado y favorable de reinserción social para que en estos casos el cumplimiento del máximo se produzca íntegramente o casi en régimen cerrado u ordinario⁴²⁰.

Teniendo en cuenta que para el acceso al tercer grado estamos hablando en todo caso de tener cumplidos 24 o 32 años del máximo de 30 o 40 respectivamente, la consecuencia es mantener, entendemos que en segundo grado si se trata de una persona con pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, aún más de 24 o 32 años. Si el riesgo de inconstitucionalidad del art. 78 CP, como ya destacó el CGPJ en su Informe de 4 de febrero de 2003, ya es alto, por reducción excesiva del horizonte razonable de reinserción social antes del cumplimiento íntegro, el riesgo de incurrir en un inconstitucional vaciamiento del art. 25.2 CE en la aplicación de este criterio es altísima.

Es sabido que el art. 25.2 CE no establece una legitimación exclusiva de las penas, ni siquiera una primacía de la orientación a la reinserción social frente a otras justificaciones legitimadoras de la imposición y ejecución de la pena, pero se entiende que sí establece una orientación obligatoria y no eliminable, que al penado debe presentársele un horizonte razonable de reinserción social anticipada si presenta un pronóstico favorable de poder vivir en sociedad respetando la ley penal. También dábamos por consolidado que el fin de la resocialización y reinserción social debía ser el preeminente ya en la fase de ejecución. A mi juicio, la primacía dada por este art. 78 CP a la retribución frente a la reinserción social, en la fase de ejecución, en el último quinto u octavo del máximo de cumplimiento efectivo aboca a las negativas al restablecimiento del régimen general del cómputo sobre el máximo a una radical inconstitucionalidad.

En definitiva, nos encontramos ante una posición estética y demagógica, utilización abusiva del Derecho penal, de cara a la galería, ineficaz en términos

⁴²⁰ Véanse por su relación con este extremo la negativa de la administración penitenciaria a conceder el tercer grado y libertad condicional a un septuagenario por razones de retribución (Auto JCVP de 26 de mayo de 2015) referida *infra*.

preventivo-intimidatorios, que impide cualquier política penitenciaria digna de ese nombre y dar cumplimiento al mandato del art. 25.2º CE (CARBONELL MATEU 2000, p. 17).

Y más aún tras la LO 1/2015, puesto que la mayor parte de las ‘soluciones’ que el legislador pretendió dar a los ‘problemas’ de la concurrencia de las penas más largas con estas reglas del cumplimiento íntegro eran en realidad solamente una forma de prisión perpetua encubierta, como la doctrina ha afirmado reiteradamente. Una vez que el legislador se ha visto capaz de desembarazarse de sus complejos y el ordenamiento jurídico cuenta con una prisión perpetua, gran parte de las reglas creadas durante 20 años para prolongar el encarcelamiento en los delitos más graves han perdido sentido y aplicabilidad. Ahora la regla es el encarcelamiento de por vida y la reinserción social una lejana posibilidad discrecional.

El nuevo art. 78 CP 2003 es eficaz para los delitos cometidos a partir de 2003⁴²¹, sin perjuicio de que en algún caso la eliminación en 2015 de la preceptividad prevista en su número 2º pueda resultar más favorable. A pesar de que el CGPJ sostuviera una concepción particular del concepto y alcance de la retroactividad —corregida por los órganos judiciales en relación con su interpretación sobre la aplicación en el tiempo del nuevo art. 36.2 CP—:

“El artículo 78 CP establece determinadas restricciones para el cálculo de los beneficios penitenciarios y la libertad condicional, y aunque no afecta a la duración de la pena impuesta en sentencia, y no se refiere por ello al artículo 25.1 CE, se trata de un precepto complementario al artículo 76, en cuanto el Juez o Tribunal sentenciador debe conformar el título de la ejecución en función de las circunstancias a que se refiere dicho precepto. Desde ese punto de vista aplicar la nueva ley respecto de penados que ya hubieren comenzado a cumplir su condena puede conllevar la modificación ex

⁴²¹ Sin embargo, la SAP Palma de Mallorca 55/2005, de 28 de abril, por una serie de hechos delictivos cometidos entre enero de 2002 y agosto de 2003 no se atiene al art. 78 CP original sino a la redacción de 2003: “...de acuerdo con lo previsto en el artículo 78 del Código Penal, los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se referirán a la totalidad de las penas impuestas en esta Sentencia”, sin dar a conocer el razonamiento de tal conclusión.

post del título de la ejecución. Sin embargo no se aprecia razón para que no rijan los nuevos presupuestos de la ejecución respecto de condenas impuestas tras la entrada en vigor de la ley, al margen de la fecha de comisión del delito, irrelevante a estos efectos, porque, como se ha dicho, la fecha de comisión del delito sólo es relevante cuando se trata del principio de legalidad a que se refiere el artículo 25.1 CE”.

Con todo, lo cierto es que poco más se puede avanzar en el terreno doctrinal. El debate está servido desde hace años, pero carecemos casi absolutamente de referencias jurisprudenciales. La aplicación práctica judicial es casi inexistente; el análisis de todo lo dicho está sin testar judicialmente, entiendo que confirmando la tacha de mero simbolismo de las reformas penales comentadas.

Los casos de presos por delitos de terrorismo de ETA en los que se puede plantear un pronóstico individualizado favorable de reinserción social han sido relativamente pocos. Los casos de reinserción social que se produjeron hasta el 2002 se referían todos a hechos delictivos cometidos antes del CP 1995 por lo que no resultaban afectados por el régimen especial que se empieza a construir en aquel momento, era aplicable la redención de penas por el trabajo y no se aplicaba aún la doctrina parot, los plazos de beneficios en sentido amplio eran los comunes y no existían obstáculos añadidos al pronóstico favorable como los introducidos en 2003. Los procesos de reinserción social iniciados durante la segunda legislatura de Rodríguez Zapatero, la denominada vía Nanclares, son relativamente pocos —se refieren unos 27 casos— y en su mayor parte se trata de delitos cometidos antes de 1995 —aunque sí se vieron afectados durante un tiempo en algunos casos por la doctrina Parot—. Que existiera o no periodo de seguridad es en la práctica irrelevante porque no se plantea el tercer grado hasta más allá de la mitad del máximo. La mayor parte de los ya excarcelados de este grupo lo han sido por cumplimiento del máximo de cumplimiento efectivo de la condena, una vez proscrita la doctrina parot y en dos casos por el cómputo del tiempo cumplido en Francia. En los itinerarios de reinserción social de estas personas existía un apoyo e impulso de la administración penitenciaria y una coincidencia con los criterios del JCVP; se utilizó primero la vía de los permisos y posteriormente la flexibilización del segundo grado con elementos del tercer grado (art. 100.2º RP), lo que permitía soslayar los obstáculos del art. 72.6º y los recursos de la Fiscalía de la Audiencia Nacional. Y los del art. 78 CP no

resultaban aplicables, bien en su versión de 1995, en la que exige un pronunciamiento del tribunal sentenciador, o bien en su versión *ex lege* de 2003.

En definitiva, conforme a los datos de que dispongo, solamente en siete casos se ha producido una clasificación en tercer grado y libertad condicional a presos por delito de terrorismo de ETA: Fernando De Luis Astarloa, detenido en 1990 y condenado por dos asesinatos terroristas, que accedió al tercer grado, previo paso por el 100.2º RP, el 22 de octubre de 2011⁴²² y a la libertad condicional por Auto de 7 de mayo de 2012⁴²³, ya con Jorge Fernández Díaz de Ministro del Interior, aunque culminando un proceso iniciado por la administración penitenciaria con el anterior ejecutivo: José Manuel Fernández Pérez de Nanclares, detenido en mayo de 1992 por colaborar con el comando Vizcaya y sentenciado a 41 años de cárcel, es decir, sin ‘delitos de sangre’, accedió al tercer grado en 2011 y a la libertad condicional en 2012⁴²⁴; Iurgi Oteiza Nazabal,

⁴²² Obsérvese la discriminatoria actitud de la SGIP tras el cambio de Gobierno y sobre todo tras el ‘caso Bolinaga’: Propuesta favorable de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Nanclares de Oca de fecha 21 de agosto de 2012; Auto del JCVP de 30 de agosto de 2012; y Auto 359/2012, de 19 de septiembre, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

⁴²³ La concurrencia de los requisitos legales del artículo 90 CP 2003 se basa en los informes del centro penitenciario. Nada se dice en ellos respecto a la colaboración con las autoridades. En el Auto sí se recoge: proceso culminado de modificación de los aspectos de su personalidad, desvinculación total del autodenominado ‘colectivo de presos vascos’, rechazo activo de la violencia como medio de consecución de objetivos políticos, incluida la ejercida en el pasado, de la que se muestra arrepentido, voluntad de resarcir a las víctimas, alejamiento claro con respecto a los círculos sociales que favorecieron en su día su paso a la actividad criminal, creación de nuevos vínculos, ayuda incondicional de su familia de origen, conducta excelente, grado de participación en actividades extraordinario, consolidada e irreversible, de forma que permite establecer un juicio favorable, manifestación de renuncia a la violencia y petición de perdón a las víctimas y pago fraccionado de la responsabilidad civil. Con esto, sin referencia alguna a que haya colaborado activamente con las autoridades, se le concede la libertad condicional..

⁴²⁴ En Auto del JCVP también de 7 de mayo de 2012 se concede la libertad condicional por avanzado estado de cumplimiento, apoyo familiar e institucional, antigüedad de los hechos delictivos y posibilidad de desarrollar actividades formativas de inserción laboral en el exterior, ha aprovechado el tiempo para formarse desde el punto de vista intelectual y practica deportes alternativos (sic), la renuncia explícita a la actividad delictiva, compromiso de pagar la responsabilidad civil. De nuevo ni una mención a la colaboración activa con las autoridades. De

también sin ‘delitos de sangre’, condenado a cuatro años y medio de cárcel por ‘kale borroka’, por lo que del régimen especial no le eran aplicables más que el art. 72.6º LOGP y 90 CP 2003, accedió al régimen abierto el 29 de octubre de 2012 y a la libertad condicional en marzo de 2013, habiendo cumplido ya totalmente su condena; Andoni Díaz Urrutia, con una condena de seis años y nueve meses por colaboración con banda armada, fue clasificado en tercer grado en mayo de 2011 y le fue concedida la libertad condicional en junio de 2012⁴²⁵; Asier Arronategui Duralde, condenado a 6 años de prisión por integrar una estructura estable de ETA en México, que accedió al tercer grado en mayo de 2014 y a la libertad condicional en junio de 2014. Así como el caso del miembro del GRAPO Israel Monleón Martínez, que accedió a la libertad condicional el 16 de abril de 2014. En dichos procesos no consta que hubiera debate sobre el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de los arts. 72.6º LOGP y 90 CP 2003 puesto que la administración había informado favorablemente. En el caso de Jorge Urruñuela Mollinedo, condenado a 16 años por un delito de incendio terrorista al atacar un cajero y un concesionario de coches, habiendo cumplido 9 años de condena, se le concedió el régimen abierto el 1 de octubre de 2014 en resolución del SGIP Ángel Yuste Castillejo⁴²⁶. Recientemente, el 7 de agosto de 2015, el JCVP concedió la libertad condicional a José Luis Álvarez Santacristina, “Txelis”.

El primer caso en el que se ha denegado la clasificación en tercer grado por no estar acreditada la colaboración con las autoridades que me consta —nada

nuevo se observa la arbitrariedad del Auto 337/2015, de 22 de abril, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que deniega la progresión de grado porque no consta en los informes la colaboración.

⁴²⁵ Auto JCVP de 28 de junio de 2012. Concede la libertad condicional entre otros motivos “por haber manifestado por escrito su rechazo a la violencia, reconociendo y lamentando el dado que ha producido la misma en la sociedad y especialmente a las víctimas”. Ni una mención a la colaboración activa.

⁴²⁶ Porque “ha realizado una declaración expresa mostrando su arrepentimiento, señalando que no ha pertenecido a ETA y que desde 2009 se encuentra desvinculado del entorno de la llamada izquierda abertzale”, “declara su rechazo, condena y repudio de la violencia ejercida por ETA” y “abona una cantidad mensual para hacer frente a la responsabilidad civil impuesta”. De nuevo sin referencia a la colaboración activa con las autoridades.

consta al respecto en los informes penitenciarios, ni en sentido positivo ni negativo, ni fue la razón de la desestimación de la queja por el JCVP— es el Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional 337/2015, de 22 de abril⁴²⁷.

Fuera de estos casos, iniciados en la legislatura anterior, la actual SGIP ha cortado cualquier tipo de evolución en los itinerarios de reinserción social (llegando incluso a convertir en práctica la denegación de permisos ordinarios a presos de la vía Nanclares que han disfrutado ya de 14, 17 o 19 permisos⁴²⁸; incluso en el caso en el que la Fiscalía de la Audiencia Nacional informa a favor de los recursos de queja del interno contra la denegación administrativa).

La disposición de la actual administración penitenciaria⁴²⁹ a llevar la aplicación de los mecanismos legales de reinserción aún más allá de las durísimas exigencias legales se observa también en el AJCVP de 26 de mayo de 2015, así como en el AJCVP de 15 de junio de 2015, puesto que la propia administración penitenciaria, a la vista del Informe del Director del Centro Penitenciario Araba, deja claro que la Administración Penitenciaria no concederá nunca —al menos mientras se mantenga la actual dirección política de instituciones penitenciarias— la progresión de grado al preso⁴³⁰ ni, consecuentemente,

⁴²⁷ A mi juicio resulta evidente la discriminación. A diferencia de las restantes resoluciones referidas, que conceden la libertad condicional sin hacer ninguna referencia a la exigencia de colaboración, el Auto 337/2015, de 22 de abril, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, deniega la progresión de grado porque no consta en los informes la colaboración. Actualmente el Auto se encuentra recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁴²⁸ En estos casos el fiscal de la Audiencia Nacional Rubira Nieto recurre siempre en apelación los Autos del JCVP aunque la Sala haya desestimado ya sus recursos anteriores en 40 o 50 ocasiones. No requiere mayor comentario.

⁴²⁹ La falta de certeza legal desprotege a los penados de los vaivenes políticos, favorece la arbitrariedad y debilita la capacidad de control de la administración de justicia, que por otro lado tampoco es inmune al condicionamiento político.

⁴³⁰ En este caso el preso está privado de libertad ininterrumpidamente desde el 20 de febrero de 1993 (más de 22 años), la extradición a España se produjo el 7 de marzo de 2000 y la fecha prevista de licenciamiento definitivo es el 17/06/2021. Esto es, ha cumplido, aunque no sea una exigencia legal, las tres cuartas partes de la pena.

propondrá nunca su libertad condicional; vaciando así de contenido los preceptos legales relativos a la progresión de grado y a la libertad condicional.

El Director del establecimiento, en su informe sin fecha, con registro de salida de 1 de abril de 2015, basa la negativa a la progresión de grado de un preso disidente mayor de 70 años que ha cumplido las tres cuartas partes del máximo y presenta pronóstico favorable de reinserción social en la extrema gravedad de la conducta delictiva, expresada en la cuantía total de la suma de las penas impuestas, por lo que, apoyándose expresamente en las funciones preventivo generales propias de la pena, niega la posibilidad de progresión de grado a este preso.

Además, aduce que su libertad condicional atentaría contra el principio de proporcionalidad (habremos de entender que se refiere al fundamento retributivo de la pena), dado que ya se beneficia de la redención de penas por el trabajo.

Es decir, el Director realiza unas valoraciones sobre la pena y su legitimación que exceden con mucho de las facultades de la Administración Penitenciaria y que deberían ser sometidas al control judicial; produciendo con esta interpretación un vaciamiento *ex ante* de los preceptos sobre progresión de grado y libertad condicional en general y para septuagenarios en particular. El Director deja así sin virtualidad real instituciones previstas en las leyes y decide, al margen de las previsiones legales aplicables, el tiempo de prisión en segundo grado⁴³¹ que merece el preso. El Director se permite unos juicios sobre la proporcionalidad de las penas que no se atribuye ni siquiera el Tribunal Constitucional, que ha declarado reiteradamente que la política criminal es competencia exclusiva del legislador; y el legislador no ha excluido del acceso al tercer grado y a la libertad condicional a ningún preso por razón de la suma total de sus penas, ni siquiera con el art. 78 CP de 2003. Es decir, la administración penitenciaria anuncia al preso que no cuente con ningún horizonte de

⁴³¹ Además de negarle sistemáticamente los permisos, a pesar de que el JCVP le había concedido ya en esa fecha 19 permisos ordinarios.

excarcelación anticipada⁴³², vulnerando con ello nítidamente el art. 25.2 CE y el art. 1 LOGP.

La regulación legal del instituto de la libertad condicional ya expresa un compromiso de equilibrio entre las distintas justificaciones de la pena (retribución, prevención general y prevención especial). Y así, exige haber cumplido las tres cuartas partes de la pena (salvo los supuestos de adelantamiento que se prevén), expresando de ese modo el punto de equilibrio entre la retribución por el delito y la función preventivo-general de la ejecución de la pena de prisión con la ausencia de necesidad preventivo especial de continuar interno en un centro penitenciario y el aspecto de favorecimiento de la reinserción social que supone el cumplimiento de la pena en libertad a prueba. El instituto de la libertad condicional es un desarrollo del mandato constitucional (art. 25.2º CP) de orientar la ejecución de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social de los penados. De ahí que se exija un pronóstico individual favorable de reinserción social.

La elusión de exigencia de haber cumplido una parte de la pena para quienes hayan cumplido o estén próximos a cumplir los 70 años (art. 92.1 CP) sitúa en primer plano el principio de humanidad en la ejecución de las penas (art. 10 y 15 CE), de modo que las exigencias retributivas y preventivo-generales de cumplimiento en régimen ordinario o abierto de una parte significativa de la condena decaen frente al carácter humanitario de la liberación condicional anticipada de septuagenarios. De ahí que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria han instado reiteradamente al Gobierno a que en todos los supuestos del art. 92 CP 2003 se elimine la exigencia del Informe pronóstico final.

En el Código Penal de 1995, en su reforma mediante LO 7/2003 y LO 15/2003 y más recientemente mediante la LO 1/2015, el legislador ha fijado nuevas

⁴³² “En su famosa sentencia de 21 de junio de 1977, el BVerfG dictaminó que dicha pena no conculcaba en principio lo establecido en el art. 1 párrafo 1 GG. No obstante, el Alto Tribunal afirmó que “la esencia de la dignidad humana” resultaba afectada cuando el condenado a un pena de prisión perpetua debía “abandonar cualquier esperanza de poder alcanzar la libertad independientemente del desarrollo de su personalidad durante el periodo de cumplimiento de la pena” (CANO PAÑO 2007, p. 8).

exigencias para el acceso a la libertad condicional, expresivas de nuevos puntos de equilibrio entre los fines de la pena de prisión. Ninguna modificación se ha realizado para que la libertad condicional de los septuagenarios quede condicionada a la gravedad de sus delitos o a la suma total de las penas, por lo que resulta contrario a la ley y a los derechos fundamentales del preso que la Administración penitenciaria introduzca requisitos inexistentes o consideraciones político-criminales no amparadas en la ley.

A modo de cierre cabe aventurar si quizás dentro de 5, 15, 20 o 30 años nos encontremos en una situación similar a la que describe CANO PAÑOS⁴³³ en relación con el debate en la Alemania de 2007 sobre la excarcelación de los últimos presos de la Fracción del Ejército Rojo, Facción del Ejército Rojo (en alemán *Rote Armee Fraktion* o RAF), también conocida como banda Baader-Meinhof, y que le lleva a preguntarse:

“¿Tienen también derecho a acceder a la libertad aquellos cabecillas de la RAF, los cuales, debido a la “especial gravedad de su culpabilidad”, llevan décadas en prisión? Y en caso afirmativo, ¿deben pedir perdón y mostrar así un arrepentimiento de sus acciones y sus fines?”. “¿Constituyen 24 años de privación de libertad una expiación suficiente por el/los delito/s cometido/s? ¿Quién puede determinar adecuadamente ese periodo de tiempo? ¿Y bajo

⁴³³ CANO PAÑOS (2007, pp. 3-4) recoge que “un total de 34 personas fueron asesinadas por la RAF en su lucha anticapitalista contra el Estado alemán. Por su parte, 27 miembros de la organización terrorista perdieron la vida hasta que la misma anunció formalmente su disolución en el año 1998. El último capítulo de esta confrontación terrorismo/Estado lo constituyen los “olvidados” terroristas que se encuentran cumpliendo condena. Un total de 26 militantes de la RAF fueron en su día condenados a penas de prisión a perpetuidad (*lebenslang*). Tres de ellos se quitaron la vida en la cárcel. Otros 19 han sido con el tiempo puestos en libertad. En estos momentos (febrero de 2007), cuatro antiguos miembros de la RAF cumplen condena en prisiones alemanas: Brigitte Mohnhaupt, de 57 años [en libertad desde el 25 de marzo de 2007], y Christian Klar, de 54 [en libertad el 19 de diciembre de 2008], se encuentran en prisión desde hace 24 años. Eva Haule, de 52 años, desde hace 20, mientras que Birgit Hogefeld, de 50 años, está internada desde hace 13”; esto es, menos tiempo en prisión del que ya han cumplido algunos miembros de ETA encarcelados. “Desde que Mohnhaupt y Klar se encuentran en prisión, ninguno de los dos ha mostrado públicamente hasta la fecha el menor signo de arrepentimiento o distanciamiento de sus crímenes, ni mucho menos se han disculpado ante las víctimas.” Los presos de la vía Nanclares que continúan encarcelados sí.

qué criterios? ¿Cuándo ha llegado el momento en el que la “gravidad de la culpabilidad” puede considerarse extinguida? Es indudable que una pena de 24 años de cárcel constituye un periodo de tiempo largo. Muy largo. A quien este lapso de tiempo no le parece suficiente, es muy probable que no haya límite alguno el cual le pueda parecer suficiente. La cuestión no deja de ser trascendental: ¿Tiene derecho un sujeto, el cual ha sido condenado a una larga pena de privación de libertad, a disponer algún día de la oportunidad de reincorporarse de nuevo a la sociedad?”

Diez años después de la disolución de la banda terrorista, la sociedad alemana reaccionaba contra la libertad y los familiares de los asesinados se pronunciaban en contra por la ausencia de disculpas y por la falta de información sobre la autoría material.

“Puede así observarse cómo frente al legítimo derecho que asiste a cualquier sujeto condenado a una pena de prisión perpetua a alcanzar algún día la libertad se encuentra el derecho de las víctimas a saber las circunstancias que rodearon la muerte de un familiar. Quién fue el autor material del delito. Quiénes estuvieron implicados. En términos estrictamente jurídicos se afirma que la expiación de una pena trae consigo el restablecimiento de la paz jurídica. No obstante, las víctimas mediatas e inmediatas de la RAF han llamado repetidamente la atención sobre el hecho de que la indiferencia y frialdad mostrada por los terroristas en el momento de ser puestos en libertad no constituye en modo alguno la actitud más idónea para impulsar esa paz jurídica” (CANO PAÑO 2007, p. 15).

Y se contesta a las anteriores interrogantes (p. 16):

“Un Estado democrático y de derecho no debe guiarse nunca por sentimientos retributivos o de venganza. Tampoco en el caso de los delitos de terrorismo. Los principios que deben informar a ese Estado a la hora de aplicar el Derecho penal deben ser más bien el restablecimiento de la paz jurídica, la protección de la población de futuros delitos y la resocialización del autor de la infracción. Todo este conjunto de medidas aprobadas por el legislador alemán en su lucha sin cuartel contra el fenómeno terrorista contribuyeron decisivamente a situar a los individuos terroristas como “enemigos del sistema”, creando así un aparato sancionador y de enjuiciamiento extramuros del ordenamiento penal/procesal vigente para el resto de ciudadanos, y, lo que es más grave, infundiendo en la sociedad

alemana la sensación de encontrarse “en guerra” contra una banda de sujetos sin escrúpulos. ...la simple existencia del terrorista (=enemigo) se utilizó por el Gobierno alemán como factor legitimador de la actuación del poder estatal, quedando la vida política polarizada –siguiendo el esquema de Schmitt– en una tensión amigo-enemigo, reduciéndose así todo a la opción Estado-terrorismo, sin que se permitieran posturas intermedias o indiferentes. El crítico (Sympathisant), inmediatamente sospechoso de connivencia con los grupos armados, era el traidor. ...la respuesta funcional del Estado no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial debe estar en la manifestación de normalidad, es decir, en la negación de la excepcionalidad. No puede haber así un “Derecho especial” para los terroristas”. “...dado que el legislador alemán –a instancias del Tribunal Constitucional– considera que todo individuo condenado a una pena de prisión perpetua tiene derecho a ser resocializado para alcanzar algún día la libertad, debe el OLG-Stuttgart otorgar a Mohnhaupt la libertad condicional. Y todo ello con independencia de que ésta se disculpe o no ante las víctimas por los delitos cometidos, colabore con las autoridades judiciales en el esclarecimiento de algunos delitos de la RAF todavía sin resolver o reconozca la sinrazón terrorista en la Alemania de la década de 1970. Quien reclama un arrepentimiento activo de Mohnhaupt confunde aspectos estrictamente jurídicos con otros de carácter moral. No cabe duda que una muestra de acercamiento a los familiares de las víctimas por parte de Mohnhaupt ayudaría enormemente a curar las heridas abiertas del pasado. Pero desde un punto de vista estrictamente jurídico no tiene aquélla por qué declarar o mostrar su arrepentimiento para con ello poder alcanzar la libertad. El § 57a StGB no hace referencia alguna a dicho requisito. Por consiguiente, el arrepentimiento no es ratio legis un requisito para conceder la libertad condicional en el marco del § 57a StGB. Mediante la decisión de conceder la libertad condicional a Mohnhaupt, el Estado alemán muestra sin duda su robustez y humanidad, lejos así de un espíritu vindicativo para con los individuos terroristas. El hecho de que Alemania otorgue a los terroristas de la RAF la posibilidad de disfrutar en libertad el resto de sus días demuestra como el Estado alemán no se ha dejado finalmente contagiar por aquel odio que en su día impregnó todas y cada una de las acciones terroristas llevadas a cabo por la RAF. Más bien al contrario, la libertad de Mohnhaupt certifica la solidez y madurez de la democracia en Alemania. Por el contrario, si el OLG-Stuttgart hubiera denegado la libertad condicional a Mohnhaupt, como así lo exigía la mayoría de la población, apoyada por determinados círculos políticos de centro-derecha (léase CDU/CSU), en ese

caso la justicia alemana hubiera caído nuevamente en la “trampa” tendida en su día por los terroristas de la RAF” (pp. 18-21).

El contraste de lo ocurrido en Alemania en 2007 con lo que ocurre en 2015 en España —en relación con presos que han cumplido 20 años de prisión, que han abandonado la organización terrorista enfrentándose a sus excompañeros, que hace años que exigen a ETA el fin del terrorismo y que hoy exigen a ETA su desarme y disolución, que han pedido perdón a las víctimas de ETA y a las suyas propias, en público e incluso en encuentros restaurativos individuales cara a cara, que se arrepienten de sus acciones pasadas, en el sentido de que las califican como injustas e inútiles y desearían no haberlas llevado a cabo, que preconizan la reparación a las víctimas, que pagan en la medida de sus posibilidades las enormes responsabilidades civiles, que alcanzan ya edades avanzadas alrededor de los 60 años, superando en algún caso incluso los 70 años— expresa con singular fuerza que aún pasarán años hasta que las heridas del terrorismo —solo hace cuatro años que cesó y aún quedan terroristas en libertad— permitan abordar estas cuestiones con menor apasionamiento, que las autoridades se sustraigan de las demandas vindicativas y que el cumplimiento de las penas por delitos de terrorismo regrese de la excepcionalidad.

2. Doctrina Parot

“La doctrina parot es un ejemplo de inteligencia jurídica puesta al servicio del mal... querer negar los derechos fundamentales de los ciudadanos de manera singular y selectiva”⁴³⁴.

A partir de la STS 197/2006, de 28 de febrero (Ponente Sánchez Melgar), la interpretación acerca del término sobre el que aplicar las redenciones de pena por el trabajo sufrió una importante modificación a partir de una reinterpretación del resultado de la llamada acumulación, limitación del concurso real o refundición. De venirse aplicando las redenciones sobre el máximo de cumplimiento efectivo —por ejemplo, una persona condenada a 10 penas de 8 años cada una, el límite, conforme al CP 1973, es de 30 años, y sobre este se reducirían las redenciones obtenidas en ese tiempo—, se pasa a aplicar sobre cada una de las penas —siguiendo el ejemplo anterior sobre los 80 años, con lo que se cumplirían en todo caso 30 años—. Los Juzgados y Tribunales podían aplicar este nuevo criterio, tal y como se expondrá, a todos los asuntos en los que estuviera pendiente de efectuarse la liquidación de condena, salvo que hubiera una resolución firme intangible.

“La STS de 28 de febrero de 2006 es un excelente banco de pruebas al que someter nuestras convicciones democráticas y nuestra fe en los principios fundamentales (constitucionales) del Derecho penal. Si no caemos en la tentación de celebrar la decisión del TS, será que unas y otra son bastante sólidas y resisten los embates a que pueden verse sometidas, cuando aquellos principios se sacrifican en aras de “hacer justicia”, y que se cree firmemente en que no hay justicia posible de espaldas a unos principios que ha costado “sangre, sudor y lágrimas” asentar en nuestra sociedad, que son los pilares sobre los que se asienta el Estado de Derecho, fuera del cual sólo hay pura barbarie. Como ha dicho Vives Antón: «Para quienes creemos que

⁴³⁴ SÁNCHEZ TOMÁS (2013, p. 12) en su pedagógico, recomendable y desenfadamente expuesto *post* en el blog de Infolibre *Al revés y al derecho*.

RODRÍGUEZ HORCAJO (2013, p. 289) estima que la doctrina Parot es materialmente política y que la STEDH merece grandes aplausos.

el Estado de Derecho no admite fisuras y que es capaz de triunfar frente a sus enemigos sin renunciar a ninguno de sus principios básicos no hay, pues, motivo alguno de alegría; sino más bien de desencanto, de duda y de tristeza»⁴³⁵.

Un intento de crear esta doctrina se observa ya en la Circular 3bis de 1993, de 9 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, en la que el fiscal consultante⁴³⁶ entiende que el cómputo de “los beneficios de libertad condicional y de redención de penas por el trabajo” han de computarse sobre el total de la suma de las penas individualmente consideradas en recta interpretación de los arts. 98 y 100 CP 1973. Sin embargo, la Fiscalía General del Estado entiende que

“Cuando las penas se refunden en aplicación del artículo 70 del Código Penal, se produce no sólo un cambio cuantitativo sino una modificación cualitativa, una novación de las penas singulares asignadas por ley - art.

⁴³⁵ ORTS BERENGUER (2009, p. 43). Incluso MANZANARES SAMANIEGO (2011, pp. 5-7), defensor de la prisión perpetua y de una concepción fundamentalmente retributiva de la pena, así como profundamente garantista, repudió la invención jurisprudencial.

⁴³⁶ “La primera de las razones esgrimidas en la Consulta en favor de un mayor rigor retributivo para los supuestos como el analizado, pone de relieve discrepancias con el sistema de acumulación jurídica de condenas utilizado por el legislador para solventar penológicamente los supuestos de concurso real o material de delitos. En particular con la regla segunda del artículo 70, que mitiga el rigor del principio de acumulación material expresado en el primer párrafo. Las limitaciones previstas en el artículo 70 del Código Penal operan en la práctica como cláusulas de impunidad para los delitos que excedan de los topes previstos. Se detectó ya en el XIX que la moderación impuesta por la acumulación jurídica suponía una rebaja a quienes delinquieren «al por mayor». Que los límites no guardan relación alguna con el número y gravedad de los hechos cometidos. Se ha cuestionado acerca de los motivos de la restricción hasta el triplo de la sanción más grave en lugar del duplo, el cuádruplo o el quíntuplo. Se afirmó también por la doctrina científica que los límites previstos en el artículo 70 del Código Penal conducían a castigar con la misma sanción un asesinato que veinte. No es objeto de novedad doctrinal la reflexión vertida en la Consulta de la que se infiere que la regla segunda del artículo 70 del Código Penal dispone, como también señaló la doctrina científica, de un significado análogo a la categoría de la atipicidad en cuanto que la ley declara la irrelevancia punitiva de las sanciones que trascienden los límites mencionados.”

70.2 CP- a cada uno de los ilícitos enjuiciados por una pena global de distinta duración a la adición de las anteriores y cuya definitiva conformación es tarea judicial. Se trata, pues, de una reacción unificada ante una pluralidad de actos criminales... La redención se calcula sobre la condena impuesta -art.76.2c)- y no sobre el montante global de penas que prescinda de los límites legales como sugiere la Consulta formulada... La elección de uno de los dos tipos produce un efecto de extinción de las penas que restan por debajo del mismo, pues el Código utiliza la expresión «dejando de extinguir»⁴³⁷. Lo cual es coherente con la redacción del primer precepto limitador de la acumulación aritmética, el art. 89 CP 1870: “un máximo de duración que no podrá exceder del triple del tiempo de la más grave, dejando de imponerle las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo del tiempo predicho”.

También en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 26 de enero de 1993, que el Tribunal Supremo atajó en su STS 820/1994, de 8 de marzo, tachando su *ratio decidendi* de mero olvido de algo elemental: que la pena acumulada y limitada, refundida o máximo de cumplimiento opera como una nueva pena.

Tan imprevisible era la doctrina parot que provocó que a partir de 2006 hubiera que re-revisar las condenas conforme al CP 1973 para volver a valorar si, ahora sí, el CP 1995 era más favorable, a pesar de haber “elevado de 20 a 30 años el máximo de cumplimiento efectivo”. Si en su día a un penado, con arreglo al Código derogado, no se le aplicó retroactivamente el de 1995 porque resultaba más perjudicial, y la comparación se hizo partiendo de un presupuesto

⁴³⁷ “No se menciona, por el contrario, en los fundados argumentos esgrimidos por la Fiscalía consultante, que el sistema de acumulación utilizado por el legislador español es el más riguroso de los que se prevén en el Derecho comparado para las consecuencias jurídicas concursales y que es el criterio que mejor acomodo encuentra en la teoría penal absoluta de la retribución. Que con el sistema de acumulación se produce un efecto distorsionador de los fines de la pena, pues la suma de sanciones tiene que alterar necesariamente los efectos preventivos buscados con cada pena individual. Como ha señalado la doctrina y la propia jurisprudencia, es perceptible que el sistema español vigente conduce con frecuencia a la imposición de penas de exagerada duración que, en términos generales, vienen rechazadas en las orientaciones político-criminales de esta época en el Derecho Penal Europeo”.

que en 2006 se tildó de erróneo por la jurisprudencia (redenciones computadas sobre los 30 años de máximo de cumplimiento), no se le podrá negar tras el cambio jurisprudencial la adaptación de sus condenas al Código de 1995, máxime cuando los arts. 76 y 78 (antes de la reforma de 2003: ley intermedia más favorable) comporten una penalidad más benigna, aunque perdiera la posibilidad de seguir redimiendo, conservando las redenciones hasta 24 de mayo de 1996 y las consolidadas posteriormente⁴³⁸. Esto sucederá con mucha frecuencia en penados en cuyo historial no figuran varias condenas por delitos muy graves (por ejemplo asesinatos), sino muchas condenas por delitos de menor entidad (el máximo de treinta años quedará convertido en un máximo efectivo de veinte años: art. 76, reducibles aún más con las redenciones generadas antes del 26 de mayo de 1996 o consolidadas con posterioridad). No será apreciable normalmente en penados condenados por dos o más asesinatos (el límite efectivo alcanzaría también con el Código Penal de 1995 los treinta años). Esa adaptación, obligada por virtud del art. 2.2 CP y sus disposiciones transitorias, alcanza las posibilidades previstas en el art. 78.1 (el auto de revisión tiene la consideración de sentencia) y, en su caso, la posibilidad de readaptación al régimen general de cumplimiento por el Juez de Vigilancia.

La STS 197/2006, de 28 de febrero (Ponente Sánchez Melgar; con voto particular de Martín Pallín, Giménez García y Andrés Ibáñez), vino así a reinterpretar la forma de cumplimiento de las diversas penas impuestas a un mismo sujeto cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones cometidas no pudieran ser cumplidas simultáneamente. Para ello analiza la limitación temporal de las penas, que deviene del concurso real de delitos establecido en el art. 70.2 CP 1973, la naturaleza de la condena resultante, bien como una nueva pena única, bien como suma de cada una de las que conforman la condena total y, por último, la aplicación de los beneficios

⁴³⁸ STS 557/96, de la Sala en Pleno del Tribunal Supremo de fecha 18 de Julio de 1996, con apoyo en STC 174/89, de fecha de 30 de octubre.

Así, en la Providencia de la Sección 1º de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2015 (Ejecutoria 4/1998), se acuerda computar en la liquidación de condena las redenciones obtenidas hasta el Auto de acumulación de condenas de 28 de abril de 2011 (se acumulan condenas por hechos anteriores y posteriores a 1996).

penitenciarios, en este caso la redención de penas por el trabajo, a la misma. El cambio no es intrascendente, pues afecta a la propia naturaleza de esta institución, que dejará de denominarse refundición de condenas y considerarse como una única pena para obtener la denominación de máximo de cumplimiento de condena.

La sentencia vino a resolver un recurso planteado por la defensa del condenado ante una resolución de la Audiencia Nacional en la que erróneamente negaba la acumulación de penas. El Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2005 (Magistrados Gómez Bermúdez, Fernández Prado, Poveda Peñas), a propuesta de la fiscalía de la Audiencia Nacional en informe de 6 de abril, quiso establecer dos bloques de condena⁴³⁹, de 30 años cada uno, a pesar de que se cumplían los requisitos jurisprudenciales para la limitación del total de las penas a 30 años, argumentando que entre uno y otro había que valorar que el tiempo de comisión delictivo era muy dilatado (desde el 2 de noviembre de 1978 hasta el 2 de abril de 1990). Por otra parte, el auto impugnado mantenía otro argumento: la existencia de una interrupción entre delitos (del 16 de abril de 1982 a 21 de noviembre de 1984) para establecer los dos bloques de condenas. Curiosamente, la Fiscalía del Tribunal Supremo apoyó el recurso contra el Auto que había promovido la Fiscalía de la Audiencia Nacional; la Sala Segunda lo estimó, estableciendo un único límite de cumplimiento: 30 años.

Ahora bien, la STS 197/2006, extralimitándose en el *petitum* del recurso, analiza una segunda cuestión que es la que origina la polémica doctrinal. Se trata de determinar si el límite de 30 años impuesto es considerado como una pena nueva⁴⁴⁰ o, por el contrario, cada pena mantiene su individualidad. La adopción de uno u otro criterio no es indiferente en sus consecuencias. Si se

⁴³⁹ Es decir, quiso convertir en 'condena eterna' una condena acumulada y limitada a 30 años mediante una reinterpretación de la conexidad del art. 76.2 CP. El Tribunal Supremo no se lo aceptó, pero buscó otro precepto que reinterpretar. El objetivo en todo caso era el mismo: evitar la excarcelación.

⁴⁴⁰ Las SSTS 178 y 179/2015 han considerado que la fijación del máximo de cumplimiento de condenas encaja en el concepto de imposición de penas del art. 3 de la Decisión Marco UE 675/2008.

opta por considerar que es una pena nueva, la redención de penas por trabajo se aplica sobre treinta años, hecho que supone que, aproximadamente sobre los 20 años de cumplimiento la persona condenada puede extinguir la pena. Por el contrario, si se opta por entender que las penas que conforman el límite de 30 años por aplicación del art. 70.2 CP 1973 mantienen su individualidad, la pena a cumplir es de 30, pues cumplida la primera y deducida la redención, comenzaría a cumplir la segunda; una vez cumplida esta, deducida su redención correspondiente, comenzaría a cumplir la siguiente. De esta forma, se cumplirían los 30 años de prisión de forma neta. Esta interpretación mantiene la misma filosofía que el art. 78 CP 1995 pero es susceptible de aplicarse a hechos anteriores a la entrada en vigor de este.

La sentencia presenta una serie de argumentos para fundamentar la nueva interpretación:

- Interpretación gramatical del art. 70.2 CP 1973: «...dejando de extinguir las que procedan desde las que ya impuestas cubrieran el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de 30 años». En este sentido, esta norma no explicita la existencia de una nueva pena de 30 años, sino que las que existan se dejarán de cumplir cuando lleguen a ese límite.

- La terminología del CP se refiere a la limitación resultante como “condena”; término que se construye respecto a las respectivas penas impuestas. “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable, no podrá exceder del triple de tiempo...”. No habla de una nueva pena, sino de la condena como suma de las penas realmente impuestas.

- El sistema de penas español únicamente determina una nueva pena en caso de concurso cuando este es ideal o medial (art. 77 CP 1995, o 71 CP 1973) o cuando deviene del delito continuado (art. 74 CP 1995, art. 69, bis CP 1973). No así en el concurso real de delitos del art. 76.1 CP 1995, o art. 70.2 CP 1973).

– Si se solicitase un indulto y se concediese, no se realizaría sobre el total del límite de 30 años, sino sobre cada una de las mismas⁴⁴¹.

– Desde un punto de vista teleológico, carecería de sentido que existiera una única pena de 30 años en un amplio historial delictivo igualando injustificadamente al autor de un solo delito; es decir, no es igual cometer un delito que doscientos.

– El art. 988 LECr señala claramente que lo que se determina es el máximo de cumplimiento de las mismas.

– Invoca varias sentencias (SSTS de 29 de septiembre de 1992 y de 24 de julio de 1994, entre otras), señalando que no se ha interpretado el límite de cumplimiento como una pena total, sino que se ha referido a la unidad penitenciaria de ejecución de penas sucesivas, que en nada afecta a la consecuencia jurídica del concurso real, sino que tiene que ver con las necesidades del tratamiento penitenciario. La STS 197/2006 mantuvo que la STS 820/1994, de 8 de marzo de 1994, que interpretó el límite de 30 años establecido en el art. 70.2 CP 1973 como “una nueva pena resultante y autónoma”, habría infringido el principio de jerarquía normativa, al apoyarse en el art. 59 RP y no puede ser invocada conforme al art. 1.6 CC como precedente vinculante dado que el fallo no ha sido reiterado conforme al art. 1.6 CC⁴⁴².

Frente a los argumentos esgrimidos en la STS 197/2006, el voto particular formulado a la misma por los magistrados antes citados cuestiona el fallo de esta sentencia y mantiene la consideración de una pena única y nueva de 30 años sobre la que deducir las redenciones obtenidas. Los argumentos son los siguientes:

⁴⁴¹ Lo cual no es cierto cuando el indulto se solicita acumuladas ya las penas, de modo que el órgano judicial informante en el expediente de indulto sería el último sentenciador, que es el competente ex art. 988 LECrim.

⁴⁴² Sin embargo el voto particular cita también las SSTS de 15 de septiembre y de 14 de octubre de 2005.

– La acumulación o refundición de condenas se fundamenta en los arts. 15 y 25.2º CE.

– La resolución desborda los límites de la pretensión del recurrente. Trasciende el objeto del recurso para hacer un pronunciamiento de carácter general que, además, equivale a declarar que toda la abundante y uniforme jurisprudencia anterior respondía a una interpretación errónea de los preceptos de aplicación. Tal modo de decidir implica una verdadera *reformatio in peius*, con clara afectación negativa de la materialidad del derecho a la defensa, debido a que el recurrente no ha tenido en ningún caso la oportunidad de discutir ese criterio emergente.

– Las penas impuestas en la sentencia, tratadas conforme a las reglas de aplicación previstas, se transforman —refunden—, dice la jurisprudencia, en otra de la misma naturaleza, pero distinta. Distinta porque en ella se integran diversas penas para formar una sola; y porque la magnitud de esta difiere del conjunto de las originarias. De este modo surge la pena de cumplimiento. Esto es lo que se denomina «unidad punitiva» a extinguir por el reo; solo en principio, pues sobre ella operará normalmente la redención de penas por el trabajo del art. 100 CP. Esta pena de cumplimiento supone la inclusión de todas las penas en una misma unidad de ejecución; este es requisito indispensable para el tratamiento —ver art. 25 CE y 1 LOGP—, pues sería absurdo clasificar y tratar al reo atendiendo a sus responsabilidades penales por separado. Una cuestión de orden práctico hace imposible la aplicación de la STS 197/2006: el penado tendría que abandonar y regresar al centro penitenciario cada vez que obtuviese la libertad condicional en una condena y cada vez que la extinguiera; lo mismo ocurriría con el régimen de permisos. La unidad de ejecución cuenta no solo con base legal en el art. 25.2 CE y 1 LOGP, sino con cuestiones de índole práctico que supera las previsiones del CP y de la LECrim.

– El Código de 1995 y sus vicisitudes posteriores se encontraron con la necesidad de incorporar el art. 78 CP porque el CP 73 no prestaba base legal para una decisión como la que se establece en la STS 197/2006. La STS 197/2006 equipara en sus consecuencias materiales a los condenados por el CP 1973 a la aplicación del art. 78 CP 1995.

– Es de aplicación el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable. La seguridad jurídica garantiza en el art. 9.3 de nuestra Carta Magna, más

sensible por afectar al derecho de la libertad, es de aplicación en relación con la irretroactividad penal. Nuestro derecho positivo —art. 25.1 CE, 2 CP y 2.3 CC—, solo establece la irretroactividad de las leyes que perjudiquen penalmente a una persona, pero con la nueva jurisprudencia se deja a un lado el espíritu de aquella prohibición.

– El principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) no tiene más excepciones en materia de terrorismo que las que se derivan del art. 52.2 CE, que contempla algunas especialidades relativas a la forma de perseguir los delitos de esa índole; y no incluye ninguna previsión que afecte al enjuiciamiento ni al cumplimiento de las penas. La STS 197/2006 es una interpretación *ad personam*, contradictoria con la sostenida en al menos 16 excarcelaciones anteriores.

– No hay razón para subvertir lo que ha sido pacífica doctrina en esta cuestión; pues aunque la jurisprudencia es evolutiva, como admite el art. 3.1º CC, todo cambio de criterio debe ser fundado en sólidas razones de ley que lo justifique. Razones que no se dan, si la innovación interpretativa es contra reo, incorporando una filosofía de cumplimiento íntegro de la penas ajena al CP 1973. En este sentido, se aparta de las precisas indicaciones del Tribunal Constitucional (STC 202/1999, de 28 de octubre) en las que establece que «los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica dotada de vocación para ser aplicada en casos futuros y no como cambio inadvertido por el órgano judicial o que sea fruto del voluntarismo selectivo frente a supuestos anteriores resueltos de modo irreflexivo; toda vez que el principio de igualdad en la aplicación de la ley prohíbe «el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que, el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continua con posterioridad».

– La STS 820/1994, de 8 de marzo de 1994: “Se olvida el Tribunal de Instancia que la pena señalada en el art. 70.2 CP, el límite de 30 años en este caso, opera ya como una nueva pena, resultante y autónoma y a ella deben

referirse los beneficios otorgados por la Ley, como son la libertad condicional y la redención de penas... Sobre la pena resultante, que podría ser el triplo de la más grave de las sanciones o bien el límite de 30 años, es donde deben operar los beneficios penitenciarios y no distinguir donde la ley no distingue y contra reo y con choque frontal a lo señalado en el art. 25.2 CE". En el mismo sentido, la STS 1003/2005, de 15 de septiembre, Ponente Berdugo Gómez de la Torre, declara que la pena acumulada «opera ya como una pena nueva resultante y autónoma, y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley, como son la libertad condicional y los permisos de salida, clasificación en tercer grado...», y lo más significativo es que esto se refiere, no al CP de 1973, sino al actual de 1995. Con las mismas palabras se expresa la STS 1223/2005, de 14 de octubre, Ponente Berdugo Gómez de la Torre.

– Ante los conflictos competenciales entre los Juzgados sentenciadores y los de Vigilancia penitenciaria para resolver el incidente de determinación de máximo del cumplimiento efectivo, el Tribunal Supremo, en Autos de 7 de abril y 14 de octubre de 1989, otorgaba la competencia a los juzgados sentenciadores, argumentado que esta materia era de enjuiciamiento y no de ejecución. No sólo por la necesidad de establecer el juicio de conexidad de delitos, sino porque en última instancia aparecía la fijación de una nueva pena (ATS de 25 de mayo de 1990); la STS 820/1994, de 8 de marzo, por su parte, señala que «la suma perimétrica es considerada como una nueva sanción» y «sobre la pena resultante es sobre la que debe operar los beneficios resultantes». Si se mantiene la interpretación de la STS 197/2006, la determinación del límite máximo deja de ser de enjuiciamiento para pasar a ser de ejecución, cuya competencia debe residir en los Jueces de Vigilancia Penitenciaria conforme a lo dispuesto en los arts. 76.1 y 76.2 a) LOGP.

Lamentablemente, el Tribunal Constitucional, por mayoría, no protegió los derechos fundamentales vulnerados por la STS 197/2006, dictando Sentencia del Pleno TC 39/2012, de 29 de marzo (Ponente Pérez Vera; votos particulares de Pérez Tremps y de Asúa Batarrita y Ortega Álvarez), y varias consecutivas en el mismo sentido, en las que se daba carta de naturaleza a la doctrina parot, sin bien en esta sentencia y en alguna otra la sentencia concedió el amparo con

base en la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes⁴⁴³, esto es, de la *reformatio in peius* de una liquidación de condena firme.

En la referida Sentencia del Pleno, que sentaría la pauta para las posteriores, ante la invocación por el recurrente de los principios de igualdad en la aplicación de la ley (art.14 CE); del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) —desde la doble perspectiva de la ilegitimidad del nuevo criterio interpretativo y la aplicación retroactiva de una ley desfavorable—; del derecho a la libertad (art. 17.1 CE); y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el Tribunal Constitucional aduce

– La cuestión suscitada no se encuentra en el ámbito del derecho de la legalidad penal del art. 25.1 CE por ser una cuestión de ejecución de la pena. El TC se apoya en la cita de varias SSTEDH (F.J. 3º); apoyatura que obviamente ya no será válida a partir de la STEDH en el caso Del Río Prada c. España.

– Por otro lado, también rechaza la vulneración del derecho a la irretroactividad penal del art. 25.1 CE por aplicación retroactiva del art. 78 CP 2003 porque las resoluciones recurridas no han invocado dicho precepto.

– Tampoco el cambio jurisprudencial provocaría vulneración del derecho a la igualdad ante la ley

⁴⁴³ La citada sentencia y las posteriores solamente reconocen la intangibilidad en contra del reo (la STS 874/2014 reconocerá que no existe intangibilidad en materia de ejecución en lo que opere a favor de reo si por ejemplo hubiera un cambio jurisprudencial favorable) de la liquidación de condena aprobada por el órgano sentenciador, no a las resoluciones del JVP aprobando redenciones ni a los autos de acumulación de condena; solamente a aquellas resoluciones judiciales firmes que hubieran establecido un determinado modo de cómputo de las redenciones en su fallo o en su *ratio decidendi*. En este caso sí se produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la libertad personal por falta de título legitimante para la privación de libertad.

Conforme a un criterio formalista que con humor RODRÍGUEZ HORCAJO (2013, p. 261) califica como “la excepción sutil o la suerte de tener un juez más hablador”.

– Y tampoco al derecho fundamental a la libertad puesto que es la ilegitimidad de la privación de libertad lo que ataca a dicho derecho; aunque esta sentencia no entró en esta materia por quedar fuera del objeto del recurso.

El voto particular de Pérez Tremps reprocha a la sentencia que no haya entrado en la cuestión de si la nueva doctrina jurisprudencial vulnera derechos fundamentales. En su opinión, la nueva interpretación jurisprudencial vulnera el derecho a la libertad entendido como garantía personal del ciudadano y de su valor primordial en un Estado social y democrático de Derecho, porque forma parte del derecho la previsibilidad objetiva que dote de razonable certeza al ejercicio del derecho a la libertad y la sentencia del caso Parot se apartó de lo que era accesible y razonablemente previsible respecto a la duración real y efectiva de la pena correspondiente al delito realizado.

Por su parte, el extenso y detallado voto particular de Asúa Batarrita, al que se adhiere Ortega Álvarez, sintéticamente referido aquí, sostiene que “en la conculcación de la legalidad penal se condensa la afectación nuclear a la seguridad jurídica y a la garantía reforzada de certeza en la interpretación y aplicación de las leyes penales, que en este caso deriva en la lesión del derecho a la libertad personal (art. 17 CE)”. Entrando en la valoración de la STS 197/2006, partiendo de que las “reglas de juego” en cuanto al cómputo de las redenciones estaba sobradamente establecido, atendiendo al fundamento material del derecho fundamental del art. 25.1 CE estima que la doctrina Parot vulnera el derecho a la legalidad penal porque la previsibilidad de la duración efectiva de la privación de libertad, en el momento de realización del hecho, forma parte nuclear del derecho a la legalidad. Así mismo, es relevante señalar cómo el voto particular reprocha a la sentencia que ignore el sentido material de la institución de la acumulación y por tanto el sentido de la interpretación teleológica.

En palabras de DÍAZ CREGO (2013, pp. 585-586 y 610):

“El TC ha adoptado una postura en exceso formalista y ha obviado, en sus 37 sentencias en la materia, el análisis del problema de fondo, asociado a la eventual vulneración del principio de legalidad penal y de la libertad personal. Ambas cuestiones ocupan una posición secundaria en los pronunciamientos de nuestro máximo intérprete de la Constitución, que se limita a excluir la problemática analizada del ámbito de aplicación del principio de legalidad penal; y a subrayar que la privación de libertad sufrida

por los demandantes de amparo es legal, en la mayoría de los casos, al no plantear problema alguno en relación con el resto de los derechos reconocidos por el texto constitucional. Las escasas sentencias del TC en las que este tribunal estima las alegaciones de los recurrentes en amparo se centran en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y, en ese sentido, tienen en cuenta una diferencia puramente formal relacionada con el contenido de los autos de revisión de condena de algunos de los recurrentes en amparo”

Aunque en gran medida, en cuanto al objetivo buscado con su creación, la denominada doctrina Parot pertenece casi a la historia del derecho, aunque solo sea desde 2013, la aproximación a la llamada “doctrina Parot”, atendiendo al particular entorno político y social en que se formuló, prestando atención a las instituciones jurídicas a las que ha afectado, sus orígenes y desarrollo y conectándola con las actuales tendencias doctrinales y legales, explicitan claramente la profundización en la deriva hacia un derecho penal puramente inocular y meramente simbólico; doctrina que se enmarca en la política criminal en materia de terrorismo del comienzo del siglo y en la evidente politización de la administración de justicia en la lucha contra el terrorismo.

No obstante, la formulación de la doctrina y la protección de los derechos fundamentales de los españoles por el TEDH han permitido abrir vías de protección del derecho a la legalidad penal de los españoles: que la prohibición de retroactividad afecta no solo a la imposición de la pena sino a su ejecución y que la legalidad no se conforme únicamente por la ley formal⁴⁴⁴. Hasta dónde, si solo a los aspectos de la ejecución que afecten a la cuantía de la privación de libertad, o también al modo de cumplirla, y en este caso a qué aspectos del modo, ya es otra cuestión, que se aborda posteriormente, a propósito de los comentarios al periodo de seguridad (art. 36.2 CP 2003) y al art. 72.6 LOGP y 90 CP 2003.

⁴⁴⁴ En el mismo sentido RÍOS MARTÍN – SÁEZ RODRÍGUEZ (2014, p. 39).

En nuestro ordenamiento jurídico siempre se había interpretado que, cuando la suma de las penas por cada uno de los delitos cometidos en un lapso temporal determinado excedía de los límites de acumulación jurídica establecidos (el triple de la pena más grave o 30 años —ahora 40—), la condena real era el límite, conformándose así una nueva pena (el triple de la mayor o 30 años). Esta acumulación jurídica de las penas, frente a la mera suma aritmética, tiene su fundamento en los principios de humanidad y reinserción social y su sentido en que el cumplimiento de la suma aritmética es, en unos casos, imposible y, en otros, incompatible con los principios citados. Ciertamente, en casos extremos e infrecuentes (aunque desgraciadamente no tan infrecuentes en nuestro país) las consecuencias podían ser injustas; no me refiero a los parámetros subjetivos de cada cual, sino al principio de proporcionalidad y al efecto disuasorio de las penas, al igualar el cumplimiento de condena de personas condenadas a una suma de 34 años al de una suma de 3.400. No obstante, también hay que atender a que la suma de penas y su modo de cumplimiento no produzcan una condena inhumana, una cadena perpetua, una condena de prisión sin horizonte de salir con vida o una condena sin posibilidad de ser orientada a la reinserción, finalidad obligatoria conforme a la Constitución. El *quid* de la cuestión es la convicción y el consenso sobre el punto en el que se equilibran las fundamentaciones de la pena.

Esto se ‘solucionó’ en parte mediante el art. 78 CP 1995, y en una segunda fase desacomplejada en 2003, facultando al tribunal para imponer que los plazos para los permisos ($1/4$ parte de la condena), tercer grado ($1/2$) y libertad condicional ($3/4$) se computaran sobre el total de la suma de las penas impuestas y no sobre la condena limitada por la acumulación jurídica (máximo de cumplimiento efectivo).

Por otro lado, desde 1944, pasando por el Código de 1973, se vienen aplicando redenciones de pena por el trabajo. La ordinaria, un día de redención por cada dos, casi automática; la extraordinaria, un día por uno, en función de méritos. De tal modo que las condenas, por ejemplo la máxima de 30 años, en la práctica, era de $2/3$ de la pena nominal (20 años en el caso de la máxima), produciendo la apariencia de que las condenas no se cumplían efectivamente, aunque se cumplieran íntegramente conforme a la ley. El CP 1995 “solucionó” este problema (por cierto sin reducir las penas nominales en un tercio, produciendo de forma “inadvertida” un incremento generalizado de las penas reales en un 50%, primer origen de la enorme población penitenciaria de la

década siguiente y que aún sufrimos) al eliminar las redenciones (y con ello un incentivo importante para la participación de los internos en actividades de distinto signo).

En consecuencia, para los delitos cometidos a partir de 1996 las condenas se cumplen efectiva e íntegramente (aunque no necesariamente siempre en prisión en régimen cerrado, porque existen los permisos, regímenes de semilibertad y la libertad condicional). Lo que cambió es el concepto de cumplimiento efectivo, que ya irá dejando de comprender el cumplimiento en semilibertad o libertad condicional⁴⁴⁵.

La reforma penal de 2003 profundizó en esta línea: generalizando el cómputo de los permisos, semilibertad y libertad condicional sobre el total de la suma, aumentando el límite máximo a los 40 años y endureciendo el acceso a instrumentos legales de reinserción, en definitiva, creando una respuesta punitiva insólitamente dura en Europa, curiosamente en los estertores de ETA, cuando menos peligrosa iba siendo.

Pero claro, la mayor parte de los asesinatos de las distintas ramas de ETA se habían cometido antes de 1996; el tiempo había ido pasando, ETA (m) perviviendo, probablemente de modo inesperado, y personas condenadas por múltiples delitos de asesinato iban pasando o llegando a los 20 años de pena máxima real. El CP de 1995 y la Ley Orgánica de 2003 habían solucionado los problemas hacia el futuro (como no puede ser de otro modo, dado el derecho fundamental a la irretroactividad de cualquier disposición legal restrictiva de derechos). El Tribunal Supremo decidió —solo o en compañía de otros— buscar una solución, mediante una interpretación sorprendente, tan nueva que a nadie se le había ocurrido en todo el siglo, en un recurso en el que ninguna de las partes planteaba ese tema y, como la jurisprudencia no queda afectada por la irretroactividad (la jurisprudencia del tribunal supremo, a diferencia de las leyes, tampoco se aplica retroactivamente cuando es favorable al reo), susceptible de ser aplicada a hechos cometidos con anterioridad. En definitiva, un resultado

⁴⁴⁵ Y ya a partir de 2015 la libertad condicional deja jurídicamente de ser cumplimiento de la pena.

material quizás “justo” en el fondo se obtuvo de modo “injusto”, vulnerando nuestro derecho fundamental a la legalidad penal, recogido en la Constitución de 1978 y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Lamentablemente, desde este punto de vista, el Tribunal Constitucional no enmendó esta quiebra de derechos fundamentales, pero, afortunadamente, para el estado de derecho, los sistemas de protección de Derechos Humanos de los que España forma parte sí funcionaron.

Con la decisión del tribunal de Estrasburgo no gana ETA. Sí, unas decenas de personas salen de prisión (unos años después de lo legal, unos años antes de lo que hubiera querido el Tribunal Supremo), pero la sentencia ni les exonera, ni hay impunidad, ni hay legitimación de sus crímenes ni del apoyo del conjunto de la izquierda patriota violenta. Simplemente se ha aplicado la legislación punitiva española, de modo legal y legítimo, con respeto a los derechos humanos, y sometido el poder a la ley. Ha ganado el Estado de Derecho, hemos ganado los titulares del derecho a la legalidad penal, nuestra protección frente a la codicia de poder del poder. Ha ganado legitimidad la respuesta penal al terrorismo, al corregirse su desbordamiento. Ha perdido opciones de victimismo la izquierda abertzale violenta.

No han perdido las víctimas, ni en verdad, ni en justicia ni en reparación. No hay ofensa posible⁴⁴⁶ a las víctimas del delito cuando se cumple la ley y el poder es sometido al Derecho, legitimando lo que de otro modo sería fuerza bruta, mera violencia. Solamente pierden los que crearon, apoyaron y justificaron, aún hoy día, una doctrina tan ilegal que es contraria a nuestra Constitución y al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Lamentablemente no se ha querido explicar así; al contrario, se ha situado el debate doctrina sí, doctrina no, en el terreno de justicia para las víctimas sí, justicia para las víctimas no, conduciéndolas, en gran medida por parte de los dirigentes de varias asociaciones y fundaciones, a un callejón sin salida de

⁴⁴⁶ Aunque sean comprensibles algunas reacciones emocionales en personas muy directamente afectadas, no son justificables ni loables, menos aún cuando proceden de personas con responsabilidades incluso públicas.

frustración. Porque todos los penalistas sabían que no podía ni debía ocurrir otra cosa.

La frustración se ha convertido en dolor y rabia, por parte de algunos; ciertos medios de comunicación, vete a saber con qué interés, han alimentado la histeria; se han oído infinidad de mentiras que asombran a cualquier iniciado en la materia —como que es una amnistía encubierta—; demandas radicales inasumibles que dan vergüenza ajena; recidivas de paranoia conspirativa; ataques a todas las instituciones del estado; ataques a víctimas de ETA que se desmarcan de la “tesis ortodoxa”...

Es necesaria un poco de calma y racionalidad, pedagogía dicen, información veraz sin más diría yo, para situar lo ocurrido en su lugar adecuado y que las víctimas entiendan que no hay ofensa; que situar el debate en 4 años menos o 3 años más no es el *quid* de la cuestión⁴⁴⁷. A mi juicio la cuestión no es si los que en su día asesinaron, injusta e inútilmente, con saña en ocasiones, reiterada, ilimitada, irracional e insensiblemente, salen de prisión o no a los 20 años, a los 26 o a los 30 (defecto que en todo caso habrá que achacar a los legisladores desde 1944 a 1995), sino cómo salen, pensando qué, haciendo qué, sintiendo qué, apoyados por quién y cómo. Este es a mi juicio el verdadero núcleo de la cuestión ética y política, que va más allá del Derecho.

Los malos atajos, bordeando la legalidad y la legitimidad (exasperación punitiva, excepcionalidad penal, regímenes especiales de detención y encarcelamiento, prácticas dudosas de la Audiencia Nacional, extensión indeterminada de los tipos delictivos, “ingenierías jurídicas”...) o directamente pisoteándola (las penas de muerte en su momento, el terrorismo paraestatal, los GAL, abusos policiales, torturas...) nunca pueden construir verdad, justicia y

⁴⁴⁷ Irene Villa en ABC de 15 de noviembre de 2013: P-Con el fin de la doctrina Parot, ¿se han reabierto antiguas heridas? R—“He sentido un poco de dolor como todos los españoles. Pero, **como yo he perdonado, me da igual** que estén en la cárcel o fuera de la cárcel porque esas muertes van a quedar sobre su conciencia el resto de sus vidas”. Precioso ejemplo de una persona que ha sabido, podido y querido superar la inevitable y lógica fase del odio y saliendo de esa trampa vital ha alcanzado una paz interior; cuanto esfuerzo y cuanto valor hay tras esta breve frase.

reparación, nunca ayudan en la lucha por la legitimidad; no son eficaces para acabar con fenómenos terroristas.

Afortunadamente, España forma parte del sistema europeo de protección de Derechos Humanos, lo que permitió que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pusiera fin a este grave dislate. En primer lugar con la STEDH, dictada el 10 de julio de 2012 que estimó la demanda núm. 42750/2009 formulada contra el Reino de España por la ciudadana española Inés del Río Prada, presentada ante el Tribunal el 3 de agosto de 2009, fundamentada en la modificación de su condena penal debido a la aplicación retroactiva de una jurisprudencia del Tribunal Supremo español conocida como "doctrina Parot", que suponía el alargamiento de su estancia en prisión, en violación de los artículos 5.1 y 7 del CEDH. En su fallo, la Sección 3ª del TEDH, por unanimidad, declaró que había existido violación del art. 7 y del artículo 5.1 del CEDH y que era responsabilidad del estado demandado garantizar la puesta en libertad de la demandante en el más breve tiempo posible.

El gobierno español anunció la presentación de un recurso contra la sentencia de Estrasburgo, ante el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ejercitando la previsión contenida en el art. 43 CEDH sobre la remisión a la Gran Sala. Celebrada vista pública el 20 de marzo de 2013 y previa su deliberación en la misma fecha, la sentencia se dictó el 21 de octubre de 2013.

El fallo declaró por 15 votos a favor y 2 en contra la infracción del art. 7 del CEDH, y por unanimidad que, a partir del 7 de julio de 2008, la privación de libertad de la Sra. Del Río no había sido "legal", infringiendo el art. 5.1 del CEDH. Asimismo, por 16 votos contra 1, que el estado demandado, conforme a lo previsto en el art. 46 CEDH debía poner en libertad a la demandante en la fecha más inmediata posible.

No obstante admitir cierto grado de ambigüedad en las legislación aplicable estando en vigor el CP 1973, lo cierto es que la Sala apreció que, "*en la práctica*", los tribunales judiciales y las autoridades administrativas tendían a considerar el máximo de la condena como una pena nueva e independiente; así pues, la nueva interpretación del TS sobre la forma de aplicar la redención de la pena había tenido efecto retroactivo al ampliar el tiempo de la prisión de la demandante en casi nueve años. Por lo tanto, "*la medida no sólo afectaba a la ejecución de la pena impuesta... sino que tenía también un impacto decisivo en*

el alcance efectivo de la misma a los efectos del art. 7". Además, el cambio de enfoque del TS, sin base alguna en la jurisprudencia, no podía haber sido previsto por la recurrente; no les es dado a los tribunales nacionales aplicar retroactivamente y en perjuicio de los interesados "las políticas penales que sustentan cabios legislativos, cuando éstos se han introducido con posterioridad a la comisión de un delito" (epígrafe 59).

La valoración de la Gran Sala se realizó a partir de destacar la garantía consagrada en el art. 7 del CEDH, elemento esencial del Estado de Derecho, que ocupa un lugar preeminente en el sistema de protección del CEDH, como lo confirma el hecho, establecido en el art. 15, de que no se permite ninguna excepción a su aplicación ni siquiera en tiempo de guerra o ante ninguna otra emergencia pública que amenace la vida de la nación ya que pretende garantizar de manera efectiva la interdicción de la arbitrariedad en el enjuiciamiento, en la condena y en la pena.

Lo determinante en el razonamiento judicial es la consideración de la pena a los efectos del art. 7 CEDH como concepto autónomo que exige ser interpretado y lo ha de ser *"más allá de las apariencias"*. La Gran Sala admite que la garantía que proporciona el art. 7 no afecta a las medidas que se refieren a su ejecución o aplicación si bien, en la práctica, su distinción de las penas no siempre es nítida. Es más, atendida la naturaleza y finalidad de la medida, la apariencia no ha de ser tomada en cuenta. De restringir el concepto de pena, de estimar que el término "impuesta" del art. 7.1 se refiere a las medidas adoptadas antes de pronunciarse la sentencia, los estados podrían inopinadamente redefinir con efectos retroactivos el alcance de la pena impuesta en perjuicio del condenado, y *"el art. 7.1 quedaría privado de todo efecto útil"*. Para evitarlo, el Tribunal ha de analizar *"la ley nacional en su conjunto y su forma de aplicación en tal momento"*, es decir, debe *"examinar en cada caso (...), cuál era su naturaleza intrínseca"*.

Otro aspecto relevante que consideró la Gran Sala fue el relativo a las cualidades del derecho nacional examinado, entendido tanto en su vertiente de ley escrita como de jurisprudencia, esto es, la accesibilidad y la previsibilidad: estas *"condiciones cualitativas deben cumplirse tanto para la definición de un delito como para la pena que éste implica"*, y que no están reñidas con la adaptación a los cambios a través de la interpretación judicial ni a la evolución progresiva de la jurisprudencia *"a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible"*.

La Gran Sala consideró que la aplicación de las nuevas formas de cálculo de las redenciones de penas por el trabajo derivadas de la doctrina Parot *“no puede considerarse como una medida que afecte exclusivamente a la ejecución de la pena impuesta a la demandante”*, ya que *“también lleva a una redefinición del alcance de la “pena” impuesta”*, de manera que *“la medida controvertida entra, pues, en el campo de ampliación de la última frase del artículo 7.1 del Convenio”*.

El TEDH entendió que las consideraciones de política criminal en que se apoyaba la STS 197/2006 no bastan para justificar un cambio interpretativo que perseguía un objetivo, el mismo que el de la LO 7/2003 que el gobierno demandado niega se haya aplicado retroactivamente, el cumplimiento sin salidas de prisión del máximo efectivo a cumplir por las personas condenadas a varias y largas penas de prisión. El TEDH consideró que nada presagiaba la presencia de una evolución jurisprudencial que viniera, de algún modo, anunciando el cambio de la jurisprudencia.

Con idéntica metodología el TEDH concluyó que el *“mantenimiento en prisión de la interesada desde el 3 de julio de 2008 no había sido ‘legal’ (“lawful”) siendo, por lo tanto, contrario al art. 5.1 CEDH”*. La valoración del Tribunal partió del examen de los principios consagrados en la jurisprudencia del TEDH en torno a las letras a) a f) del art. 5 CEDH:

- que la privación de libertad ha de producirse en virtud de una condena penal, de manera que exista *“una relación de causalidad”* entre ambas suficiente y sostenida en el tiempo para conculcar el riesgo de detenciones arbitrarias.

- que esa privación de libertad debe ser *“legal”*, esto es, ajustada a la ley sustantiva y procesal aplicable al caso, requisito que afecta igualmente a la *“calidad de la ley”*, esto es, la ley que autorice la privación de libertad *“debe ser suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación”*, con la misma finalidad antes dicha, para evitar *“cualquier riesgo de arbitrariedad”*.

Aplicados tales principios al caso en concreto, el TEDH estimó que *“el periodo de prisión cumplido por la demandante todavía no había llegado al periodo máximo de 30 años impuesto por la AN conforme al art. 70.2 CP 1973 y, por lo tanto, hay “un claro nexo de causalidad entre las condenas (...) y la continuación de la detención después del 2 de julio de 2008”*. No obstante, la *‘ley’* que autorizó la continuación de su privación de libertad después de dicha fecha no se estima por el Tribunal suficientemente previsible en su aplicación; la demandante *“no*

pudo haber previsto, razonablemente, que el método utilizado para aplicar la reducción de condenas por trabajo sufriría una alteración como consecuencia del cambio de jurisprudencia efectuado por el TS en el año 2006.

“Los efectos de su “derogación” por medio del TEDH, más allá del limitado efecto sobre los presos a los que pueda afectar, no deberían tomarse como una pasajera anécdota en el discurrir de la vida judicial española. Como mínimo, a partir de lo visto y analizado en esta escueta aproximación al tema, cabría realizar las siguientes inferencias RÍOS MARTÍN – SÁEZ RODRÍGUEZ (2014, pp. 38-39):

“- El derecho penal no admite atajos. Los derechos y garantías penales y procesales conforman una red interrelacionada en que la alteración de cualquiera de sus elementos compromete el sistema en su conjunto.

- La normativa y jurisprudencia internacional de los derechos humanos derivadas de la suscripción por el estado español de tratados y convenios internacionales deben interiorizarse como propias por todos los operadores jurídicos y por la sociedad en general, lo que incluye también al gobierno, a las distintas administraciones y a la llamada “clase política”.

- Por lo mismo, es necesario —y ya en este momento urgente— reglamentar el procedimiento para la ejecución de las resoluciones del TEDH⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 21 de octubre de 2014 ha señalado que: “En tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los tribunales españoles, el recurso de revisión del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cumple este cometido”.

El Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOCG. Serie A: Proyectos de Ley. 20 de marzo de 2015. Núm. 138-1) modifica a tal fin el art. 954 LECrim: “2. Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien hubiera sido demandante ante el

- En tal contexto, y no atisbándose hasta este momento una modificación en su tratamiento por nuestro TC, el deslizamiento de la doctrina del TEDH hacia el acogimiento bajo el manto del art. 7 de la CEDH de las vicisitudes de la ejecución de condenas privativas de libertad que impliquen o supongan mayor dureza, rigor o duración de la pena impuesta en sentencia no puede sino observarse con enorme interés, y valorarse con moderado pero firme optimismo”.

En conclusión, la STEDH constituye un hito fundamental en relación con el principio de legalidad en la ejecución de las penas y en cuanto al concepto de Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, con gran alcance para la materia objeto de este trabajo.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de 1 año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido tribunal”.

IV. EL SUBSISTEMA PENITENCIARIO ANTITERRORISTA

Dice LAMARCA PÉREZ (2013, p. 41) que, más que en el aspecto sustantivo, el verdadero caballo de batalla antiterrorista lo constituye la legislación procesal. Sin desmentir en absoluto dicha afirmación en el contexto en que se produce, a mi juicio, y más aún en el nuevo contexto tras 2011, una importante parte de la batalla que se libra ‘contra el terrorismo’ se sitúa desde 2003 en el ámbito de la ejecución de las penas; batalla que a mi juicio políticamente se sitúa en el centro de la disputa por incidir sobre el relato de la historia reciente, el relato del terrorismo.

ZARAGOZA AGUADO (2013, pp. 102-104) sorprendentemente entiende que no hay peculiaridades procesales sino que “la especialidad está en algunos tipos penales y, fundamentalmente, en materia penitenciaria”, lo que él califica como “el núcleo duro de la materia antiterrorista” y reconoce que la LO 7/2003 supone una “severa restricción para la concesión de la libertad condicional y el tercer grado”.

El *Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley*, dado a conocer por el Ministerio del Interior el 26 de abril de 2012⁴⁴⁹, dice:

“En nuestro ordenamiento jurídico, el tratamiento punitivo de este tipo de criminalidad se ha abordado con elementos diferenciales respecto a otras formas de delincuencia más común, precisamente por la peligrosidad de quienes la practican y su potencialidad desestructuradora de la convivencia”

⁴⁴⁹ Extrañamente, el Programa no parece haber tenido carácter oficial. No aparece en el fondo documental de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos>) y fue conocido a través de los medios de comunicación por su difusión a través de la agencia EFE. No se tiene noticia de su desarrollo ni de si existe alguna evaluación.

Por otro lado, en su denominación no se recoge que se dirige a presos por delitos de terrorismo.

y la libertad de los ciudadanos. Resaltaremos, como más significativas las siguientes:

En cuanto al cumplimiento de la condena, imponiendo unas mayores exigencias para el acceso a los beneficios penitenciarios, en los términos que dispone el art. 36 CP –periodo de seguridad- y el art. 72.6 de la LOGP – pago de la responsabilidad civil, perdón a las víctimas, repudio de la violencia, etc.

Especiales prevenciones, respecto a la clasificación penitenciaria, aplicación del régimen cerrado, en las que se atiende, también, a la entidad de los delitos cometidos, extensión de las condenas impuestas y peligrosidad objetiva de quienes se integran en estructuras que amplifican la dimensión y nocividad de sus acciones.

Un programa de separación de los reclusos terroristas en diferentes Centros Penitenciarios orientado a propiciar la desvinculación del colectivo de aquellos que opten por afrontar su condena fuera de la disciplina de la organización.”

Por tanto, la actual dirección política de la administración penitenciaria destaca los elementos diferenciales más significativos: en cuanto al cumplimiento de la condena (en el que incluye el art. 72.6º LOGP), a la clasificación penitenciaria y al programa de separación conocido coloquialmente como dispersión, fundamentando los mismos en la peligrosidad de los terroristas practican y la potencialidad desestructuradora del terrorismo para la convivencia y la libertad; peligrosidad que caracteriza como objetiva, entiendo que por contraposición a la peligrosidad subjetiva que requiere de un pronóstico individualizado. Sin embargo, el programa, dirigido al terrorismo de cualquier signo (ETA, GRAPO, yihadismo...), no valora las repercusiones que sobre esa peligrosidad objetiva tiene el que en 2012 ya no existiera el terrorismo de ETA ni del GRAPO.

En definitiva, el cumplimiento de la pena de prisión para los delincuentes convictos por terrorismo ofrece toda una serie de especificidades, en la legalidad y en la práctica: el régimen de separación conocido como dispersión, la

preferencia por la clasificación en primer grado, la intervención generalizada de comunicaciones, el contenido del tratamiento derivado de su naturaleza como delincuencia de convicción⁴⁵⁰, las restricciones a los permisos ordinarios, el uso del régimen de flexibilidad del art. 100.2º RP, los plazos y criterios para la progresión al tercer grado y para la libertad condicional y su exclusión de los beneficios penitenciarios.

⁴⁵⁰ Posteriormente se abordará el concepto y alcance de la naturaleza de estos delitos, sin por supuesto otorgarle ninguna repercusión en términos de justificación o exculpación, como recoge LUZÓN PEÑA (2013, p. 14) en su estudio sobre la actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación.

A. El mandato de orientación a la resocialización y reinserción social

La idea de que la ejecución de una pena privativa de libertad debe tener lugar orientada por el principio de resocialización, sin perjuicio de otros fines justificadores que se proyectan sobre la ejecución de las penas, forma parte de los corolarios del *ius puniendi* de cualquier Estado democrático de Derecho.

Si se atiende a los documentos centrales, a nivel europeo⁴⁵¹ e internacional, que pueden considerarse claros referentes a la hora de establecer el principio de resocialización o reinserción como criterio de ejecución penitenciaria, han de traerse a colación, al menos, los siguientes:

- Las Reglas mínimas para el tratamiento de detenidos de las Naciones Unidas (1957)
- Las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptadas por el Consejo de Europa en 1973 y que han sido objeto de revisión en diversas ocasiones (la última de las cuales, en 2006, la Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada el 11 de enero de 2006, basada tanto en las reglas penitenciarias previas como en los valores del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, atendiendo a la jurisprudencia del TEDH y a las normas para el tratamiento de los reclusos que establece el Comité Europeo para la prevención de la tortura).
- El Pacto internacional de Derechos Civiles y políticos (1966).

⁴⁵¹ En relación con lo que ha denominado Espacio Penitenciario Europeo, como parte del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, véase la obra de BARAS GONZÁLEZ (2013): “Entendemos que cuando se atribuye competencias en los Tratados a la UE, art. 82.1.d) TFUE, para hacer posible el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales con el objeto de facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones se está haciendo referencia, entre otras cosas, a lo que hemos denominado y desarrollamos en esta investigación como Espacio Penitenciario Europeo”.

- El Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (1966).

De los documentos citados se extrae, con distintos matices y enfoques, la idea de que la ejecución de una pena de prisión debe estar orientada hacia la resocialización, incidiendo en que ha de inculcarse en los penados el sentido de la responsabilidad y la voluntad de vivir conforme a la ley (y en crear en ellos la aptitud para hacerlo), así como en que debe proporcionarse a las personas presas la posibilidad de aprovechar el tiempo en prisión a través de un tratamiento adaptado a sus necesidades.

Conforme al primer inciso del art. 25.2 CE (ubicado en el Título primero, Capítulo segundo, Sección primera de la CE, relativa a los derechos fundamentales y las libertades públicas), “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”.

Desde el ATC 486/1985 este órgano ha declarado reiteradamente que el art. 25.2 CE no contiene un derecho subjetivo, ni menos aún un derecho fundamental, susceptible de protección en vía de amparo, sino tan sólo un mandato del constituyente al legislador y a las administraciones penitenciarias para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad, que, como tal, puede servir de parámetro de ponderación de la constitucionalidad del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. Así, y desde esta perspectiva, no se trata tanto de valorar una concreta pena privativa de libertad en relación con la reeducación/reinserción del penado, como de su ponderación en el marco de un sistema en el que son piezas claves instituciones como la suspensión condicional, las formas sustitutivas de la prisión o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena” (por todas, SSTC 120/2000, 115/2003, 299/2005 o 68/2012).

Del mismo modo, el TC ha señalado que el art. 25.2 CE no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad ni, por lo tanto, que haya de considerarse contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad (por todas, SSTC 167/2003, 68/2012 y 116/2012). De hecho, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que las

sanciones y medidas privativas de derechos que operan en diferentes estratos temporales —desde la conminación abstracta hasta el momento de ejecución efectiva de la sanción impuesta— lo hacen con distintas finalidades: retribución, prevención general (tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales) y prevención especial (como mera inocuización o como rehabilitación, esta última se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución, en la que se materializa la afección al derecho a la libertad), si bien el art. 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajuste de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución, ni ha optado por uno de los posibles fines.

Es evidente que este entramado de funciones de la pena no está libre de tensiones, en la medida en que lo necesario para la satisfacción de la prevención general, en lo relativo a la decisión sobre el “si” y el “cuánto” de la pena a imponer, puede no ser lo idóneo o lo más aconsejable desde la óptica de la reinserción social, siendo labor del legislador y de los órganos de aplicación y ejecución de las penas la articulación de las relaciones entre ellos, a partir de los instrumentos de que dispone (por ejemplo, al limitar la aplicación de las figuras de la suspensión y la sustitución a penas máximas de dos años, aun cuando pudiera considerarse que el autor de un delito con pena superior a la prevista en dichos preceptos no necesita del ingreso en prisión para su reinserción social, en cuyo caso la privación de libertad se justificaría solo en necesidades de prevención general o retribución).

Por más que la resocialización (y sus más o menos equivalentes: reeducación, reinserción, rehabilitación) no sea el único fin posible de la pena, si se parte de que constituye un parámetro para valorar la constitucionalidad del sistema de ejecución de penas, parece razonable inferir que dicho fin no debe quedar impedido. Ello implicaría que una situación que impida *a priori* cualquier mínima posibilidad de reeducación y reinserción social debería quedar excluida, ya que el art. 25.2 constituye un mandato dirigido al legislador a diseñar políticas legislativas que, teniendo en cuenta que el penado deberá volver a la vida libertad, lo preparen para que sea capaz de respetar la Ley penal una vez finalice el internamiento (art. 59 Ley Orgánica General Penitenciaria —LOGP—).

En conexión con ese mandato, debe traerse a colación que el art. 25. 2 dispone que: a) los condenados a pena de prisión gozarán de los derechos

fundamentales que no se hayan visto expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria; b) que, en todo caso, tendrán derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. Tanto la Exposición de motivos como el art. 3 de la LOGP, así como el art. 4 del RP, desarrollan el contenido de esta previsión, obligando a las administraciones penitenciarias a asumir responsabilidades en relación con los derechos e intereses de los reclusos no afectados por la condena, e incidiendo en que debe respetarse la personalidad de los internos.

Cabe plantear si, en casos en los que la perspectiva de la liberación se produce tras un período extremadamente prolongado, puede entenderse que se está vaciando de contenido el art. 25.2 CE, pudiendo incluso llegar a considerar dicha privación de libertad un trato degradante. Así, en sentencias de los años noventa, el TS puso de relieve que el mandato constitucional de resocialización resulta imposible o muy difícil de conseguir cuando se produce una excesiva exasperación de las penas, exasperación que, de superar los 30 años de prisión, además de desentenderse de la inspiración constitucional rehabilitadora, supondría un trato inhumano proscrito por el art. 15 de la Constitución (STS 1822/1994).

No obstante, las reformas legislativas recientes han ido introduciendo penas temporales de máximos cada vez más elevados (a partir de la LO 7/2003 el máximo es de 40 años para los condenados por dos o más delitos de terrorismo cuando alguno de ellos esté castigado por ley con pena superior a 20 años y a partir de 2015 la pena de prisión permanente). Y los máximos se ven complementados en fase de ejecución por reglas que, al establecer un período de seguridad y restringir el acceso al tercer grado y a la libertad condicional, así como a los beneficios penitenciarios y los permisos de salida, están claramente dirigidas al cumplimiento íntegro en régimen ordinario y sin salidas de ninguna clase.

Cabe señalar, además, que en los casos en que se imponen penas de larga duración (como suele ser el caso de los penados por delitos de terrorismo, en los que este elemento ya se toma en consideración por el legislador y el aplicador para exasperar las penas respecto a los 'delitos comunes'), el TC ha manifestado que el argumento relativo a la irrepetibilidad del mismo tipo de

comportamiento no parece suficiente para negar la finalidad rehabilitadora de la pena, ya que ello conduciría a la insostenible consecuencia de la ilegitimidad de toda pena frente a hechos que por su naturaleza o por sus circunstancias no admitan reiteración (STC 55/1996).

Si se atiende a la jurisprudencia del TEDH, ha de ponerse de relieve que el Tribunal ha tenido ocasión de manifestar que las penas de prisión han de ir orientadas hacia la reinserción y que han de estar presididas por el objetivo de hacer del penado una persona capaz de comportarse con responsabilidad y de llevar una vida libre de delitos (véase por todas sólo *Dickson v. Reino Unido*, 2007; *Boulois v. Luxemburgo*, 2012 y *Vinter et alter v. Reino Unido*, 2013).

En relación con personas presas —preventivas y penadas— se puede concluir que no hay sentencias de este Tribunal que tengan trascendencia en España, ni obligaciones impuestas por el TEDH al respecto, puesto que la Corte Europea no ha tenido que resolver ninguna demanda presentada por “presos comunes” en el marco del cumplimiento de la pena privativa de libertad, es decir, no ha habido demandas en materia de derecho estrictamente penitenciario⁴⁵².

En la práctica habitual de los juzgados y tribunales en materia penitenciaria, no se cita (salvo raras excepciones) jurisprudencia del TEDH⁴⁵³. La cuestión está en que, muchos de los presos no saben cómo llegar al TEDH, no tienen medios económicos para llegar hasta él y en España no se contempla la posibilidad de acudir al TEDH asistido de letrado de justicia gratuita. No se contempla la posibilidad de solicitar un abogado del turno de oficio en materia de TEDH. De hecho no existe en ninguno de los Colegios de Abogados de España un turno específico de Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por otro lado, los presos dejan transcurrir en muchas ocasiones el plazo de los 6 meses. En el ámbito

⁴⁵² Aunque sí sería extrapolable las recomendaciones que se hacen sobre una investigación eficaz al caso de los malos tratos dentro de prisión alegados por presos comunes.

⁴⁵³ Véase a este respecto la jurisprudencia en materia penitenciaria que cada año edita la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: *Jurisprudencia penitenciaria*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior, en <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/publicaciones.html>

penitenciario puede concluirse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue siendo una figura bastante desconocida, abstracta y lejana⁴⁵⁴.

La Secretaría General Técnica de Instituciones Penitenciarias, a través de la Central Penitenciaria de Observación y del Ministerio del Interior, realiza cada año un estudio pormenorizado de las resoluciones⁴⁵⁵ más relevantes en materia penitenciaria concerniente a España y que por tanto tienen trascendencia jurídica en todo el territorio. Fruto de ello, cada año publica un libro titulado *Jurisprudencia penitenciaria*.

En las publicaciones oficiales como la que acabo de mencionar llama poderosamente la atención lo poco que se cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que viene a evidenciar la escasa trascendencia que tiene. Tan sólo —para que el lector pueda visualizar la escasa repercusión que tiene éste en nuestro derecho interno— se cita en los últimos años a las siguientes sentencias dictadas por el TEDH:

⁴⁵⁴ Preguntados algunos presos sobre el motivo por el que no quieren recurrir al TEDH alegan que: *“yo una vez que me haya licenciado definitivamente no quiero saber nada de tribunales, cuanto más lejos mejor”*; *“eso es sólo para los ricos, para los de Eta que tienen abogados muy caros”*; *“me da miedo que me revisen mi condena y salga peor parado”*; *“no me fío de ningún juez, mejor pasar desapercibido, cumplir la condena y acabar con todo esto”*; *“puf, estoy cansado ya de tribunales, y con lo que tarda.....”* *“no quiero sufrir las consecuencias por llegar hasta allí”*; *“no sabía que sólo tenía 6 meses para presentar el recurso”*; *“no sabía cómo se hacía”* (sic). Dichas respuestas han sido obtenidas a través de un formulario que se distribuyó entre 1.000 presos. Véase a este respecto el informe de CABRERA CABRERA - RÍOS MARTÍN - SEGOVIA BERNABÉ (2010).

⁴⁵⁵ De los juzgados de vigilancia penitenciaria, de las secciones de la audiencia provincial que resuelven los recursos de apelación contra los autos de los juzgados de vigilancia penitenciaria, de los últimos tribunales sentenciadores en materia de tercer grado y libertad condicional, de los juzgados de instrucción que ordenan la prisión preventiva y de los juzgados de ejecución penal que ejecutan la pena; así como del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Sentencia 98/2010 de fecha 28/09/10 sobre prisión preventiva bajo fianza de cuantía elevada impuesta al capitán del buque Prestige⁴⁵⁶, en el que España no resulta condenada por vulneración del art. 5 del Convenio. Pero de dicha sentencia se extrapolan algunas argumentaciones para el ámbito penitenciario.
- Sentencia 45/2010 de fecha 02/03/10, sobre prisión provisional impuesta a un interno con enfermedades durante un plazo razonable⁴⁵⁷. Pero dicha sentencia es sobre un caso relativo a Polonia. El demandante alega que debido al prolongado mantenimiento en situación de prisión provisional, pese a su preocupante estado de salud, sufrió un trato contrario al artículo 3 del Convenio. Asimismo, el demandante se queja, al amparo del artículo 5.3 del Convenio, de la duración de su prisión preventiva. En este caso tampoco hay condena para el Estado polaco.
- Sentencia 21/10/2013 sobre acumulación de condenas y tiempo máximo de cumplimiento en prisión, estimándose en la ilegalidad de la 'doctrina parot'. Caso Inés del Río. Se condena a España por vulneración del art. 6⁴⁵⁸.

Por tanto y concluyendo, las sentencias con trascendencia para España en materia de personas privadas de libertad, se encuentran casi exclusivamente en el ámbito de los presos de la organización terrorista ETA, por la inefectiva investigación que llevó a cabo España ante los supuestos tratos inhumanos que recibieron en el marco de la detención incomunicada, no existiendo ninguna otra obligación para España en materia penitenciaria.

Como se decía supra y se aborda a lo largo de diversos apartados de este trabajo, sobre todo la LO 7/2003, en un proceso que parece culminar, de momento, la LO 1/2015, están produciendo una más que relevante alteración del

⁴⁵⁶ Jurisprudencia penitenciaria 2010. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior, pp. 295 y ss.

⁴⁵⁷ Jurisprudencia penitenciaria 2010. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior, pp. 324 y ss.

⁴⁵⁸ Jurisprudencia penitenciaria 2013. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior, pp. 18 y ss.

equilibrio entre los fines de las penas que, partiendo del texto constitucional, se había desarrollado jurisprudencial y doctrinalmente.

Reiterando lo dicho en la valoración político-criminal de la evolución legislativa, y lo que se dirá en el análisis detallado de las regulaciones que plasman el cambio de fundamentación político-criminal, no solo en el llamado subsistema de excepción de ejecución de penas para delitos de terrorismo, sino con carácter general, la situación actual, respecto a la primera configuración legal del marco constitucional de la ejecución de las penas, es la de una evidente jibarización del alcance del mandato de orientar las penas a la resocialización y reinserción social y, consecuentemente, ligados como están en la jurisprudencia constitucional, del alcance de la prohibición de penas inhumanas o degradantes.

La presión neoretribucionista, la insaciable tendencia preventivo-general positiva, el populismo punitivo, el uso meramente simbólico del derecho penal, junto con la respuesta casi exclusivamente inocuizadora ante la peligrosidad criminal, dejan en muchos casos, y principalmente en el de los delitos más graves y en el de los delitos que más alarma social generan, un margen escasísimo a la efectividad de la reinserción social, un horizonte mínimo y lejanísimo de reinserción —en muchas ocasiones irá más allá de la esperanza de vida, por lo que la excarcelación en el final de la vida por aplicación de los arts. 104.4º RP y 91 CP 2015 será la única esperanza de algunas personas presas— y consecuentemente una reducción importante de las posibilidades de resocialización.

Como se comenta al analizar someramente la LO 1/2015, las condenas a 30 o 40 años, sin posibilidad de revisión, o la pena de prisión permanente, ciertamente no eliminan absolutamente las posibilidades de reinserción social —en ese caso serían diáfananamente inconstitucionales— pero las alejan tanto en el tiempo que, siendo cierto que la prisión perpetua no es ni mucho menos una pena desconocida en nuestro entorno jurídico, configuran el régimen de penas de larga duración más largo de Europa, al establecer los plazos de revisión entre los 25 y los 35 años, esto es, más allá del límite establecido por la jurisprudencia del TEDH (STEDH de 3 de febrero de 2015, caso HUTCHINSON c. Reino Unido,

recurso nº 57592/08⁴⁵⁹), que venía cifrando en 25 años el máximo de tiempo en el que se debe poder acceder a la revisión de la prisión perpetua.

Además, en los casos de concurso de delitos con penas de larga duración y en la prisión permanente se establecen también restricciones temporales, muy importantes, para el acceso a permisos —que tienen entre sus funciones la humanización de cumplimiento y la preparación de la vida en libertad— o a los regímenes de semilibertad propios del tercer grado; plazos mínimos incrementados para los delitos de terrorismo. Y además, en el caso de organizaciones y grupos criminales, incluidas las terroristas, y en los delitos de terrorismo, se establecen criterios de acceso al tercer grado —por demás ambiguos y preñados de riesgo de arbitrariedad y control ideológico— ajenos a la resocialización, como es el de la delación.

Es decir, que se establecen medidas que tienden a reducir las posibilidades de individualización de la pena y a reducir las posibilidades de reinserción social (permisos, tercer grado y libertad condicional), aunque se produzca la resocialización del penado, esto es, aunque se logre el fin preventivo-especial de la pena.

En definitiva, sin modificar la cristalización del pacto social que es la Constitución, las principales fuerzas políticas, sobre todo en los momentos de mayoría absoluta de la derecha, están produciendo un nuevo pacto social en relación con el contenido de los derechos fundamentales en materia penal y al equilibrio entre los valores constitucionales de libertad, igualdad y justicia. La reinserción social y la humanidad en la ejecución de las penas, en punto a su duración, quedan reducidas a la mínima expresión posible de mera pátina de legitimidad formal; cómo se ve en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, una obligación meramente formal que se esgrime defensivamente por imperativo legal (constitucional) en su vertiente meramente omisiva de no impedir completamente desprovista de contenido positivo alguno de orientación e

⁴⁵⁹ También en las SSTEDH de 12 de febrero de 2008 en el caso Kafkaris vs. Chipre (21906/04); la sentencia de 3 de noviembre de 2009 en el caso Meixner vs. Alemania (26958/07) y la sentencia de 13 de noviembre de 2014 en el caso caso Affaire Bodein vs. Francia (40014/10) se admite la compatibilidad de la prisión perpetua con la CEDH.

información de la ejecución de las penas privativas de libertad; nueva concepción constitucional que el Tribunal Constitucional previsiblemente avalará en el recurso de inconstitucionalidad presentado por casi todos los grupos parlamentarios de la oposición. El siguiente paso solamente podría ser la reforma constitucional, para juridificar la preeminencia absoluta de la retribución y la inocuización en el derecho penal español contemporáneo.

B. Destino de cumplimiento: la dispersión

Al ingresar en prisión o al iniciarse el cumplimiento de la pena, en la determinación del destino de cumplimiento con carácter general prima el criterio de cercanía a la ciudad o provincia de residencia familiar, sobre todo para los que no tienen antecedentes penales y para los que no son conflictivos. Sin embargo, muchas personas se encuentran cumpliendo condena en cárceles situadas fuera de las provincias de residencia familiar. Ello es debido a que entre los criterios que se utilizan en la distribución de los presos predomina, sobre todo, la seguridad y el orden interno de la cárcel. Cualquier recluso, a lo largo de la condena, puede verse involucrado en situaciones conflictivas que motiven el traslado a prisiones situadas lejos de la provincia de residencia familiar. De ahí que no sea infrecuente que la Administración penitenciaria utilice el traslado como sanción encubierta, como un medio para solucionar una situación conflictiva, o como forma de desprenderse de un preso «molesto» o «reivindicativo».

Las razones y los preceptos legales en los que se establece y justifica la proximidad de la cárcel al domicilio habitual del condenado, y que, por tanto, van a fundamentar el cumplimiento legal de la administración penitenciaria en la distribución de los penados, atienden a las siguientes consideraciones:

a) El cumplimiento de las penas privativas de libertad debe estar orientado a la reeducación y a la reinserción social de los penados (arts. 25 CE y 1 LOGP). Este mandato exige considerar que las personas condenadas a penas privativas de libertad no son seres eliminados de la sociedad, sino que son personas que deben continuar formando parte activa de la comunidad social.

Para la observancia de esta consideración, el precepto constitucional resocializador mantiene una doble exigencia. Por un lado, el favorecimiento del contacto activo recluso-sociedad, que exige a la Administración penitenciaria el inicio de un proceso de integración social del recluso a través del mantenimiento/potenciación de los vínculos sociales —familiares, amigos, comunidad social— que tenga el ciudadano antes del ingreso en la cárcel. Por otro, la necesidad de evitar el desarraigo social que entorpezca el proceso de integración social y de recuperación personal. A este fin, los criterios de actuación de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en materia de

ubicación de penados/lugar de cumplimiento, deben ir encaminados a evitar que el cumplimiento de la condena origine un desarraigo familiar motivado por el alejamiento geográfico entre la cárcel y el domicilio. El desarraigo se intensifica cuando el ciudadano preso no puede comunicar con sus familiares por cuestiones económicas, es decir, cuando estos no disponen de medios materiales o económicos suficientes para desplazarse hasta la cárcel. La expresión de esta situación viene avalada no sólo por la precaria situación económica de la gran parte de las familias de los presos, sino también por los datos⁴⁶⁰: la frecuencia de las comunicaciones entre presos y familias cuando estas residen en la misma provincia que el lugar de ubicación de la cárcel es más elevado (comunican el 89%), que cuando no es así (distinta ubicación cárcel/domicilio familiar), en cuyo caso comunican solamente 53% de las personas condenadas. El incumplimiento de esta orientación constitucional genera situaciones de desarraigo que entorpecen la integración social y la recuperación personal en el ámbito relacional.

b) Yendo incluso más allá que la propia Constitución, el art. 1 LOGP coloca en el dintel de la ley que *“Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad”*. Por su parte el art. 12.1 LOGP establece que *“La ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada uno cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”*. El art. 9 RP 1981 por su parte señalaba que *“1. La ubicación de los Establecimientos será fijada por la Administración Penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen que, en la medida de lo posible, coincidirán con las que constituyan el mapa del Estado de las Autonomías. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados. 2. En cada una de las áreas territoriales deberá existir, al menos, un Establecimiento de preventivos por provincia, y un Establecimiento de cumplimiento de régimen ordinario y otro para jóvenes”*. Sin

⁴⁶⁰ RÍOS MARTÍN - CABRERA CABRERA (1998 y 2002).

embargo el RP vigente solamente hace referencia a la evitación del desarraigo en el art. 116.1º, en relación con los programas permanentes relativos a drogodependencias, sin perjuicio de que obviamente recoge en su art. 2 el mandato constitucional y legal de orientar las penas a la reeducación y reinserción social; anuncia como principio inspirador del cumplimiento de las penas privativas de libertad (art. 3.3º) que el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad y que se deben favorecer los vínculos sociales; y entre los derechos de las personas reclusas recoge (art. 4.2.e) el derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación, derecho que se puede ver perjudicado por la política de destinos y traslados. Sin embargo, el RP 1996, ya en marcha la política de dispersión, se cuida de no recoger específicamente la cuestión ni al tratar de los establecimientos penitenciarios, ni de la organización general ni de la separación y clasificación, pero, conforme a lo establecido en el art. 79 LOGP, reitera (art. 31) que “el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios”. En definitiva, a falta de previsiones específicas más allá del art. 12 LOGP en relación con el destino territorial de cumplimiento de la pena, el principio general de cumplimiento de la pena en el lugar que favorezca la relación con el exterior, específicamente con su entorno familiar, y el arraigo del penado se infiere de los principios generales de los arts. 2 y 3 RP.

c) La Ley Penitenciaria establece que la pretensión del tratamiento es “hacer del interno una persona con la intención y capacidad de vivir respetando la ley penal... se intentará desarrollar una actividad de respeto a sí mismos, y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia...”; objetivos que exigen para su cumplimiento que el recluso resida en una cárcel ubicada en el lugar de arraigo familiar, social y eventualmente laboral.

La falta de respeto a este principio general es continuamente motivo de preocupación en los informes del Defensor del Pueblo. En algunos señala que ha comprobado que buen número de las quejas que espontáneamente plantean los internos vienen referidas al alejamiento que sufren respecto de sus familias, sin que aparentemente existan motivos para ello distintos de la mera falta de plazas.

No obstante, no se considera la cercanía familiar como único criterio, sino que, con base en el art. 72 LOGP, referente al tratamiento y a la consecuente

clasificación, régimen y destino, se señala que a la hora de determinar el centro penitenciario más adecuado se deberá examinar en cada caso concreto cuáles son las circunstancias personales, procesales y penitenciarias que con orientación al tratamiento aconsejen el destino a un establecimiento u otro.

La mayor parte de las personas presas por delitos de terrorismo se encuentran, desde 1989, cumpliendo sus condenas en cárceles alejadas del País Vasco. Alejadas, esto es: a cientos de kilómetros de su lugar habitual de residencia de forma que sus familiares y amigos debe recorrer dicha distancia, con la frecuencia que les permitan sus condiciones personales y económicas, para poder realizar las visitas y comunicaciones que los artículos 51 a 53 LOGP y 41 a 49 del RP permiten.

Del artículo 25.2º CE y de los arts. 2,3 y 12 LOGP se infiere que como regla general las penas deben cumplirse en el lugar que propicie la reinserción, evite el desarraigo social y favorezca los vínculos con el exterior. La legalidad de la dispersión se ha defendido siempre en que, carente de una obligación específica, la eficacia general del mandato de orientar todos los aspectos del cumplimiento de las penas a la reeducación y reinserción de los penados y siendo uno de los elementos centrales de la delincuencia terrorista la vinculación a la organización terrorista, el “programa de separación en diferentes centros penitenciarios” se justifica en “propiciar la desvinculación del colectivo”, aunque supusiera una ruptura con la pauta del art. 12 LOGP y, al tiempo, importantes consecuencias gravosas para los internos y sus familiares. La decisión del alejamiento y dispersión de los presos de ETA no se basa, en cualquiera de los casos, en ningún precepto legal específico sino en la interpretación de los objetivos tratamentales.

Por otro lado, el destino de cumplimiento no está sometido realmente a una eficaz tutela judicial efectiva de los tribunales. A pesar de las funciones de salvaguarda de los derechos de los internos y de corrección de abusos y desviaciones que el art. 76 LOGP atribuye al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y a pesar de estar el lugar de cumplimiento tan ligado al principio de resocialización, al derecho a la vida familiar u otros derechos, el control de este aspecto se atribuye a los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Así, recientemente, el Auto JCVP de 25 de marzo de 2015, uno de los que desestima la petición colectiva individualmente presentada por personas presas

afines al colectivo de presos de ETA (EPPK), rechaza su competencia, salvo en situaciones excepcionales que no concurrirían:

“1º) Según resulta de lo dispuesto en el Art. 79 de la LOGP y 31 del RP, corresponde a la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, en exclusiva, la competencia para designar el Centro Penitenciario de destino y traslado de los internos (RD. 190/96 de 28 de julio de estructura orgánica básica del Ministerio del Interior) [sic]. 2º) En relación a dicha cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en Sentencia 138/86 de 7 de noviembre, al señalar que no se atribuye al Juez de Vigilancia la competencia para conocer de los recursos contra las Resoluciones de la Dirección General que afecten al traslado de los penados de un Establecimiento a otro; traslado que es atribución de ese organismo, por lo que deberá, en su caso, dilucidarse por la vía administrativa y agotada ésta, por los correspondientes recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. 3º) Del mismo modo, también, se ha pronunciado sobre dicha cuestión el Tribunal Supremo en Sentencia de 5.12.1986, al señalar que lo establecido en el Artículo 18 de la LOGP “no es sino la ineludible consecuencia de las atribuciones reconocidas a los órganos penitenciarios, pues si les corresponde organizar las instituciones, gestionar la total actividad penitenciaria y fijar la ubicación de los establecimientos, lógicamente debe serles reconocida como función propia la distribución de los penados entre aquéllos, máxime cuando habrán de ser especialmente tenidos en cuenta, tanto la naturaleza de los Centros, como el número de plazas existentes”⁴⁶¹; circunstancias que no podrá realmente ponderar el órgano jurisdiccional, debiendo, además, añadirse que respecto de esta concreta actividad penitenciaria, de naturaleza administrativa, no tiene atribuida específica competencia el Juzgado de Vigilancia”. 4º) Finalmente, existen diversas Sentencias dictadas por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que se pronuncian en el mismo sentido, entre las que cabe destacar: Sentencias 16 y 17 de 1.986, en relación a conflicto planteado entre el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Barcelona, que establecen que el destino de la interna se enmarca dentro de la actividad de carácter administrativo,

⁴⁶¹ Argumento que podría tener sentido en casos individuales ordinarios, pero poco sentido tiene ante una decisión colectiva en relación con los reclusos por un tipo de delitos.

consecuencia de las atribuciones reconocidas a los órganos penitenciarios de la organización de las instituciones, gestión de la total actividad penitenciaria y de fijar la situación de los Centros. Sentencia 4/2004, en relación a conflicto planteado entre la Delegación del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Ceuta y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Ceuta , que señala que el traslado de un penado a un establecimiento compete a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en exclusiva, siendo atribución del Juez de Vigilancia Penitenciaria la de controlar la corrección del acuerdo de regresión de grado (es decir, únicamente en lo relativo a la clasificación penitenciaria). En parecidos términos cabe citar, entre otras, las Sentencias del citado Tribunal de Conflictos 5/88, 2/91, 4/95, 18/98, 3/02 y 10/12. III. En definitiva, constituyendo cuestión clara e indiscutible que la competencia exclusiva para decidir sobre el destino o traslado de los internos en los diferentes Centros Penitenciarios está residenciada en la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, se trata de dilucidar si la resolución administrativa de traslado o denegatoria del mismo está o no sujeta al control del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y, en su caso, en qué supuestos o en qué términos puede estarlo. A tales efectos, debe tenerse presente que: 1º. Que, en todo caso, la decisión administrativa sobre traslado o destino en Centro Penitenciario se encuentra sometida a control judicial, si bien, atribuido a la jurisdicción contencioso - administrativa, y 2º. Que, no obstante lo anterior, el Art. 76. 1 y 76. 2 g) de la LOGP atribuye al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la función de salvaguarda de los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueden producirse y, especialmente, acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos. Por tanto, cabe concluir que la posibilidad de control de la decisión de traslado de Centro Penitenciario por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es ciertamente excepcional, en cuanto que el control judicial establecido al respecto es el de la jurisdicción contencioso-administrativa (previo agotamiento de la vía administrativa), de modo que el mismo sólo puede operar, previa acreditación o constancia de que la referida resolución administrativa ha producido una clara vulneración de los derechos fundamentales y penitenciarios del interno susceptible de ser corregida por la vía de traslado de Centro Penitenciario. V.- En definitiva, no consta acreditada en autos una concreta vulneración de ninguno de los derechos alegados por el interno susceptibles de corregirse por medio de un traslado, y tampoco cabe considerar trato inhumano ni degradante en si mismo el hecho del cumplimiento de la condena en Centro Penitenciario

distinto del que solicita el interno como de su preferencia. De hecho, tal y como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-10-2011 (Sec. 3ª de Sala de lo Contencioso -Administrativo), y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18-10-11 (Sec. 9ª Sala de lo Contencioso -Administrativo), el Art. 12.1 de la LOGP no recoge un mandato dirigido a la Administración, sino que presenta un carácter orientativo para la Administración Penitenciaria, sin que se configure derecho subjetivo alguno de los internos a cumplir condena en Centros Penitenciarios próximos a su domicilio o residencia habitual. Vista, además, la reciente Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec (2014), de 19 de Febrero de 2014, relativa a delitos en el crimen organizado y/o terrorismo⁴⁶², procede la desestimación de la queja formulada, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal. En Conclusión: - Tal y como se ha relatado anteriormente, en el presente caso no se acredita ninguna vulneración de los derechos alegados que sea susceptible de corrección o amparo por medio de un traslado de Centro Penitenciario, y - Debe recordarse que, con carácter general, la corrección de eventuales abusos y/o desviaciones en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario o vulneración de los derechos fundamentales o penitenciarios no se produce vía traslado, sino por la vía de la queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, conforme al Art. 76 de la LOGP, y que, precisamente en relación al traslado, queda a salvo el derecho del interno a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez agotada la vía administrativa previa.”

Autores como LAMARCA PÉREZ (2013, p. 46) han pedido el fin de la dispersión, esto es, aplicar el régimen ordinario. PORTILLA CONTRERAS (2002, pp. 89 y ss.) entiende que la dispersión infringe la legislación penitenciaria. Sin embargo, CASTRO ANTONIO (2013, p. 126) entiende que ha tenido efectos muy importantes sobre el control, la seguridad, el ánimo de las personas presas

⁴⁶² No se ha encontrado una recomendación como la referida por el JCVP. Se ha encontrado la Recomendación CM/Rec (2014) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros en relación con los delincuentes peligrosos: “persona que ha sido condenado por un grave delito violento sexual o muy grave contra las personas, y que presenta una alta probabilidad de volver a ofender con más graves crímenes violentos sexuales o muy graves contra las personas”, que solo muy lejanamente puede entenderse aplicable a lo que dice el JCVP y en todo caso no nos dice a la vista de qué precepto llega a esta conclusión.

y ha dificultado⁴⁶³ que la organización dé órdenes a las personas reclusas, pero también que ha aumentado el riesgo potencial para los funcionarios; para concluir que es legal —con una concepción un tanto formalista de lo legal—, tanto como lo que también se produjo con el último gobierno socialista, el destino a Nanclares.

La cercanía al domicilio familiar en el caso de condenados por delito de terrorismo y/o clasificados en primer grado no se cumple casi nunca. Debido a la política de dispersión de los presos que cumplen condena por delitos de terrorismo, estos están siempre en cárceles muy alejadas de sus domicilios familiares. También los presos que con clasificados en primer grado suelen estar muy lejos de sus familias. De este modo, se vulneran las Reglas penitenciarias europeas 17.1 y 17.3., que dicen: 17.1: *“Los internos deben ser destinados a prisiones situadas lo más cerca posible de su domicilio o de su centro de reinserción social”* y 17.3: *“En la medida de lo posible, los internos deben ser consultados en relación con su destino inicial y respecto a cada traslado posterior de una prisión a otra”*. Esta expresión de “en la medida de lo posible” permite a la Administración realizar excepciones, que debieran estar justificadas y suficientemente motivadas, de modo individual, pero no actuar a su antojo y no consultar con los presos sus destinos iniciales y sus traslados posteriores.

También el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH⁴⁶⁴ se ve afectado por las condiciones en que se cumpla la condena (véase Sentencia del TEDH del caso Khodorkovsky y Lebedev c. Rusia, de 25 de julio de 2013, especialmente párrafo 850 y respectivos). El respeto a este derecho exige mirar

⁴⁶³ Que no impedido, a la vista de la cohesión que al menos de cara al exterior se mantiene en el colectivo y de las continuas operaciones policiales en el denominado frente de cárceles; operaciones conocidas como ‘jaque’ y ‘mate’.

⁴⁶⁴ *“Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

con notas de excepcionalidad las restricciones a las visitas familiares, entre las cuales está la lejanía física que dificulte el contacto con la familia. A juicio del Tribunal, el Convenio no impide que se establezcan restricciones justificadas en razones de seguridad u otras legítimas, pero sí conmina a valorarlas desde el criterio de estricta necesidad.

Lo que a mi juicio resulta diáfano es que la generalidad del alejamiento de un grupo de personas presas en sí misma es sospechosa de ilegalidad. Si en cada caso concreto se toma una decisión individual y motivada, el juicio será distinto. Pero que de inicio, según se produce la clasificación con la firmeza de la primera sentencia condenatoria, se determine el destino de cumplimiento a un centro alejado del lugar de residencia, sin más motivación ni justificación que la naturaleza del delito, a mi juicio conculca los principios de la legislación penitenciaria y las recomendaciones internacionales.

Es la excepción la que debe justificarse, esto es, el alejamiento. La política de dispersión y alejamiento se ha justificado en la promoción de la reinserción social por medio de facilitar la libertad necesaria para desvincularse del grupo de presos que mantiene la disciplina del colectivo. Pues bien, no parece que los éxitos en esa materia avalen la política.

Al margen de las cuestiones de principio antes planteadas, entrando en el terreno de la utilidad, habría que preguntarse si no sería más eficaz para el proceso de reflexión personal que habría de conducir a la desvinculación si en muchos supuestos —la decisión requeriría una individualización para la que solo la administración penitenciaria tiene información— la cercanía a la familia podría ser un acicate. Y también el dato objetivo del cese de la actividad armada de ETA desde hace cuatro años, junto con la evolución de la sociedad vasca durante este periodo, habría de ser un elemento a tener en cuenta para revertir el principio general de dispersión y alejamiento.

Por otro lado, en mi opinión la dispersión produce efectos contraproducentes respecto a su finalidad declarada. Por un lado, la adopción y mantenimiento de una política de destinos y traslados con un coste económico y personal importante para las personas presas, sus familias y sus entornos —miles de personas— de dudosa legalidad, sentida como una arbitraria e ilegal sanción añadida por una mayoría de la sociedad vasca, propicia sentimientos de injusta victimización en las personas presas, sus familias y sus entornos y corrientes de

solidaridad y apoyo en sectores sociales ajenos⁴⁶⁵; lo que provoca aglutinamiento de presos, familias y entorno y actúa en sentido contrario al objetivo de desvinculación aducido. También la necesidad de hacer frente a los gastos y a la organización permite que los colectivos y asociaciones de apoyo a las personas presas mantengan dependientes y aglutinadas a las familias y a las propias personas presas en torno a un elemento tan sustancial y básico para ambas como el contacto personal periódico que suponen las comunicaciones y visitas⁴⁶⁶. A mi juicio, acabar con la dispersión y sus negativos efectos sobre presos, familias y entorno y sobre la legitimación de la ejecución de las penas sería un acierto estratégico para deslindar la vinculación ideológica de la vinculación sentimental.

Sin embargo, el Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley de la SGIIPP de 2012, según el cual *“La Administración Penitenciaria, además de garantizar el cumplimiento íntegro de la parte retributiva de la pena, tiene la obligación de propiciar el conjunto de actividades directamente encaminadas a conseguir la reeducación y reinserción social de los penados, de forma, que cumplida la condena, el penado retorne a la sociedad con la capacidad y la voluntad de vivir respetando la Ley”*, que dice buscar *“alentar evoluciones positivas de separación respecto al control que las organizaciones criminales mantienen sobre sus presos. Y que, dentro de la más estricta legalidad, oferte a los penados, que quieran de modo fehaciente su reinserción, un catálogo de actividades que facilite su absoluta desafección de*

⁴⁶⁵ Sin por supuesto asumir el concepto de víctimas de la dispersión empleado por Etxerat, no puede dejar de reconocerse que si en 25 años han muerto 16 personas en accidentes de tráfico dirigiéndose a visitar a familiar, el riesgo de tales desplazamientos es una realidad, al igual que el coste económico, al margen de que esté mejor o peor calculado (véase <http://www.etxerat.eus>).

⁴⁶⁶ Razón por la cual se dictó la ORDEN de 30 de julio de 2003, del Consejero de Justicia, Empleo y Seguridad Social, por la que se convocan ayudas destinadas a subvencionar desplazamientos para visitar a personas penadas o en prisión preventiva internas en un Centro penitenciario fuera de la Comunidad Autónoma del País Vasco [Boletín Oficial del País Vasco, núm. 169, de 1 de septiembre de 2003], como subvención a personas físicas familiares de personas internadas en centros penitenciarios alejados.

organizaciones terroristas⁴⁶⁷ prevé que “La fase de incorporación de internos, se realizará en todos los Centros Penitenciarios que alberguen reclusos vinculados con organizaciones terroristas. El desarrollo específico del Programa, se realizará, preferentemente, en Centros Penitenciarios ubicados en el País Vasco, aunque se ampliarán a otros próximos en función de las características de los penados que se incorporen al programa”, esto es, que los reclusos se incorporarían al Programa en el centro penitenciario alejado en el que estuvieran cumpliendo condena —para lo cual han debido, previamente, “acreditar el rechazo a la violencia y su desvinculación de la organización criminal”— y a partir de ahí el Programa de tratamiento se desarrollaría en centros penitenciarios en el País Vasco o en las cercanías. El rechazo a la violencia y la desvinculación de ETA, que forman parte de las condiciones para el acceso al tercer grado (art. 72.6º LOGP) y a la libertad condicional (90.8º CP), son tomados por la administración penitenciaria como un requisito para el destino a un centro de cumplimiento cercano a su lugar de reinserción. Además de un error estratégico, como luego se comentará, porque exige que se dé antes del ‘tratamiento’ un posible objetivo final de este⁴⁶⁸, constituye a mi juicio una evidencia clara de ilegalidad.

⁴⁶⁷ Desafección de organizaciones terroristas que, en el caso de ETA, una vez que esta ha cesado en su actividad terrorista y las excarcelaciones demuestran que los reclusos puestos en libertad no regresan a la actividad delictiva, en punto a valorar la peligrosidad criminal del recluso, ha perdido su importancia anterior. A día de hoy es posible valorar que un recluso que siga inserto en el EPPK (el autodenominado Colectivo de Presos Políticos Vascos en sus siglas en vasco), que siga justificando su pasada participación en la por ellos denominada ‘lucha armada’, a pesar de ello presente un pronóstico favorable de poder vivir en libertad respetando la ley penal.

⁴⁶⁸ Ángel Yuste Castillejo, Secretario General de Instituciones Penitenciarias. Comparecencia en el Congreso. Comisiones. BOCG nº 687, de 13 de noviembre de 2014, p. 37: “Cualquier terrorista o cualquier interno condenado por banda armada o similar tiene en su mano la posibilidad de estar como están los de la vía Nanclares en una prisión del norte. El programa de dispersión intenta proteger a los internos de una organización que todavía está viva y que en la cárcel, a través del EPPK, ejerce un control de los presos tan fuerte o más que lo hacía cuando mataba. Eso se lo puedo garantizar yo que tengo algo de experiencia en estos temas. Por lo tanto, es perfectamente posible. Algunos internos que se han asociado a la vía Nanclares han entrado en las prisiones vascas. Si un interno entra en una prisión vasca y lleva, como uno de

La política de dispersión y alejamiento fue iniciada en 1989 por el entonces Ministro de Justicia Enrique Múgica Herzog, quien siendo ya Defensor del Pueblo se manifestó en 2005 a favor de que se mantenga la dispersión de los etarras "hasta que pidan perdón por sus crímenes". "Yo fui el ministro que dispersó a los presos de ETA"; defendió que se mantenga esa política, porque "hay que construir Euskadi también sobre la memoria de las víctimas".

Como se puede observar, la justificación dada por el Ministro que acordó la política generalizada de dispersión no puede estar más lejos de los criterios comunes de resocialización. El Ministro la vincula —en coincidencia con otras voces que se suelen oír— a la satisfacción a las víctimas. La política de dispersión guardaría una relación con la memoria de las víctimas⁴⁶⁹ que no se alcanza a comprender. La memoria de las víctimas exige verdad, justicia y reparación. La dispersión en el cumplimiento de las penas de prisión no aporta

ellos, un acta notarial de repudio a la organización al poco tiempo está en tercer grado. Si no me falla la memoria, ese interno ya está en libertad condicional. Si cuando entra ese señor lo primero que dice es: Yo soy un preso político, yo no comparto celda, usted es un represor, naturalmente se va de ahí. No le vamos a dejar para que nos altere el gallinero. No sé si eso es fácil o difícil de entender. Vuelvo a insistir, cada interno de ETA tiene la solución a su problema en su mano. Desde luego, como no lo está es si quieren tener una solución colectiva impuesta y que no es legal, en mi modesta opinión ni en la de los tribunales españoles".

⁴⁶⁹ Preámbulo de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre: "*En efecto, memoria, dignidad, justicia y verdad, son las ideas fuerza que fundamentan el dispositivo normativo recogido en la presente Ley buscando en última instancia la reparación integral de la víctima. De acuerdo con estos cuatro principios fundamentales, el Estado reitera su compromiso de perseguir la derrota definitiva, incondicional y sin contrapartidas del terrorismo en todas sus manifestaciones.*

El valor de la memoria como la garantía última de que la sociedad española y sus instituciones representativas no van a olvidar nunca a los que perdieron la vida, sufrieron heridas físicas o psicológicas o vieron sacrificada su libertad como consecuencia del fanatismo terrorista. El Estado salvaguarda así el recuerdo de las víctimas del terrorismo con especial atención a su significado político, que se concreta en la defensa de todo aquello que el terrorismo pretende eliminar para imponer su proyecto totalitario y excluyente. La significación política de las víctimas exige su reconocimiento social y constituye una herramienta esencial para la deslegitimación ética, social y política del terrorismo. El recuerdo es así un acto de justicia y a la vez un instrumento civilizador, de educación en valores y de erradicación definitiva, a través de su deslegitimación social, del uso de la violencia para imponer ideas políticas".

nada a ninguno de los tres ejes de la ya clásica trilogía victimal. El Ministro lo vincula a la petición de perdón, lo que como es evidente no tiene respaldo legal alguno (en el art. 72.6º LOGP la petición de perdón es un medio de prueba del repudio a la actividad terrorista, no un requisito legal, que permite la progresión a tercer grado). Lo que propone el Ministro es forzar la libertad de conciencia mediante la presión personal y familiar que supone la dispersión.

Se oye también, contra la erogación de la política de dispersión, que los familiares de las víctimas mortales tienen que visitar a los suyos en los cementerios. Ciertamente es una realidad. Ahora bien, ¿qué principio o criterio extraemos de esa realidad? ¿Derecho a la venganza?

A mi juicio, uno de los problemas es que la dispersión se ha situado en una tesitura de no vuelta atrás. Como si fuera un derecho de las víctimas que las personas presas cumplan su pena alejadas de su lugar de reinserción, de modo que si se produce una sola e individual decisión conforme a la regla general de cumplimiento, se estaría vulnerando algún derecho de las víctimas y su propia memoria y reconocimiento como tales; como si cumplir la pena en Nanclares de la Oca, Burgos, El Dueso o Pamplona no fuera cumplimiento. Situar el debate en estos términos de irracionalidad no ayuda, sino al contrario, a dar una solución legal y racional.

Por otro lado, no puede olvidarse que la dispersión guarda una estrecha relación con el Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES), obra del entonces Director General de Instituciones Penitenciarias Antoni Asunción Hernández, responsable de su creación en 1991 mediante una Circular de 6 de marzo, secreta, como lo eran todas hasta el Reglamento Penitenciario de 1996, siendo Ministro De la Cuadra Salcedo (véase la Instrucción de la DGIP 21/1996, de 16 de diciembre).

El FIES, o los FIES, puesto que la denominación englobaba varios ficheros, entre ellos el más problemático FIES-1 o FIES-RE, constituía un régimen de vida especial al margen de la legalidad vigente. Tras ser anulado el apartado primero de la citada Instrucción por el Tribunal Supremo (STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 de marzo de 2009) vino a ser posteriormente “legalizado”, por el Reglamento de 1996 y su reforma por el RD 419/2011, de 25 de marzo. Hoy día se regula en las Instrucciones de la DGIP 12/2011, 8/2014 y 2/2015.

Por último, como se apuntaba, es notoria la disminución relevante de la peligrosidad que objetivamente entraña la renuncia definitiva a la violencia constatada a lo largo de dos años. ETA ha renunciado a lo específico del terrorismo y también, en último término, de las organizaciones o grupos delictivos, aunque todavía no haya llegado la entrega de las armas y la disolución. En consecuencia, también habría disminuido de forma relevante la peligrosidad que representan los miembros de ETA reclusos —sin perjuicio de valoraciones individuales—, que además han asumido personalmente la normativa penitenciaria y han renunciado de esta forma a su tradicional reivindicación de medidas de gracias para todos.

Sin embargo, señala GÓMEZ BENÍTEZ (2014, p. 7) que “garantizar la seguridad, el orden y la disciplina en los centros penitenciarios es también una función de la Administración penitenciaria (artículo 73.2 y 75.1 LOGP). La peligrosidad exterior de estos presos ha disminuido, sin duda, desde el alto el fuego definitivo, aunque no desaparecerá hasta que se haya producido el desarme y la disolución de la organización, pero para decidir sobre la aproximación de presos debe contemplarse también la seguridad interior de los establecimientos penitenciarios. Evitar el desarraigo social y familiar tiene, por tanto, que equilibrarse con otras funciones de la administración penitenciaria. El equilibrio se consigue mediante: • la reversibilidad legal del destino en un determinado Centro penitenciario en el País Vasco o próximo, si las circunstancias penitenciarias cambian • destinando a prisiones del País Vasco a los presos cuya proximidad social y familiar no suponga un riesgo para el orden y la seguridad en los centros penitenciarios (vía Nanclares, por ejemplo) • reduciendo la distancia del País Vasco de los demás”.

La vuelta atrás del subsistema penitenciario de excepción para los delitos de terrorismo podría comenzar por una de las pocas cuestiones que no presenta aún obstáculos legales para su concreción.

C. Clasificación en primer grado y régimen FIES

Establece la legislación penitenciaria que, en coherencia con el sistema de individualización científica, la clasificación penitenciaria (Capítulo II del Título IV del RP) responde a la individualización del tratamiento (art. 63 LOGP y 102.1 RP) y se realizará tomando en cuenta “no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento” (art. 63 LOGP y 102.2 RP), de modo que “siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar directamente por los que le preceden” (art. 72.3º LOGP) y “en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión” (art. 72.4º LOGP).

A cada persona presa se le asigna una clasificación penitenciaria (grado) al que corresponde un régimen de vida, dentro del cual puede haber diversas modalidades —régimen cerrado (clasificados en primer grado), ordinario (clasificados en segundo grado, también aplicables a los detenidos, presos preventivos, penados sin clasificar porque aún no se haya recibido el testimonio de la sentencia y penados sin clasificar que tengan decretada simultáneamente una prisión preventiva) y abierto (clasificados en tercer grado)— que se corresponde con un determinado régimen (conjunto de normas de convivencia) de vida en prisión (horarios de patio, cacheos, actividades, recuentos, permisos de salida) y que va a posibilitar la realización de un determinado tratamiento penitenciario.

No obstante, en la práctica los técnicos de instituciones penitenciarias han seguido con carácter general un sistema progresivo con unos plazos temporales consuetudinariamente establecidos al margen del sistema legal de

individualización científica sin apenas condicionantes temporales⁴⁷⁰. Salvo casos muy excepcionales de clasificación en tercer grado, cuando un preso ingresa en prisión o inicia el cumplimiento se le clasifica en segundo grado, a lo que corresponde el régimen de vida ordinario. A partir de ahí y a la vista de su evolución y otros factores accederá a permisos, cuando haya disfrutado de varios permisos sin incidencias y el penado tenga apoyo externo, una oferta laboral o concurran otros factores de reinserción social, accederá al tercer grado y después a la libertad condicional.

Legalmente se puede disfrutar de permisos a partir de la cuarta parte de cumplimiento, pero en la práctica solo se concederán cuando se acerque la clasificación en tercer grado, puesto las juntas de tratamiento suelen denegarlos por “lejanía de la fecha de cumplimiento de los tres cuartos de condena”.

Además, desde el año 2003 el legislador ha ido introduciendo nuevas disposiciones, propias del sistema progresivo, dando lugar al abandono de gran parte de los elementos de individualización científica hasta el punto de convertir en letra muerta algunos preceptos de la LOGP y RP. Primeramente introduciendo el periodo de seguridad —imposibilidad de ser clasificado en tercer grado hasta la mitad de la duración de la pena, en el caso de penas graves— en el art. 36.2 CP 2003. En segundo lugar para los supuestos de concurrencia de penas muy graves mediante la referencia a la suma total de penas para el cómputo de plazos de acceso a permisos y tercer grado en el art. 78 CP 2003. Por último, la reciente LO 1/2015 ahonda en previsiones de plazos propias de un sistema progresivo fundamentalmente como consecuencia de la introducción de la prisión permanente.

⁴⁷⁰ MANZANARES SAMANIEGO (2012, p. 1) entiende que los principios básicos del sistema de individualización científica fueron orillados por la propia ley orgánica que lo diseñó al prever por ejemplo la incidencia de la buena conducta penitenciaria en la libertad condicional y que el sistema de individualización científica es una variante del sistema progresivo, puesto que siempre han existido plazos temporales para el acceso a permisos (cuarta parte), para la clasificación en tercer grado (la cuarta parte, aunque fuera excepcional) y para la libertad condicional (tres cuartas partes, adelantables).

Por otro lado, la clasificación en primer grado no responde en todos sus extremos al tratamiento de acuerdo con el sistema de individualización científica. El art. 10 LOGP prevé un régimen excepcional y transitorio (*“La permanencia de los internos destinados a estos centros será por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso”*, art. 10.3º segundo párrafo LOGP): el régimen cerrado o en departamentos especiales, que *“se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos”* (art. 10.3º LOGP), *“para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto”* (art. 10.2º LOGP).

Esto es, debe concurrir una peligrosidad extrema objetivable desde el inicio de la condena o que en el curso del cumplimiento en régimen ordinario se manifieste la inadaptación.

Los factores que han de concurrir para la clasificación en primer grado y destino al régimen cerrado o a un departamento especial en aplicación del art. 10 LOGP se estipulan en el art. 102.5º RP⁴⁷¹:

“a) Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial. b) Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente

⁴⁷¹ Art. 43.3 RP 1981: *“3. Serán destinados a establecimientos de régimen cerrado o a departamentos especiales los penados clasificados en primer grado de tratamiento. Esta clasificación sólo podrá ser aplicada a penados calificados de peligrosidad extrema o a aquéllos cuya conducta sea de manifiesta inadaptación a los regímenes ordinario y abierto. La peligrosidad o inadaptación a que se refiere este apartado han de ser apreciadas por causas objetivas en resolución motivada. Tales apreciaciones se harán mediante valoración global de factores como: a) pertenencia a organizaciones delictivas; b) participación evidente como inductores o autores de motines, violencias físicas, amenazas o coacciones a funcionarios o internos; d) negativas al cumplimiento de sanciones disciplinarias, y e) número y cuantía de condenas y penas graves en período inicial de cumplimiento”*.

violentos. c) Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas⁴⁷², mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas. d) Participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas o coacciones. e) Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo. f) Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico”.

Es decir, que parece que pudiera dirigirse a la clasificación inicial en primer grado a los miembros de organizaciones delictivas o bandas armadas, al margen de que se aprecie peligrosidad o no, al margen de que se adapten al régimen ordinario o no. En mi opinión, una interpretación sistemática correcta lleva a colegir indefectiblemente que para una clasificación en primer grado debe haberse observado una personalidad violenta, agresiva o antisocial que denote un alto grado de peligrosidad criminal⁴⁷³. A ese elemento se refieren también los

⁴⁷² La Disposición Adicional Primera de la LO 5/2010 debería haber aprovechado para sustituir la expresión bandas armadas como hizo en los arts. 90, 170, 505, 573, 575, 577 y 580 del Código Penal.

⁴⁷³ Instrucción DGIP 9/2007: “La clasificación en primer grado, en consonancia con el art. 72 LOGP y 102.5 R.P., es un instrumento técnico que forma parte del sistema de individualización científica. La aplicación del régimen cerrado no es una sanción y su objetivo ha de ser obtener, en el menor tiempo posible, la reincorporación del interno al régimen ordinario. De ahí que los principios generales y básicos que han de inspirar la aplicación del régimen cerrado sean los siguientes: • Su carácter excepcional que implica que debe ser entendido como la última solución, cuando no existan otros mecanismos disponibles, dado que se trata de un régimen de vida que intensifica la desocialización y dificulta la reintegración y la reinserción del interno. • Transitoriedad. El tiempo que el interno esté en régimen cerrado ha de ser el imprescindible para reconducir sus conductas y actitudes hacia el régimen ordinario, de ahí que resulte imprescindible la intervención activa, intensa y dinámica con este grupo de internos. • Subsidiariedad. Su aplicación exige descartar las patologías psiquiátricas graves descompensadas que hayan de ser abordadas de forma especializada, lo que implica en todos los casos un análisis diagnóstico de personalidad a realizar por el psicólogo y un informe médico que aborde los aspectos vinculados a la salud mental. En toda decisión de aplicación de régimen

factores de “naturaleza de los delitos cometidos”, “comisión de actos que atenten contra la vida, la integridad física, la libertad sexual o la propiedad”, por lo que también debe entenderse que la pertenencia a una organización delictiva o a una banda armada debe ser considerado como un factor a valorar en orden a afirmar la peligrosidad y necesidad de sometimiento a un régimen cerrado.

No cabe duda de que los miembros de una banda armada o una organización terrorista pueden ser considerados peligrosos —no tanto por su personalidad, sino por el riesgo de fuga o de recibir o dar información a la organización terrorista (peligrosidad exterior)— de modo que su control requiera medidas especiales diferentes a las del régimen ordinario. Por otro lado, los presos de ETA han solido provocar alteraciones regimentales no violentas como plante

cerrado deben tenerse en cuenta tres factores principales: 1. El primero y siempre necesario es la valoración de los hechos objetivos a la luz del artículo 102.5 del R.P., ponderando la concurrencia de los factores allí reseñados. 2. El segundo la personalidad del interno, relacionada con su trayectoria anterior, su potencial de peligrosidad, su capacidad de liderazgo, edad, nivel de agresividad desarrollada, antecedentes psiquiátricos, etc... 3. Por último, las circunstancias descriptivas en el contexto de la situación: si es un hecho cometido en solitario o en grupo, su trascendencia en la dinámica del centro, etc. Estas tres perspectivas deben sustentar cualquier toma de decisión referida a la aplicación del régimen cerrado. Como viene a señalar el artículo 102.5 la calificación de peligrosidad extrema o de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, se apreciará por la Administración Penitenciaria en base a causas objetivas y en resolución motivada. La inadaptación tiene que ser grave, permanente y manifiesta. La gravedad ha de ser apreciada en función del riesgo para la integridad de sí mismos, de otras personas o de la ordenada convivencia dentro del Centro. La permanencia ha de manifestarse en una continuidad en el tiempo, siendo reflejo de una actitud interna trascendente en el interno. Por último, es preciso que la inadaptación sea manifiesta, es decir, que sea una circunstancia probada, no fundada en meras presunciones ni sospechas. Cuando únicamente concorra la circunstancia señalada en el apartado a) del art. 102.5 “naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial”, será preciso, en todo caso, que esta potencial peligrosidad se manifieste, tal y como hemos dicho anteriormente, en una inadaptación grave y permanente en el Centro, teniendo en cuenta, en todo caso, que la aplicación de este régimen tiene una dimensión temporal limitada por lo que no puede perpetuarse durante todo el tiempo de la condena. Por otra parte, puesto que el régimen cerrado en su modo de cumplimiento tiene analogías con el aislamiento en celda, será preciso que, al igual que en éste, en caso de aplicarse por la comisión de infracciones disciplinarias calificadas muy graves o graves, contemplada en el apartado e) del art. 102.5 del RP, sean sanciones que evidencien una especial agresividad o violencia”.

colectivos u otras acciones colectivas similares, además de que por ello suelen acumular un número importante de sanciones graves o muy graves.

Según GÓMEZ BENÍTEZ (2014, pp. 7-8) lo que justifica el primer grado es la personalidad violenta que puede poner en riesgo el orden y la convivencia en un centro penitenciario ordinario, por lo que no puede justificar la permanencia en el primer grado la sumisión de los reclusos a la disciplina de las organizaciones delictivas o bandas armadas por las que han sido condenados, salvo que ello afecte a la seguridad de las personas y justifique, por tanto, la separación de estos presos.

En consecuencia, a mi juicio, a día de hoy no puede justificarse una generalizada clasificación apriorística en primer grado⁴⁷⁴. En 2007, cuando se dictó la Instrucción SGIP 9/2007, de clasificación y destino de los penados, excluyó a los presos por terrorismo, que se seguirían rigiendo por la Instrucción 6/2006, de 22 de febrero (FIES, actualmente recogido en Instrucción 12/2011 e Instrucción 2/2015), sobre protocolo de actuación en materia de seguridad en centros penitenciarios. En esa fecha había 370 miembros de ETA, aproximadamente el 80 por ciento de los 462 totales, clasificados en primer grado. PÉREZ CEPEDA (1995, p. 245) cifraba en 215 en primer grado y 218 en

⁴⁷⁴ Coincido con GÓMEZ BENÍTEZ (2014, pp. 7-8): “• Este artículo solo es aplicable a quienes “pertenecen” a organizaciones delictivas o bandas armadas. Supuestos de terrorismo que no implican pertenencia a la organización (colaboración, apología, etcétera) quedan fuera de esta norma. 8 • Las organizaciones de apoyo a los presos de ETA no son delictivas ni bandas armadas, por lo que la simple vinculación de los presos con ellas no puede utilizarse como prueba de que siguen sometidos a la disciplina interna de ETA. Solo forman parte de ETA las organizaciones que el TS ha sentenciado como parte de esta organización. Téngase en cuenta que las normas sobre primer grado penitenciario no aluden al entorno de ETA, sino a las organizaciones delictivas o bandas armadas. • El rechazo individual de la violencia como medio de acción política y la aceptación individual de la legalidad penitenciaria son signos inequívocos de no sumisión a la disciplina de la organización y de no necesidad de separación de estos presos. • Esto serviría también para acreditar la ausencia de peligrosidad extrema y de inadaptación a las normas generales de convivencia, que fundamentan la clasificación en primer grado. • No hay que confundir lo que la ley exige para la clasificación en tercer grado con lo que exige para la desclasificación de un preso del primer grado y su subsiguiente clasificación en segundo grado, algo que confunde constantemente la Administración penitenciaria española”.

segundo o tercer grado. ZARAGOZA AGUADO (2013, p. 109) afirma que hay 533 presos de ETA en España, 150 en Francia, 80% penados y 124 presos preventivos. En octubre de 2011, según datos de la Audiencia Nacional, había 559 presos de ETA en España, 438 de ellos cumpliendo condena; 377 estarían en régimen cerrado y 180 en régimen ordinario.

El régimen de vida en primer grado se caracteriza por: absoluta separación del resto de la población reclusa, celdas individuales en todo caso, limitación de actividades, mayor control y vigilancia, programa de intervención específico por equipos técnicos especializados y estables, tres horas de patio diarias más tres horas de actividades programadas, registro diario de celda, cacheo diario al preso e integral si existen sospechas de que tenga objetos peligrosos, máximo un compañero de patio, máximo tres compañeros para actividades, comida por el pasa bandejas, duchas durante el tiempo de patio, y visitas médicas periódicas.

No obstante, es frecuente que se suavicen las estrictas condiciones del primer grado mediante el empleo del art. 100.2º RP. Así lo recomienda la Instrucción SGIP 9/2007, cuyo empleo es consecuente con la escasa peligrosidad interna de los reclusos por delitos de terrorismo de ETA:

“La utilización del principio de flexibilidad recogido en el art. 100.2 R.P, se considera una herramienta útil para ser aplicada antes de la progresión de los internos desde el régimen cerrado al régimen ordinario, entendida como estrategia tendente a consolidar la conducta, con pase a otros módulos, participación en actividades comunes, etc. durante un tiempo que se fijará individualmente y que podrá ir de uno a tres meses. Cuando se produzca el pase al régimen cerrado de un interno de perfil bajo, del que se prevea una estancia breve, se establecerá también, en base al mismo principio, un programa atemperado en algunas variables regimentales, dentro siempre de una estrategia que intente reflotarlo al régimen ordinario en el menor tiempo posible.”

Obviamente la clasificación en primer grado impide el disfrute de permisos ordinarios y por supuesto la progresión a tercer grado, por lo que, manteniéndose la política de clasificación generalizada en primer grado, resulta cercenado desde el inicio el empleo de mecanismos de reinserción social.

Por otro lado, al amparo de lo previsto en los arts. 6 y 65 RP, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, la Orden del Ministerio del Interior 1202/2011, de 4 de mayo y la Instrucción SGIP 12/2011, los condenados por delitos de terrorismo son adscritos a un Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES-3) cuyos efectos se regulan en la citada Instrucción nº 12/2011. Se declara que no tiene incidencia sobre el régimen de cumplimiento, pero en la práctica sí lo tiene.

El régimen FIES es utilizado por la administración penitenciaria con diversos y cuestionables objetivos de control. Inicialmente fue creado y desarrollado por las Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 6 de marzo de 1991, 28 de mayo de 1991⁴⁷⁵ y 28 de febrero de 1995 (Instrucción DGIP 8/1995). Tras la entrada en vigor del nuevo Reglamento Penitenciario y en virtud de su Disposición Transitoria Cuarta, se procedió a la refundición, armonización y adecuación de las Circulares, Instrucciones y Órdenes de servicio que existían hasta la fecha. A los fines que estamos tratando, se dictó la Instrucción DGIP 21/1996, que dejó sin efecto las anteriores normas administrativas que regulaban el Fichero de Internos de Especial Seguimiento. Posteriormente, el 22 de febrero de 2006 se dictó la Instrucción DGIP 6/2006, que, tras expresar la legalidad de la Instrucción DGIP 21/1996, modifica sustancialmente el contenido de cada fichero.

Se supone que la inclusión en el fichero en ningún caso prejuzga la clasificación del interno, ni veda el derecho al tratamiento, ni supone la fijación de un sistema de vida distinto del que reglamentariamente le venga determinado. En definitiva, se trata de una base de datos de carácter administrativo (por lo que se somete a la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal), que almacena datos de situación penal, procesal y penitenciaria de los internos como una prolongación del expediente personal penitenciario, pero lo cierto es que importa importantes restricciones en las condiciones penitenciarias.

⁴⁷⁵ Véase ZAPICO BARBEITO – RODRÍGUEZ MORO (2007, pp. 343-344).

Las SSTS Sala de lo Contencioso Sección 5ª de 17 de marzo y 17 de septiembre de 2009, Ponentes Peces Morate y Yagüe Gil⁴⁷⁶, respectivamente, declaró la nulidad de pleno derecho del apartado 1º de la Instrucción DGIP 21/1996, de 16 de diciembre, que contenía las normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados con base en que ni las circulares ni las instrucciones podían regular derechos y deberes de los internos en centros penitenciarios, ya que esto sólo corresponde a la ley penitenciaria y a su reglamento de desarrollo.

La reciente STS, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª, de 29 de junio de 2015, Ponente Bandrés Sánchez-Cruzat, siguiendo la doctrina expuesta en la sentencia de 17 de septiembre de 2009, considera, con base en la aplicación del artículo 94.1º LOPJ, que la jurisdicción contencioso-administrativa carece de jurisdicción para conocer de la impugnación de las decisiones de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, adoptadas en relación con la inclusión de los datos de un interno en el Fichero FIES, por corresponder a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, y, en su caso, a la Audiencia Provincial, por vía de recurso. La STS estima el recurso de un interno contra la denegación de su exclusión del FIES-2 Delincuencia organizada y declarando “la competencia del orden jurisdiccional penal y, concretamente, de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para conocer de la impugnación de la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 9 de diciembre de 2011, que desestimó la solicitud de exclusión de la base de datos del Fichero de Internos de Especial Seguimiento”.

A consecuencia de las sentencias de 2009 se dio cobertura legal al régimen FIES modificando el RP por RD 419/2011, de 25 de marzo. Así, se establece que *“La administración penitenciaria podrá establecer ficheros de internos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento, así como la integridad de los mismos. En ningún caso la inclusión de dicho fichero determinará por sí misma un régimen de vida distinto*

⁴⁷⁶ Véanse también SSTS Sala de lo Contencioso de 30 de diciembre de 2008, Ponente Maurandi Guillén, de 4 de marzo de 2003, Ponente González Rivas, desestimatoria del recurso del interno

de aquél que reglamentariamente corresponda” (art. 6.4 RP modificado por el RD 419/2011, de 25 de marzo). Este es el primer motivo por el que se aprueba el RD 419/2011: adaptar el régimen FIES a la normativa reglamentaria dándole cobertura de este rango. El contenido básico del régimen de control FIES vuelve a quedar como estaba. Consecuentemente se vuelve a regular en una nueva norma reglamentaria de auto-organización, Instrucción DGIP 12/2011, de 29 de julio, sobre internos de especial seguimiento/medidas de seguridad. Y recientemente, en la Instrucción SGIP 2/2015, de 10 febrero, de Revisión de la Instrucción 8/2014, de 11 de julio, y la Orden de Servicio 4/2014, de 1 de octubre. Fichero FIES de Colectivos Especiales, para adaptar la regulación del FIES a las normas de prevención de la radicalización islámica en los establecimientos penitenciarios.

El fichero incluye distintos grupos en atención a los delitos cometidos, repercusión social de los mismos, pertenencia a bandas organizadas y criminales, peligrosidad u otros factores. A estos efectos existe la siguiente clasificación:

a) FIES-1 (Control Directo). En este fichero se incluyen las personas especialmente peligrosas y conflictivas, protagonistas e inductoras de alteraciones regimentales muy graves que hayan puesto en peligro la vida o la integridad física de los funcionarios, autoridades, otros internos o personal de la institución, tanto dentro como fuera de la cárcel, con ocasión de salidas para traslados, diligencias u otros motivos⁴⁷⁷.

b) FIES-2 (Delincuencia organizada). Se incluyen aquellos internos ingresados en relación con delitos cometidos con el seno de grupos u organizaciones delictivas nacionales o extranjeras cuya finalidad es la obtención de beneficios económicos y aquellos que colaboren o apoyan a estos grupos (narcotráfico, blanqueo de dinero, tráfico de personas u otras actividades relacionadas con la ilícita actividad de este tipo de criminalidad).

⁴⁷⁷ La única posibilidad de introducir en este fichero a personas es por los motivos establecidos. La inclusión debe quedar suficientemente motivada.

c) FIES-3 (Bandas Armadas). Se incluyen todas aquellas personas ingresadas en prisión por vinculación a bandas armadas o elementos terroristas, y aquellos que, a través de informes de las Fuerzas de Seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos⁴⁷⁸.

d) FIES-4 (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de IIPP). Se incluyen los que pertenecen o han pertenecido a este colectivo profesional, cuya integridad física y seguridad es preciso proteger conforme a lo previsto en el art. 8 de la LO de las FCSE).

e) FIES-5 (Características Especiales). Internos con historial penitenciario de alta conflictividad, autores de delitos muy graves que hayan generado una gran alarma social, pertenecientes o vinculados a grupos violentos de carácter racista o xenófobo, internos que sin estar procesados o condenados por terrorismo islamista, destaquen por su fanatismo radical, por su afinidad con el ideario terrorista y por liderar grupos de presión o captación dentro del centro penitenciario, condenados por el tribunal penal internacional, colaboradores de la justicia contra bandas terroristas u otras organizaciones criminales; autores de delitos graves contra las personas, la libertad sexual o relativos a la corrupción, que hayan generado gran alarma social (Instrucción 12/2011; véase Instrucción SGIP 2/2015, de 10 febrero, de Revisión de la Instrucción 8/2014, de 11 de julio, y la Orden de Servicio 4/2014, de 1 de octubre, en relación con la prevención de la radicalización islamista).

Este fichero, según la Instrucción que lo regula, está dirigido a “disponer de una amplia información de determinados grupos de internos por el delito cometido, su trayectoria penitenciaria, su integración en formas de criminalidad organizada... que permita conocer sus intervenciones y una adecuada gestión regimental, ejerciendo un control adecuado frente a fórmulas delictivas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario... desarrollo con más eficacia de las funciones que legalmente le corresponde... con el objeto de prevenir incidentes en los centros”.

⁴⁷⁸ Obsérvese que el criterio del art. 100.5º.c) RP no permite la clasificación en primer grado de los colaboradores, pero sí se les incluye en el FIES-3.

Para la consecución de estos objetivos el fichero almacena una serie de datos: filiación, penales, procesales, penitenciarios, incidencias protagonizadas, actividad delictiva y comunicaciones con el exterior. Para la obtención de estos datos se exige, de forma inevitable, la existencia de una serie de mecanismos y prácticas de control. De ellas no se hace mención alguna en la Instrucción.

Por otro lado, con el objetivo de que todos los mecanismos de control que se ejercen desde la Administración carcelaria sobre las personas incluidas en este fichero aparezcan formalmente ajustados a la legislación constitucional y penitenciaria, la Instrucción dispone que “los datos FIES tienen un carácter puramente administrativo”. Asimismo, se hace una invocación concreta a que “en ningún caso la inclusión en el FIES prejuzga la clasificación, veta el derecho al tratamiento de los internos, ni supone una vida regimental distinta de aquella que venga reglamentariamente determinada”.

Las afirmaciones vertidas en estas líneas son fáciles de comprobar con una minuciosa lectura de los mecanismos de control a los que se somete a los presos. Estos criterios, junto a un conocimiento mínimo del funcionamiento de la institución carcelaria, llevarían a demostrar cómo el control administrativo somete a las personas que se encuentran en este fichero, negándoles absolutamente la intimidad, el tiempo y el espacio. Este control inevitablemente afecta a la clasificación, a los permisos y al régimen de vida, por más que la normativa disponga lo contrario.

Los datos obtenidos deben ser remitidos por el director de cada cárcel a la Subdirección General de Gestión Penitenciaria, Colectivos especiales, con indicación del Grupo FIES al que pertenece el recluso. Estos datos son los siguientes:

- Propuestas de licenciamiento definitivo y acuerdos de conclusión de expediente de libertad condicional.
- Excarcelaciones para traslado a otra cárcel u hospital.
- Ingreso procedente de un traslado, ya sea de tránsito o destino.
- Las modificaciones en su situación penal y procesal, así como las penitenciarias.
- Los acuerdos de los órganos colegiados y resoluciones de los órganos unipersonales (sanciones, cancelación, destinos, recompensas,

intervención de las comunicaciones, propuestas del art. 10, clasificaciones, grados).

- Comunicación con los letrados, indicando nombre de los mismos; (no es legal el control a profesionales por parte de la Administración penitenciaria).
- Cualquier incidente regimental incluso sospechas de que puedan protagonizarlo.
- Participación en actividades programadas.
- Autos o resoluciones de los Juzgados de Vigilancia o Audiencias que resuelvan quejas planteadas por estas personas, siempre que tengan alguna trascendencia para el régimen del establecimiento.
- Cualquier otra información de interés.

En relación con los internos incluidos en FIES-2 y 3, cuando se trate de asuntos urgentes se informará telefónicamente al área de Intervención de Colectivos Especiales de la Subdirección General de Gestión Penitenciaria. Se entienden como asuntos urgentes los siguientes:

- Libertades, excarcelaciones, antes de que se produzcan las mismas; (no tienen ningún tipo de eficacia hacia la prevención de situaciones conflictivas en la cárcel).
- Autos u otras resoluciones judiciales que acuerden la clasificación o progresión a tercer grado.
- Fallecimientos.
- Agresiones o incidentes graves.
- Salidas de permiso antes de que se produzcan.
- Resoluciones judiciales que modifiquen el régimen de vida de los mismos.

En caso de que las comunicaciones estén intervenidas, hecho que sólo se podrá hacer de forma motivada y justificada, el director adoptará las medidas oportunas para que el contenido de esas comunicaciones solo tenga acceso el funcionario encargado de la unidad correspondiente.

Para poder comunicar con amigos por locutorio general, los presos FIES han de solicitar autorización que se cursa a través de la Coordinación de Seguridad (DGIP), en la que se indicarán nombre y apellidos, así como el DNI, fecha de nacimiento, nombre de los padres de los eventuales comunicantes. Esta solicitud

tarda en ser contestada entre mes y medio y dos meses. Una vez recibida la contestación de la Coordinación de Seguridad, se les autoriza una comunicación durante un período de tres meses, y en caso de ser trasladados de cárcel, la autorización pierde la validez.

Incluso los presos desvinculados de ETA, los de la vía Nanclares, permanecen incluidos en el FIES-3, lo que implica todas las restricciones y controles referidos, incluidas por ejemplo la intervención de todas sus comunicaciones, incluso con sus letrados.

En definitiva, las exigencias del art. 10 LOGP (peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada) han decaído a mi juicio de forma muy relevante. Es cierto que el art. 102 RP hace referencia a “ponderar la concurrencia de factores tales” como la naturaleza de los delitos cometidos y la pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas hasta que no muestren signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de las ellas, pero el cese de la violencia y la aceptación de la normativa penitenciaria cuestionan la existencia de peligrosidad extrema e inadaptación manifiesta y grave a los regímenes ordinario y abierto.

Por otro lado, con acierto señala GÓMEZ BENÍTEZ (2014, p. 9) que la exigencia de desvinculación solamente tiene sentido mientras la organización exista. Si ETA entregara las almas y se disolviera las personas presas inmediatamente quedarían desvinculadas. Consecuentemente, la incoherente pervivencia de una organización terrorista que ha cesado definitivamente en su acción terrorista es a día de hoy un obstáculo objetivo a la reinserción de los presos.

D. Intervención de comunicaciones

Las comunicaciones hacen posible que las personas presas puedan establecer contacto periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo cuando el Juez haya ordenado prisión incomunicada (art. 51.1º LOGP y 41.1º RP).

El derecho a comunicar viene garantizado en la Constitución Española, no sólo como expresión del art. 18.3 CE, sino también y primordialmente del art. 25.2 CE, pues es este precepto el que constituye la norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos. Este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los presos y adquiere por ello, una gran importancia en orden al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Gracias a las comunicaciones el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y se le permite relacionarse con el exterior. En definitiva, la comunicación posibilita la futura vida en libertad en el seno de la sociedad (STC 175/1997, de 27 de octubre).

No obstante, el art. 51.5º LOGP (y 43 RP) prevé que las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente. El Director del establecimiento —con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se fundamenta en el tratamiento— lo acordará así en resolución motivada, que se notificará al interno, dando cuenta al Juez de Vigilancia en el caso de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos.

Ahora bien, tiene que acreditarse el nexo causal entre la visita y el cuestionamiento del orden o la seguridad, pues de lo contrario no es ajustada a derecho (AAP Madrid, Secc. 5ª, 4242/2007, de 30 de octubre). En cualquier caso se debe respetar al máximo la intimidad de los presos (arts. 51.1 LOGP y 41.2 RP). Cuando hablamos de restricciones hacemos referencia la posibilidad del Director de denegar una comunicación con determinadas personas o de reducir el número de comunicaciones o de su duración.

Para la intervención de las comunicaciones —orales, escritas o telefónicas— los requisitos que deben observarse han sido mantenidos reiteradamente por la jurisprudencia constitucional (SSTC 192/2002, de 28 de octubre —referida a reclusos de ETA en la prisión de Herrera de la Mancha—; 193/2002, de 20 de octubre y 194/2002, de 28 de octubre):

a) El acuerdo de restricción de las comunicaciones debe notificarse de forma motivada e inmediata al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. El art. 51.1º y 5º LOGP permiten que la intervención se realice por la Administración penitenciaria dando cuenta posteriormente al Juez de Vigilancia. El TC entiende que la exigencia de que la cárcel ponga en conocimiento del Juzgado de Vigilancia la intervención de la comunicación no solamente puede consistir en la mera comunicación del órgano administrativo al judicial para conocimiento de éste, sino que un verdadero control jurisdiccional de la medida, efectuado a posteriori, necesita una resolución motivada. A este respecto la STC 106/2001, de 23 de abril, establece el acuerdo de intervención de la correspondencia escrita, en ambos sentidos (del exterior al interior y viceversa), debe comunicarse al JVP, pues si no se especifica el ámbito material del acuerdo y la autoridad judicial no dictó resolución motivada al respecto, limitándose a una mera recepción de tal comunicación, el amparo debe concederse.

Ello se deduce de una necesaria consideración sistemática de aquel precepto con los arts. 76.1º y 2º.g) LOGP conforme a los cuales le corresponde al Juzgado de Vigilancia salvaguardar los derechos fundamentales de los internos que cumplen condena. A la misma conclusión conduce el art. 106.1 CE, por el que la Administración, también la penitenciaria, está sujeta al control judicial de la legalidad de su actuación. Además, para valorar en toda su dimensión la importancia de esta medida, se debe tener en cuenta que la intervención de las comunicaciones a un recluso afecta también a los ciudadanos libres con los que aquel iba a comunicar.

Se establece por tanto la exigencia legal de que la medida de intervención adoptada se comunique inmediatamente a la autoridad judicial, con el objeto de que esta ratifique, anule o subsane la decisión administrativa, es decir, que ejerza con plenitud su competencia revisora sobre la restricción de un derecho fundamental (STC 106/2001, de 23 de abril), constituyéndose como auténtica garantía en el que se pretende el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes,

pues, como establece en voto particular de la STC 106/2001, para que el JVP ejerza plena competencia revisora sobre la restricción de derechos fundamentales, su intervención es auténtica garantía, con lo que se pretende que el control a posteriori no tenga lugar únicamente en el caso de que el interno afectado recurra la intervención, pues al JVP le corresponde la salvaguarda de los derechos de los internos y el control de legalidad de la actuación administrativa conforme al 106.1 CE. El comportamiento activo del JVP no se limita al momento en el que se comunica el acuerdo tomado en el centro penitenciario o sucesivas prórrogas, sino que se prolonga durante toda la vigencia de la medida y se proyecta sobre lo adecuado de la adopción de esta, como de la forma en llevarse a cabo. Cabe concluir que si el Juzgado de Vigilancia se limitase a la simple recepción de la comunicación y adoptase una actitud meramente pasiva ante la restricción de este derecho fundamental del recluso, no estaría dispensando la protección del derecho en la forma exigida por las mencionadas normas. En este sentido, la AP de León, Secc. 2ª, declara nulo el acuerdo de intervención en el que el JVP se limitó por providencia a tener por recibida la comunicación de intervención de las comunicaciones remitidas por el centro penitenciario (AAP León, Secc. 2ª, 125/2006, de 29 de junio).

b) El acuerdo de intervención debe ser motivado. La necesidad de motivación de estas resoluciones es exigencia del art. 51.5 LOGP —respecto de la normativa general, según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en sus arts. 54.1.a) y 89.3—.

Para considerar suficientemente motivada la resolución no basta con la mera comunicación al preso de la intervención y de la cita genérica de un precepto reglamentario.

En este sentido, la STC 170/1996, de 29 de octubre (ver también STC 128/1997) declara que “en cuanto concurren y perduren las razones que justifican o justificaron en su día la adopción. De ahí la importancia de la motivación del acuerdo de intervención, no sólo porque así lo exige el art. 51 LOGP, sino porque constituye el único medio para constatar que la limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un Centro Penitenciario, no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva”. De lo contrario, estamos ante un intento de dar cobertura formal a un claro incumplimiento material de las obligaciones para con los administrados, en este caso, presos en una cárcel.

Que un preso esté clasificado en primer grado e incluido en el FIES no justifica por sí solo la adopción de esta medida, toda vez que la intervención de las comunicaciones de un recluso debe tener un carácter individualizado y excepcional y ha de constituir una respuesta a peligros concretos que efectivamente puedan incidir negativamente en el buen orden y seguridad de los establecimientos. La adopción de la medida de manera sistemática y para un sector de la población reclusa en atención a su grado de tratamiento no se adecua a dicho precepto; siendo contrario, por tanto, al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (STC 175/1997, de 27 de octubre). En este caso la intervención de un recluso de las comunicaciones vulneraba el derecho al secreto de las comunicaciones pues carecía de motivación alguna al no poder reputarse como tal la escueta referencia a unos genéricos “motivos de seguridad” que no se concretaban en relación con las circunstancias particulares del recluso y de la cárcel; no aportaba los elementos para hacer posible el juicio de proporcionalidad, no determinaba temporalmente la medida y tampoco se dio cumplimiento a la exigencia de comunicación inmediata al Juzgado (vulneración del art. 18.3 en relación con el 25.2, ambos de la CE). Tampoco es suficiente argumento para suspender una comunicación escrita que en la misiva aparezcan las palabras “*aurrera bolie*”, toda vez que aparece de forma aislada y como fórmula de despedida. No se puede relacionar, como dice el auto, “como una expresión de enaltecimiento del terrorismo atentatorio contra la seguridad del centro penitenciario, ni que afecte a la seguridad”.

No es suficiente con la motivación basada en lograr “un mejor control y un conocimiento más individualizado sobre el recluso”; en estos casos, el mejor conocimiento del recluso podría guardar referencia a sus propias posibilidades de tratamiento, pero pasado un tiempo, la intervención ya no queda legitimada desde un punto de vista constitucional; lo mismo que “el mejor control” podría vincularse a razones de seguridad «general», pero estas, no bastan, siendo precisa la existencia de razones “concretas” de seguridad (AAP Cuenca de 31 de marzo de 1999).

c) Debe ser proporcional. Se exige, además, que la intervención se adecue a la exigencia constitucional de la proporcionalidad. Ello supone (STC 175/1997):

- Que sea idónea, es decir, que la medida de intervención sea adecuada para el fin que se ha decidido.

- Que sea necesaria, en el sentido de que no se pueda acudir a otro medio menos gravoso que la limitación de un derecho fundamental.
- Que sea proporcional en el sentido estricto, es decir, que exista una ponderación entre los beneficios para el interés general y los perjuicios sobre otros valores o bienes en conflicto.

d) El acuerdo de intervención debe ser limitado en el tiempo. La intervención de las comunicaciones no puede mantenerse indefinidamente (128/1997, de 14 de julio; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 188/1999, de 25 de octubre; 175/2000, de 26 de junio). El TEDH dictó dos sentencias ambas de fecha 15 de noviembre de 1996, asunto Dominichine y asunto Calogero Diana, relativas a la intervención de las comunicaciones de reclusos. En ambas se toma en consideración para su enjuiciamiento la duración de la medida y las razones que la pueden justificar. Debe levantarse en el momento en que deje de ser necesaria por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron —razones de seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento—. En caso de ampliación o de prórroga obligaría a motivar las razones por las cuales esa renovación o prórroga, no el acuerdo inicial, resultaba necesaria, pues de lo contrario la restricción de derechos fundamentales del interno podría perpetuarse de forma indefinida (AAP Cuenca de 31 de marzo de 1999).

e) La medida de intervención/retención debe notificarse al interno.

Sin embargo, lo cierto es que los presos FIES-3, todos los condenados por delitos de terrorismo, aunque se hayan apartado de la organización y del colectivo de presos años atrás, tienen intervenidas sus comunicaciones (punto 3.4 Instrucción SGIP 12/2011, pp. 15-19), incluyendo las que sean con su letrado, por sistema; intervención que se va prorrogando periódicamente de forma rutinaria y sin ser comunicada al Juzgado, como demuestra el hecho de que cada vez que se presenta queja contra la intervención el Juzgado debe reclamar el acuerdo de intervención al centro penitenciario y que desconoce el tiempo que lleva el interno sometido a intervención y los resultados de dicha intervención.

La ausencia de tutela judicial efectiva de este derecho fundamental por parte del JCVP es tal que, tras transcribir la doctrina de excepcionalidad, motivación, proporcionalidad, limitación temporal y doble limitación, de la STC 192/2002,

justifica la intervención de comunicaciones de un preso, que se venía prorrogando desde su ingreso en prisión 13 años antes —clasificado en segundo grado desde 4 años antes, que disfruta permisos bimensuales y obviamente está apartado de la organización terrorista, mediante escrito presentado a la administración penitenciaria 4 años antes, y en el “itinerario de reinserción” denominado vía Nanclares— “en la peligrosidad que denota la gravedad de los delitos por los que ha sido condenado” y “como herramienta de contraste, conocimiento y consolidación de su evolución” que “incluso favorece al interno pues es un medio para acreditar su evolución positiva y su desvinculación con ETA” (sic, Auto JCVP de 5 de noviembre de 2014), lo cual por otro lado ya consta en su expediente penitenciario y en los Autos en los que el propio JCVP le concede permisos. En mi opinión un tal auto no hace sino evidenciar el seguidismo de este juzgado respecto a la administración penitenciaria, lo cual le ha sido reprochado incluso por el Tribunal Constitucional.

Tuvo que ser finalmente la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, la que en Auto 70/2015, de 3 de febrero, levantara la intervención porque el contraste, conocimiento y consolidación de su evolución como fundamento de la intervención puede tener sentido inmediatamente después de haber abandonado la organización, pero no 4 años después.

Los arts. 579 a 588 LECrim rigen plenamente cuando se trata de una intervención ordenada en un proceso penal. En esos preceptos no hay disposición específica alguna referida a las comunicaciones del interno en un centro penitenciario.

Pero lo legalmente más específico en materia de terrorismo en relación con la intervención de las comunicaciones es el art. 51.2º LOGP:

“Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.

Y art. 48.1.2º RP:

“En los supuestos de terrorismo o de internos pertenecientes a bandas o grupos armados, el volante deberá ser expedido por la autoridad judicial que

conozca de las correspondientes causas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”; y 48.3 RP: “Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial”.

La intervención de las comunicaciones de las personas presas con sus abogados no es ningún prodigio de claridad y respeto a los derechos fundamentales consagrados en los artículos 18.3º y 24.2º CE⁴⁷⁹. Frente a una primera interpretación (STC 73/1983, de 30 de julio) en que se consideraba que esas comunicaciones podían ser intervenidas o suspendidas en todo caso por la autoridad judicial; y por el director de propia autoridad solo en los supuestos de terrorismo, se ha impuesto otra más garantista que considera que no cabe la intervención exclusivamente administrativa. Es exigible tanto que se trate de un supuesto de terrorismo como que exista mandato judicial (SSTC 183/1994, de 20 de junio, 197/1994, de 4 de julio; 175/1997, de 25 de octubre; y 200/1997, de 24 de noviembre). Así se proclama expresamente ya en el art. 48.3 RP⁴⁸⁰.

Según JUANATEY DORADO (2013, pp. 191-195), con cita de la STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5º, y STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 8, entre otras anteriores, será posible hacerlo en todo caso, no solo terrorismo, pero en todo caso con indicios fundados y previa autorización judicial. La STS 79/2012, Sala 2ª, de 9 de febrero, FJ 7º y 8º⁴⁸¹ ha confirmado contundentemente esta doctrina.

⁴⁷⁹ Véase OLARIETA ALBERDI (1994).

⁴⁸⁰ DEL MORAL GARCÍA (2011, p. 3). MONTERO HERNANZ (2010, p. 4).

⁴⁸¹ “3. La interpretación del artículo 51.2 de la LOGP, y su relación con el artículo 579 de la LECrim, no ha sido, sin embargo, pacífica. Aunque, en realidad, se trataba de un *obiter dictum*, el Tribunal Constitucional entendió en la STC 73/1983 que el precepto cuestionado debía interpretarse de modo que las comunicaciones entre los internos y los abogados defensores o los especialmente llamados para asuntos penales podían ser intervenidas con carácter general por

Por su parte, el TEDH ha considerado compatible con el Convenio la intervención de comunicaciones, correspondencia, o conversaciones telefónicas entre letrado y defendido siempre que se constaten sospechas fundadas de que el defensor participa en la actuación criminal del imputado (*sensu contrario*, SSTEDH de 20 de junio de 1988, asunto Schönenberger y Dumez contra Suiza; de 25 de marzo de 1992, asunto Campbell contra Reino Unido; o de 22 de abril

orden de la autoridad judicial y en casos de terrorismo, además, por el director del establecimiento penitenciario. Así, decía en el FJ 7 que "La interpretación de este precepto -51, número 2- ha de hacerse en conexión con la regla 5.^a del mismo, que regula la suspensión o intervención motivada por el Director del establecimiento de las comunicaciones orales o escritas, previstas en dicho artículo, "dando cuenta a la autoridad judicial competente". La interpretación lógica de uno y otro apartado de dicho artículo -que en cuanto afecta un derecho fundamental puede hacer este TC- conduce a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el número 2 sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo, además, podrá acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente".

4. Sin embargo, esta interpretación, que según parte de la doctrina podía obedecer al momento histórico en el que se produce, con un todavía escaso desarrollo de las garantías del sistema democrático implantado en España tras la finalización de la dictadura, fue abandonada algo más de una década después. En la STC 183/1994 se rectifica expresamente esta interpretación del artículo 51.2 de la LOGP, entendiendo que la interpretación correcta del artículo 51 conduce a distinguir dos clases de comunicaciones "...que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados". Las que llama generales, entre el interno y determinada clase de personas (artículo 51.1) y las específicas, que son las que el interno mantiene "...con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2)". Respecto de estas últimas el Tribunal Constitucional, luego de señalar que "...son sometidas al régimen especial del art. 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario", concluyó que las dos condiciones que contiene el artículo 51.2 (autorización judicial y casos de terrorismo) no pueden interpretarse como exigencias alternativas, sino acumulativas... Esta interpretación de la ley fue nuevamente seguida en la STC 200/1997, y en la STC 58/1998, en cuyo FJ 5 se decía que "...es la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa la que hace que el legislador penitenciario constriña toda intervención de las comunicaciones de los internos con sus Abogados o Procuradores a "los supuestos de terrorismo" y que exija además la garantía judicial (art. 51.2 LOGP) (STC 183/1994)", donde nuevamente se consideraban acumulativos ambos requisitos".

de 2010, asunto Radkov contra Bulgaria —correspondencia escrita—; de 25 de marzo de 1998, asunto Kopp contra Suiza —conversaciones telefónicas—; y de 30 de septiembre de 1985, asunto Can contra Austria; o de 28 de noviembre de 1991, asunto Scoto contra Suiza —escucha de las entrevistas en prisión—)⁴⁸².

⁴⁸² DEL MORAL GARCÍA (2011, p. 5).

E. Tratamiento penitenciario en delitos de terrorismo

La ejecución penitencia de las penas privativas de libertad se rige en España por el denominado “sistema de individualización científica”⁴⁸³ que, de conformidad con el artículo 72 LOGP divide en grados el “tratamiento” que se debe dispensar al interno entendido, dicho tratamiento, como el conjunto de las actividades directamente dirigidas a las reeducación y reinserción social (artículo 59 LOGP).

El tratamiento, por tanto, traduce el fin primordial de reeducación y reinserción social de los penados a una pena privativa de libertad, al día a día de la vida en prisión. Los contenidos sustanciales del tratamiento, por tanto, revelan la concepción del legislador de cómo debe traducirse esa “reeducación” y “reinserción social”. Y entre esos contenidos la propia LOGP concreta dos dimensiones esenciales: por una parte, afirma que el tratamiento “pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal” (artículo 59.2 LOGP) y llevar adelante “con conciencia social, una vida sin delitos” (artículo 61 LOGP). Y, por otra parte, se asegura que la orientación del tratamiento hacia un futuro en libertad y con capacidad de vivir respetando la ley penal implica también como elemento de referencia central fomentar la intención y capacidad de “subvenir a sus necesidades” así como el “respeto a sí mismos” y la “responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general”.

El tratamiento, en su concepción legal, también subraya la necesidad de potenciar la participación del propio interno en la planificación y ejecución del tratamiento, atendiendo incluso a sus propios intereses personales si no fueran incompatibles con aquel. En todo caso, con respeto a la libertad de conciencia.

El tratamiento debe adaptarse de forma individualizada a cada interno y según sus propias circunstancias procederá una clasificación en grados que debe llevar

⁴⁸³ MANZANARES SAMANIEGO lo concibe como una variante del sistema progresivo. Véase en (2012, pp. 3-4) una resumida evolución histórica.

a cabo la propia Administración Penitenciaria (Junta de tratamiento y Centro directivo —art. 103 y ss. RP—). La clasificación debería partir de un diagnóstico integral en el que se tuviera en cuenta un estudio de personalidad, historial individual, delictivo, familiar y social, duración de las penas, medio social al que retornará y dificultades o recursos disponibles (art. 63 LOGP). Resulta un elemento clave entre todos ellos su significación de cara a evidenciar un mejor o peor pronóstico de peligrosidad criminal (artículo 65 LOGP: “actividad delictiva”).

Cada grado refleja un diagnóstico del interno respecto del fin al que se dirige el tratamiento y aparece, a su vez un régimen de vida. En concreto son cuatro los posibles grados: primero, segundo, tercero y libertad condicional (artículo 72 LOGP). La clasificación concreta, por tanto, el tratamiento estándar según el diagnóstico del interno.

El tratamiento penitenciario es el conjunto de actividades culturales, educativas, deportivas y terapéuticas encaminadas a la consecución de los fines establecidos constitucionalmente para las penas privativas de libertad. El tratamiento, en la realidad, es prácticamente inexistente. La escuela siempre tiene una amplia oferta, pero muy poco seguida por los presos. En alguna prisión se trabajan técnicas encaminadas a mejorar la aptitud social, habilidades sociales, control de la conducta agresiva y tratamiento para delitos sexuales. La casi totalidad de las personas condenadas ven pasar los días, los meses y los años en el patio, inactivas. En mi opinión el déficit principal es de personal técnico; con la escasez de dotación económica, que la inmensa mayoría del gasto se concentra en la seguridad y la absoluta insuficiencia de personal técnico respecto al volumen de población penitenciaria la individualización es una quimera.

Cada año, coincidente con cada curso escolar, se establecen unos criterios para la elaboración de la programación de actividades en los centros penitenciarios. Las líneas de intervención son: trabajo productivo, enseñanza reglada no universitaria, enseñanza reglada universitaria, actividades culturales y deportivas, talleres ocupacionales y formación para la inserción sociolaboral, todo ello dirigido a ser desarrollado por el propio centro penitenciario o por ONGs (art. 69.2º LOGP, art. 62 RP e Instrucción 2/2012, de 7 de junio, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias “Intervención de organizaciones no gubernamentales, asociaciones y entidades colaboradoras en el ámbito penitenciario”). Pero las actividades que realmente aportan enseñanzas

laborales o habilidades sociales útiles para el futuro son escasas. Las que existen son más bien ocupacionales, temporales (en verano todas las actividades cesan completamente), dependientes para su continuación de la existencia de fondos económicos (algunas se paralizan en la mitad del desarrollo), condicionadas al régimen (horarios, visitas, cacheos, dependencias, traslados, régimen disciplinario) y, si quienes las imparten son personas externas a la cárcel, como ocurre con mucha frecuencia, esto hace más precaria la continuidad de la actividad. Al salir de la prisión existen una serie de condiciones objetivas que influyen en el desarraigo social. En este sentido, los graves trastornos psíquicos originados por la cárcel, la falta de posibilidades de trabajo, la carencia de habilidades socio-laborales, la situación familiar y del entorno social próximo y, en no pocas ocasiones, la necesidad de un tratamiento socio-sanitario ante graves problemas de salud creados frecuentemente por el consumo de drogas, hacen casi imposible la inserción social y la no reincidencia en las conductas delictivas. Ante el conocido fracaso práctico del modelo resocializador, hace tiempo que se viene preconizando un objetivo más humilde: no producir más desocialización de la que ya produce la prisión⁴⁸⁴.

Siendo con carácter general el comportamiento delictivo terrorista consecuencia de una opción, de una convicción, en este caso político-estratégica, en mi opinión la reinserción del exterrorista es más sencilla, entiéndase bien, que la de otros delincuentes en los que inciden factores criminógenos no racionales, como puedan ser las drogodependencias, la exclusión social o los trastornos de la personalidad. Puede bastar que cambien las circunstancias, incluso solo externamente al sujeto, para que el terrorista pueda variar su decisión y renunciar a la convicción político-estratégica. Cuestión distinta es cómo se aborda el tratamiento penitenciario con esa finalidad. No puede compararse con MANZANARES SAMANIEGO (2003, p. 196) o MESTRE DELGADO (1987, p. 87) que por ser delitos de convicción la reinserción social no es posible en relación con el terrorismo. BUENO ARÚS (2009, p. 90) indica que dadas las condiciones subjetivas de los delincuentes por convicción, “el tratamiento deberá ser lo más simplificado posible”, señalando a los programas formativos del art. 110 RP.

⁴⁸⁴ ASÚA BATARRITA (1990).

Asumiendo el concepto de delincuente por convicción de la doctrina mayoritaria según BAUCCELLS I LLADÓS (2000, pp. 83-84), entendemos por tal meramente “un tipo criminológico genérico caracterizado de forma amplia por la presencia de la motivación política, ética o religiosa en su actuación, incluyendo en él al terrorista. Ello no implica que en el estudio dogmático y político-criminal merezca algún trato especial (p. 142), salvo que exista un reconocimiento constitucional al conflicto entre el deber y la conciencia.

Obviamente la actuación por convicción política del terrorista en nada afecta a la responsabilidad penal que se le exige, pero a mi juicio sí tiene repercusión sobre el contenido que haya de darse al tratamiento penitenciario en el sentido de capacitarle para llevar una vida en libertad sin delitos.

Ahora bien, “¿Existe el tratamiento para terroristas? ¿Es posible?”, se pregunta el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria (CASTRO ANTONIO 2013, p. 127). Sostiene que sí, pero que debe ser diferente al resto por las características del terrorista preso; sin cambiar convicciones personales (p. 129), a través del cuestionamiento y la introspección y apunta a la posibilidad de trabajar en la repersonalización de la víctima a los ojos del terrorista.

En el ámbito en el que nos encontramos, los delitos de terrorismo, nos podemos preguntar: ¿qué se ha hecho a este respecto? ¿Se podía hacer algo? ¿Qué?⁴⁸⁵ Lo cierto es que hasta 2011 poco o nada se ha hecho, fundamentalmente porque los presos afines al ‘colectivo de presos políticos vascos’ se han negado siempre a ‘colaborar’ con instituciones penitenciarias, pero también es cierto que nunca ha existido una estrategia tratamental.

El Ministerio del Interior reconoce esta obvia especificidad:

“en el caso de delincuentes terroristas, las características de los penados, su disposición a reconocer el daño causado y su voluntad para abandonar las convicciones que les llevaron a delinquir, presentan peculiaridades que es preciso abordar con una estrategia específica; sobre todo cuando la

⁴⁸⁵ Una experiencia muy positiva e interesante que se podría situar en este terreno es la que relato en ETXEBARRIA ZARRABEITIA (2013, pp. 298-302).

*organización de referencia no se ha disuelto, cuenta con un cierto apoyo social y aspira a mantener la cohesión y disciplina de sus militantes encarcelados proyectando una estrategia de imposición al Estado en el diseño y ejecución de su política penitenciaria*⁴⁸⁶

Por su parte, merece destacar lo que recoge el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2013, al conceder un permiso ordinario a uno de los presos de la denominada vía Nanclares: *“Ponerse en el lugar de las víctimas, intentar repararlas, ocuparse de su dolor, es una forma espléndida de reeducación del delincuente, de reconocimiento del derecho y de la norma violada (fines de prevención general), de reparación”,* así como que *“El sistema penitenciario debe ejemplificar la conducta y el comportamiento de los condenados que intentan reintegrarse al orden jurídico, respetar las normas y reconocer a sus víctimas, más si se trata de delitos muy graves, y reconocer el esfuerzo rehabilitador, cuando es sincero y expresivo de una transformación. Casos como el que nos ocupan, por su excepcionalidad —como contraste véase la actitud de la mayoría de los presos por delitos terroristas, que no reconocen el dolor producido a las víctimas ni se preocupan por ellas—, pueden erigirse en modelo de un sistema que persigue, entre otros fines, la rehabilitación de los condenados.”*

Pues bien, a estos efectos, resulta descorazonador ver que presos como los de la llamada vía Nanclares, con un recorrido personal, íntimo y público, de gran humanidad y potencial reparador para el conjunto de las víctimas del terrorismo y un mensaje ejemplificante para el conjunto de la sociedad vasca, ni siquiera puedan acceder a un régimen de semi-libertad, a pesar de reunir todos los requisitos para ello.

Supongo que los órganos judiciales son conscientes de que el mensaje, para el resto de presos que, al menos externamente, siguen sometidos a la disciplina del colectivo, es que da igual, que es absurdo realizar el esfuerzo de reconocer la injusticia del daño causado, rechazar la violencia y querer reparar a las

⁴⁸⁶ Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley, conocido en abril de 2012.

víctimas; y que el mensaje para el conjunto de la sociedad vasca es descorazonador, oculta la existencia de exterroristas arrepentidos del daño ocasionado⁴⁸⁷, y transmite la idea de un derecho penal vengador e insensible a la evolución personal de los penados. A mi juicio es un error hurtar al debate público las aportaciones de quienes han sido capaces de realizar una profunda autocrítica personal y política; así como a las víctimas, para las cuales el discurso de quienes se arrepienten de los asesinatos cometidos contiene un importante potencial de pacificación.

Aunque podamos tener tendencia a olvidarlo y en punto al tratamiento nos centremos en que el penado por terrorismo tome la decisión de vivir en libertad respetando la ley penal⁴⁸⁸⁴⁸⁹ (art. 59 LOGP), el tratamiento también se dirige a que el penado pueda subvenir a sus necesidades (art. 59 LOGP) y a la formación y el perfeccionamiento profesional de aquellos sujetos cuya readaptación lo requiera, realizándose con asesoramiento psicológico continuo durante el proceso formativo y previa la orientación personal correspondiente

⁴⁸⁷ A mi juicio merece una reflexión la declaración de Irene Villa (ABC 15 de noviembre de 2013): P-¿Habría con ellos [los presos]? R-No veo por qué no, ha sido un error y ya está. Creo que si se arrepienten merecen una segunda oportunidad”.

⁴⁸⁸ Lo cual en la actual situación terminal de ETA relativiza enormemente la tradicional exigencia de desvinculación.

⁴⁸⁹ El Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley publicado por la SGIP en 2012 prevé como objetivos y fines del Programa: *“Comprobar la autenticidad de la evolución del recluso y la coherencia entre sus manifestaciones y su actuación. • Concienciación de la magnitud y la trascendencia del daño ocasionado a las víctimas, sus familiares y su entorno. • Asunción por parte del penado de su responsabilidad en la conducta delictiva. • Superación de los elementos de convicción que le llevaron a delinquir y a justificar la violencia para la consecución de objetivos políticos. • Progresiva asunción de valores cívicos, de respeto a la vida, la integridad física y la libertad de los ciudadanos, así como las exigencias legales de perdón expreso a las víctimas, reparación del daño y colaboración con las autoridades para disminuir los efectos del delito cometido y la desaparición de la organización terrorista. • Preparación para la vida en libertad, resistiendo la estigmatización que en el entorno que justifica planteamientos comprensivos con quienes ejercieron o justificaron la violencia terrorista produce la disidencia de los que asumen el compromiso con la legalidad. • Entrenamiento en habilidades para la superación creativa y pacífica de situaciones conflictivas. • Aprendizaje para la adopción de decisiones personales y autónomas”.*

(art. 66 LOGP) y las instituciones penitenciarias “igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados”. No debe olvidarse que gran parte de las personas presas por delitos de terrorismo independentista son personas fuertemente desocializadas tras pasar la mayor parte de su vida en la clandestinidad y en la cárcel, que saldrán de ella en edad madura, quizás en edad no muy alejada de la de jubilación o ya superada, con escasa o nula formación laboral, con escasas o nulas posibilidades de inserción en el mercado laboral, seguramente con abundantes carencias de habilidades sociales, algunas con su arraigo familiar fuertemente debilitado o inexistente y también en muchos casos con las consecuencias asociadas a los largos periodos de encarcelamiento, más aún en aislamiento⁴⁹⁰. Prepararles para la libertad es sobre todo fomentar su intención de respetar la ley penal, pero también para poder y saber vivir en una sociedad que solo conocen indirectamente. En este sentido han de ser bien recibidos programas como HitzEman [La ‘vía legal’. Programa de apoyo a los procesos legales de resocialización de personas presas de 2014⁴⁹¹] del Gobierno Vasco, que prevé apoyar y reforzar procesos éticos de reflexión autocrítica, reparación, reinserción y/o resocialización y prestar cobertura legal, socioasistencial y material orientada a consolidar los procesos de resocialización, aunque habría de coordinarse con el Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley publicado por la SGIP en 2012⁴⁹².

⁴⁹⁰ Sobre los efectos del encarcelamiento, véase la clásica obra de VALVERDE MOLINA (1991) o más recientes como RÍOS MARTÍN - CABRERA CABRERA (1998 y 2002) y MENDIETA COLMENERO (2011).

⁴⁹¹ En www.irekia.euskadi.eus, última consulta 17 de agosto de 2015.

⁴⁹² Que incluye en el desarrollo del Programa: “5.3.-MEJORA DE LA CAPACITACIÓN SOCIO-PROFESIONAL: El tratamiento penitenciario tiene como objetivo general suplir las posibles carencias con las que el recluso ingresa en prisión. En este sentido, dentro del Programa se prestará especial atención a la realización las actividades culturales, formativas, laborales, etc. que vayan encaminadas a la capacitación socioprofesional del penado, que le permitan afrontar sus necesidades futuras en la vida libre y que contribuyan a una mejor inserción social el día que obtenga la libertad. A estos efectos, se podrán utilizar las fórmulas de acceso del penado a recursos externos, cuando cumplan los requisitos legalmente exigidos. En el desarrollo de estas actividades se tendrá en cuenta el marco constitucional y estatutario de distribución de

competencias, coordinando las que procedan con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y, en concreto, con los Gobiernos del País Vasco y Navarra”.

F. Permisos ordinarios

En principio, en materia de permisos no hay más especificidades legales en materia de internos terroristas que las previstas en el art. 78 CP 2003, que, como se ha reiterado ya, solamente afectan a una relativamente pequeña parte de los condenados por las más graves actuaciones terroristas, puesto que a su entrada en vigor la actividad terrorista de ETA ya estaba en franco descenso.

Aunque es cierto que, estando la mayor parte de los reclusos clasificados en primer grado, en virtud de los arts. 47.2 LOGP y 154 RP están excluidos del acceso a los permisos ordinarios, que son un instrumento tratamental⁴⁹³; no así de los permisos extraordinarios, que tienen otra naturaleza (arts. 47.1 LOGP y 155 RP).

No obstante, en la práctica forense sí se observan algunas especificidades en relación con algunos de los criterios para la concesión de los permisos.

Los requisitos y criterios legales y jurisprudenciales para la concesión de permisos penitenciarios se encuentran a día de hoy sólidamente fijados. Según la Ley Penitenciaria el permiso tiene como finalidad esencial la preparación para la vida en libertad (art. 47.2 LOGP y art. 154 RP). Este objetivo obliga a entender el permiso como un instrumento esencial para hacer efectiva la concreción legal del mandato constitucional que señala la reeducación y la reinserción social del penado como una de las finalidades de la pena privativa de libertad (art. 25 CE) o, como ha señalado la STC 19/1988, la “corrección y readaptación del penado, y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento...” (STC 112/1996, de 24 de junio; F.J. 4º). Debe ser este fin reeducativo el horizonte interpretativo que la Administración penitenciaria y los órganos judiciales deben tener en cuenta en el momento de la valoración de las circunstancias concurrentes en cada penado a efectos de la concesión o denegación del permiso.

⁴⁹³ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA – RODRÍGUEZ RAMÍREZ (2011, p.364).

De lo contrario, se vulnera el art. 15 CE que prohíbe las penas inhumanas o degradantes, pues “toda pena que se ejecuta contra el hombre, como si éste fuera un virus u otro agente patógeno, o sin el hombre, como si fuera prescindible, es una pena ejecutada en clave de inhumanidad” (AAP Madrid, Secc. 5ª, 795/2000, de 14 de junio).

Estas interpretaciones son conformes a lo establecido en la Recomendación R(87)3 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987 al contener la regla 43.2 entre las establecidas para el tratamiento de los reclusos, la previsión de un sistema de permisos para posibilitar el contacto con el exterior, compatible con el objetivo del tratamiento. En el mismo sentido se manifiesta el art. 70.2 de las Normas Penitenciarias Europeas aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987 al disponer que los programas de tratamiento deberán incluir una disposición relativa a los permisos penitenciarios a los que se recurrirá todo lo posible por razones médicas, educativas, profesionales, familiares y otros motivos.

Además, se recoge jurisprudencialmente que los permisos pueden servir a otros fines tales como: la atenuación de los efectos desocializadores que origina la cárcel en la persona presa, el mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares, la búsqueda de futuros trabajos para poder acceder a un tercer grado, el inicio de nuevas relaciones personales, el contacto con personas o asociaciones dedicadas a la reinserción de personas presas y el estímulo al buen comportamiento (con otros términos, pero de idéntico contenido, se manifiesta la STC 112/1996, de 24 de junio⁴⁹⁴).

⁴⁹⁴ “Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse, e indican cual es la evolución del penado. Pero, al mismo tiempo, constituyen una vía fácil de eludir la custodia, y por ello su concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces con que éstos concurren, sino que además no han de darse otras

Pero a pesar de ello, el TC señala que, a pesar de su conexión con el art. 25.2 CE, no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo (STC 8/1997, de 21 abril), ni menos aún de derecho fundamental (SSTC 75/1998 y 88/1998), pues el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido, en primer término al legislador penal y penitenciario, que, aunque puede servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes, no es fuente en sí mismo de derechos subjetivos a favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos aún de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional (SSTC 2/1987, 19/1988, 150/1991, 209/1993, 72/1994). Como expresa la STC 167/2003, de 29 de septiembre

“Al analizar la incidencia de los permisos de salida sobre el derecho a la libertad personal de los penados y las exigencias de motivación de los mismos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, y 2/1997, de 13 de enero), este Tribunal ha partido de la consideración de que las resoluciones que sobre permisos de salida se dicten en aplicación de la Ley Orgánica general penitenciaria y su Reglamento afectan pero nunca pueden vulnerar el derecho fundamental a la libertad personal de los internos, pues la privación de ésta se ha producido por un título legítimo previo que es la imposición de una Sentencia penal condenatoria a privación de libertad. A partir de dicha premisa hemos reconocido que, puesto que la concesión o denegación de permisos penitenciarios de salida sí afectan a la libertad personal, la motivación exigible para tal afectación ha de ser especialmente rigurosa de manera que el control de este Tribunal se extiende, en estos caso, a valorar si la motivación es “concordante con los supuestos en que la Constitución española permite la afectación” del valor superior “libertad” y por ello “reconducible” a los supuestos constitucionalmente lícitos de privación de los permisos de salida”.

circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados. Múltiples factores pueden ser tenidos en cuenta para hacer esta valoración, más todos ellos han de estar conectados con el sentido de la pena y las finalidades que su cumplimiento persigue: el deficiente medio social en el que ha de integrarse el interno, la falta de apoyo familiar o económico, la falta de enraizamiento en España, anteriores quebrantamientos de condena o la persistencia de los factores que influyeron en la comisión del delito, entre otros, pueden ser causa suficiente, en cada caso concreto, que aconseje la denegación del permiso de salida.”

Por su parte, la STC 115/2003, de 16 de junio, mantiene el permiso de salida como medida individualizada de tratamiento penitenciario, dirigida a la reinserción social del penado y con una base constitucional en el art. 25 CE, y cuya concesión o denegación tiene que ser motivada. De manera que el permiso no es sólo el instrumento idóneo de preparación para la libertad, sino que es, además, un reconocimiento expreso de que no sólo formalmente, sino también en la realidad, la persona presa forma parte de la sociedad. Es también una forma de depositar la confianza en la persona presa que deja de serlo por unos días; y es, asimismo, una apelación a que asuma en cierta manera los mínimos de responsabilidad personal y social a los que se refiere la ley penitenciaria. En este sentido, “el permiso puede contribuir a su mayor eficacia porque, al contar con el preso, al incorporarlo a la ejecución de la pena, permite que éste valore la libertad no como añoranza sino como vivencia, pueda tomar contacto con un mundo exterior más aceleradamente cambiante que el de la prisión y refuerce los lazos familiares y la práctica de toma de decisiones propia del ejercicio de la responsabilidad” (AAP Madrid, Secc. 5ª, 795/2000, de 14 de junio). Por tanto, la concesión del permiso tiene que ser la regla y no la excepción, para que, a medida en que la pena se extingue, los estímulos y apoyos que acompañan al tratamiento y al esfuerzo de cada individuo para elaborar su proyecto nuevo de vida, sean una realidad (AAP Madrid, Secc. 5ª, 2974/2005, de 22-10).

No obstante, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA – RODRÍGUEZ RAMÍREZ (2011, p. 365) concluyen que los permisos penitenciarios no son recompensas sino auténticos derechos subjetivos, sujetos al cumplimiento de determinados requisitos. Aunque ciertamente un derecho cuya denegación, conforme a la jurisprudencia constitucional referida, no vulnera el derecho a la libertad pero, en la medida en que afecta a este derecho, exige una rigurosa motivación que posibilite el control constitucional de si la motivación es "concordante con los supuestos en que la Constitución española permite la afectación" del valor superior "libertad" y por ello "reconducible" a los supuestos constitucionalmente lícitos de privación de los permisos de salida.

Por otro lado, aunque ni el art. 3 LOGP ni el 4 RP incluyen expresamente los permisos entre los derechos reconocidos (JUANATEY DORADO —2013, p. 170— entiende que se residencia en el art. 4.e RP) a mi juicio se deriva claramente su naturaleza de derecho de las letras d) “*Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de*

asegurar el éxito del mismo” y e) “Derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación”.

Es cuestión pacífica que su concesión no es automática constatados los requisitos objetivos establecidos en el art. 154 RP, sino que la jurisprudencia ha ido sentando los criterios subjetivos que hacen que la concesión de un permiso sea recomendable o no; criterios conectados siempre con la preparación de la vida en libertad, plasmación del mandato de resocialización y reinserción social (art. 25.2 CE).

Para la concesión de los permisos ordinarios se exige que concurran en el penado (clasificado en segundo o tercer grado) una serie de requisitos (art. 47.2º LOGP):

a) Tener extinguida la cuarta parte de la totalidad de la condena, salvo para los clasificados directamente en tercer grado (Criterio 76 JVP 2008). Para el cálculo de la cuarta parte hay que deducir en su caso los días de redención ordinaria y extraordinaria. En su caso sería de aplicación el art. 78 CP 2003.

b) No observar mala conducta. Esta situación exige no tener sanciones sin cancelar. Para cancelar las sanciones es necesario el transcurso de seis meses para las faltas muy graves, tres meses para las graves y un mes para las leves, a contar desde el cumplimiento de la sanción. También es necesario que la persona presa no haya incurrido en una nueva falta disciplinaria muy grave o grave (art. 260.1 RP). No obstante, estos plazos de cancelación podrán ser acortados hasta la mitad de su duración si, con posterioridad a la sanción y antes de completarse, la persona obtuviese alguna recompensa de las previstas en el art. 263 (art. 261 RP).

Ahora bien, “no observar mala conducta” es un concepto jurídico indeterminado, sujeto a interpretación; un término ambiguo y antiguo, con resonancias moralizantes, por lo que ha de acudirse a una interpretación respetuosa con los principios constitucionales. Así, se dice “La conducta es una forma global de comportamiento que ha de enjuiciarse en conjunto, ponderando y aun compensando lo positivo y lo negativo, de suerte que es posible calificar una conducta de «no mala» con quien ha cometido alguna infracción disciplinaria, debiendo hacerse, caso por caso, un juicio de valor global. Además, la tarea interpretativa de este concepto (no) mala conducta, ha de establecerse en cada caso concreto para que la indeterminación genérica de la ley se torne en

la resolución específica e individualizada” (AAAP Madrid, Secc. 5ª, 1034/1999, de 8 de septiembre; de 30 de junio, de 4 de julio y de 30 de octubre de 2000 y de 21 de mayo de 2001). A estos efectos hay que valorar no solo la sanción sin cancelar, sino el tiempo que resta para la libertad definitiva, el disfrute de otros permisos anteriores, destinos, tareas, apoyos externos, etc.

Ahora bien, aun cuando concurren los denominados requisitos objetivos, el informe preceptivo del Equipo Técnico podrá ser negativo respecto de la concesión de permisos cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de 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 (art. 156.1 RP); es decir, junto a los requisitos objetivos, existen unos requisitos subjetivos, o de apreciación discrecional, con motivación reforzada constitucionalmente.

A modo de ejemplo, entre las causas que sirven de justificación a las resoluciones denegatorias de permisos en los Centros Penitenciarios, cabe citar como habituales: Tener sanciones sin cancelar, recurridas o estar incurso en expediente disciplinario; Tener responsabilidades preventivas; Prohibición legal: artículo 254.6 RP (no haber transcurrido dos o tres años desde reingreso en prisión por quebrantamiento de condena); Tener juicios/causas pendientes; Trayectoria penitenciaria irregular; Largo período de tiempo hasta las $\frac{3}{4}$ partes; Falta de garantías de hacer buen uso del permiso; Mal uso del permiso anterior o incumplimiento de condiciones impuestas; Positivo en analítica, manipulación o negativa a su realización; Ser considerado perjudicial para su tratamiento; Ausencia de arraigo en nuestro país; Ausencia de vinculación familiar y/o acogida institucional; Falta de consolidación de factores positivos; Escasa participación y/o interés en las actividades; Variables de riesgo; o Ser reincidente.

En la práctica se considera la larga condena como motivo suficiente para denegar los permisos (más de 5 años hasta las $\frac{3}{4}$ partes según la Tabla de Circunstancias Peculiares, M-TCCP), introducida por la Instrucción 22/1996 y aún vigente por Instrucción 1/2012). El fundamento que se utiliza es considerar que al estar lejano el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena

—límite temporal mínimo que permite acceder a la libertad condicional— no es necesario preparar la vida en libertad porque está aún lejos.

Este motivo de denegación de permisos quedó anulado por el Tribunal Constitucional en STC 112/1996, de 24 de junio:

“la resolución hace abstracción del hecho de que el penado haya superado más de la cuarta parte de su total duración, y concluye, que sólo tiene sentido preparar la vida en libertad cuando la posibilidad de obtenerla a través de la libertad condicional se halle cercana en el tiempo. Se conectan de esta manera los permisos de salida a la obtención de la libertad condicional, obviando las funciones que en sí mismo el permiso está llamado a cumplir. Se olvida por último, que a través de la clasificación y progresión en grado los penados puedan acceder a regímenes de semilibertad a cuya preparación son también funcionales los permisos. Esta interpretación restrictiva de los derechos no está anclada en el tenor de la ley que limita las posibilidades resocializadoras que la misma abre, sino que se aparta de la finalidad propia que inspira la institución que analizamos, y que, por tanto, ha de ser tenida como irrazonable”.

En cuanto al largo tiempo que resta para la libertad deben hacerse dos consideraciones. La primera es que ello es un dato fatal e inexorable en caso de largas condenas siempre que la persona condenada, tras cumplir la cuarta parte de la misma y observar buena conducta, solicita un permiso. Por definición, la parte de condena que resta por cumplir —tres cuartas partes o la mitad si obtiene la libertad condicional— es tres veces, o al menos dos, más larga que la ya cumplida. Pudo la ley fijar las condiciones para acceder a los permisos en otra fracción más alta de la pena pero, si no lo hizo, es absurdo invocar lo obvio como una razón de denegación de aquéllos. El criterio produce por tanto que en la práctica en los casos de largas condenas los permisos ordinarios queden pospuestos hasta fechas cercanas a la posibilidad de progresión a tercer grado.

Por otro lado, la lejanía en el cumplimiento de la condena no es un factor positivo para conceder el permiso pero tampoco es un factor negativo para denegarlo, salvo que se entienda que están excluidos de esos beneficios los condenados a penas largas privativas de libertad. Esto no sólo no es así, sino que para estas personas condenadas, generalmente con muchos años de prisión, la preparación para la libertad ha de ser paulatina, y por ello, debe iniciarse desde lejos del cumplimiento final de la condena la concesión de los

permisos en orden a la preparación para la libertad (AAP Madrid, Secc. 5ª, 410/1997, 447/1997 y 670/1997). Por otro lado, no puede olvidarse que los permisos también sirven para acceder a regímenes de semilibertad a cuya preparación también son funcionales los permisos (AAP Sevilla, Secc. 4ª, 683/2007, de 26 de noviembre), además de las finalidades de reducción de la desocialización y otras no estrictamente relacionadas con la preparación de la vida en libertad que ha destacado la jurisprudencia.

En todo caso, si ya se han concedidos permisos no puede aducirse la lejanía. Así, en el Auto de la AP de Álava núm. 36/2011, de 1 de febrero, se señala que

“el Juzgado de Vigilancia, cuya labor jurisdiccional es la que fundamentalmente nos corresponde fiscalizar, rechaza la queja y el recurso de reforma por la lejanía en el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena; la existencia de responsabilidades penales pendientes de sustanciación, motivo éste que también tiene en cuenta la Junta de Tratamiento, y en estrecha relación con éstas, la posibilidad de un quebrantamiento de la condena. A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de otros supuestos en que se toma en consideración la lejanía del cumplimiento para denegar un permiso, nos hallamos en un supuesto en que el interno ya en el escrito de queja y en especial en el recurso de reforma informaba que había disfrutado de diferentes permisos y que últimamente se le habían denegado o suspendido su concesión por la posible comisión de otros delitos. Pues bien, esta Sala tiene que partir de que efectivamente ha disfrutado tales permisos, puesto que ningún dato que se halle en el expediente lo desmiente, y la consideración de que se le denegó este permiso por la posible comisión de otro delito se muestra como muy verosímil, por lo que la asumimos. Dado que el interno ha justificado que tales responsabilidades penales no existen y que incluso ya se le han vuelto a dar permisos y un régimen de semilibertad, consideramos procedente la estimación del recurso de apelación”.

El argumento de la “larga condena” en todo caso decae cuando la petición se hace dentro del período de las tres cuartas partes de cumplimiento de la condena. En este sentido la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1ª) dictó el Auto 414/2012, de 20 junio, en los siguientes términos:

“El recurso debe prosperar al cumplirse los requisitos exigidos en el artículo 154 del Reglamento Penitenciario y no observarse por otro lado la existencia

de sanciones en el expediente del interno, habida cuenta de que las razones expuestas por la Junta de Tratamiento y Juez de vigilancia para denegar el permiso no pueden tener la virtualidad que se pretende, ya que siendo una de las finalidades básicas de los permisos la preparación para la vida en libertad, tal extremo, al estar la solicitud dentro del plazo de un año contado desde la petición hasta las tres cuartas partes, cuya data de cumplimiento es el 28-10-2012 y la definitiva el 12-9-2013, y ser la conducta del peticionario con notas meritorias, es suficiente para su concesión teniendo en cuenta lo antedicho en cuanto a fechas”.

Por último, cabe mencionar que la Instrucción SGIP 1/2012, de 2 de abril, que deroga la Instrucción SGIP 3/2008, al amparo del art. 156.1 RP, mantiene las Tablas de Concurrencia de circunstancias peculiares (M-CCP) y de Variables de riesgo (M-TVR) para la concesión de permisos de salida, proveniente de la Instrucción 22/1996; circunstancias peculiares entre las que están: puntuación igual o superior a 65 en la TVR; condenado por delitos contra las personas o contra la libertad sexual; pertenencia a banda armada o de carácter internacional; o le reste más de 5 años para el cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes. Circunstancias especiales que junto con la clasificación en primer grado, hacen inviable que la mayoría de los presos de ETA puedan siquiera pensar en disfrutar de permisos.

Hasta 2012, con la anterior dirección política de la administración penitenciaria competente, fue frecuente que los presos que habiéndose apartado de la organización terrorista, habiendo sido trasladados al Centro Penitenciario Nanclares —luego al nuevo Centro Penitenciaria Araba, cuando se comenzó a ocupar en sustitución de aquel en diciembre de 2011—, habiendo declarado por escrito su abandono y petición de perdón a sus víctimas, comenzaran a disfrutar permisos, después se les concediera el llamado cupo semestral de permisos (18 días en segundo grado), luego la flexibilización regimental del art. 100.2º RP y en algunos casos el régimen abierto y la libertad condicional. Sin embargo, a partir del cambio de Gobierno⁴⁹⁵ la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario

⁴⁹⁵ La mayor parte de los procesos se cortaron con la llegada del Partido Popular al Gobierno. Las libertades condicionales concedidas de 2012 a 2015 provienen en todos los casos de

Araba deniega sistemáticamente cada dos meses los permisos a todos los presos de la vía Nanclares, aunque hayan disfrutado ya de en unos casos 12 o en otros 19 permisos concedidos, en primer lugar por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional vía recurso de apelación, y después ya por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria vía queja contra la denegación del permiso. Aunque se dice (JUANATEY DORADO 2013, p. 171), y así es, que el primer permiso suele ser el que comporta un análisis más exhaustivo, de modo que los siguientes se suelen suceder cada dos meses sin mayores complicaciones mientras no cambien las circunstancias o haya un mal uso, no está siendo así en el caso de los internos de la vía Nanclares presos en el Centro Penitenciario Araba.

Consecuentemente, en relación con presos por delitos de terrorismo de ETA, en concreto de la vía Nanclares, la Audiencia Nacional ha tenido múltiples ocasiones para pronunciarse sobre los permisos ordinarios a estos presos. Así, por ejemplo el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2013, al conceder un permiso ordinario a uno de los presos de la denominada vía Nanclares, el primero que se consiguió contra el criterio de la administración penitenciaria tras la entrada en el Gobierno del Partido Popular, establecía, de modo idéntico a los restantes, la doctrina general sobre permisos:

“1.- Los arts. 47.2 de la Ley orgánica general penitenciaria y 154 del Reglamento penitenciario exigen para conceder los permisos ordinarios de salida que se trate de un clasificado en segundo grado, que haya cumplido la cuarta parte de la condena y observe buena conducta. Ciertamente estos requisitos constituyen un mínimo, y no suponen que cuando concurren se deba obtener automáticamente el permiso, pues a continuación el mencionado reglamento establece en el art. 156.1 que no obstante concurrir esos requisitos objetivos la propuesta de los equipos técnicos o el acuerdo

terceros grados o flexibilizaciones regimentales (art. 100.2º RP) aprobadas por la administración penitenciaria antes de 2012. Habría sido incoherente que la misma administración penitenciaria apreciara que no concurren para la libertad condicional los criterios que sí entendió que concurrían para el tercer grado o 100.2º RP. Sin embargo, después de 2012 no se ha iniciado ningún itinerario nuevo como los señalados.

de la Junta de Régimen y Administración podrán ser negativos si consideran por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables que es probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o que el permiso repercutirá perjudicialmente sobre el interesado desde el punto de vista de su preparación para la vida en libertad o para su programa individual de tratamiento. Los permisos de salida dan respuesta al derecho del interno a que se facilite su relación con el exterior (art. 4.1-e RP), porque el contacto con la sociedad le prepara para la futura libertad y neutraliza o reduce los efectos desocializadores que producen las penas de prisión. Por ello es un medio adecuado para el tratamiento penitenciario al tiempo que potencia la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad (art. 110, 114 y 154 RP). La jurisprudencia constitucional ha precisado los términos y los límites de ese medio de intervención en el tratamiento penitenciario: “la posibilidad de conceder permisos de salida penitenciarios se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad: la reeducación y reinserción social (art. 25.2 de la Constitución) al contribuir a lo que hemos denominado la «corrección y readaptación del penado» (STC 19/1988, de 16 de febrero F. 7) y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Y, aunque hayamos afirmado 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, ello no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador, cumpliendo el mandato de la Constitución, establece diversos mecanismos e instituciones en la legislación precisamente encaminados a garantizar la orientación resocializadora, facilitando la preparación de la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es, concretamente, el de la concesión de permisos que, como expresamente hemos dicho (SSTC 112/1996, 2/1997 y 204/1999, ya citadas), pueden fortalecer los vínculos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión, que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen, además, un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno y, con ello, al desarrollo de la personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que va a integrarse, e indican cuál es la evolución del penado. No obstante, hemos llamado también la atención sobre las cautelas que se derivan de la concesión automática de los permisos al constituir una vía fácil para eludir la custodia, declarando que es razonable que su concesión no sea automática una vez constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos y que, por ello, no basta con que éstos concurren sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación

a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados” (STC 109/2000, de 5 mayo)”.

Anteriormente se había desestimado, por Auto del JCVP de 13 de febrero de 2013, la queja del interno contra la denegación por la Junta de Tratamiento, a pesar de que extinguía el máximo de cumplimiento de 30 años en menos de 3 años [finalmente la excarcelación por licenciamiento definitivo se adelantó al 16 de marzo de 2015 por efecto de las redenciones extraordinarias], y que “se confirma una evolución positiva en la que se dan los requisitos objetivos [sic] por la norma para obtener el permiso”, que en el propio Auto recurrido se recogían: “1. Ha rechazado la violencia. 2. Ha sido expulsado de la organización terrorista y del colectivo de presos que de ella depende, si bien el interno había manifestado previamente su voluntad de apartarse de la misma. 3. Reconoce el daño causado. 4. Participa en actividades de tratamiento (talleres y foros) llevadas a cabo en el centro penitenciario de Nanclares de Oca sobre discusión del terrorismo. Ha participado en programas de reparación con las víctimas del terrorismo”, única y exclusivamente basándose en “la cuantía de la condena”, que “aleja en este momento las fechas legalmente exigibles para obtener cotas de semi-libertad. Por lo que resulta prematuro el permiso pretendido”, a pesar de que, cómo se ha dicho, le restaban menos de 3 años para cumplir los 30 máximos, lo cual a la vista de la insostenibilidad del argumento evidencia que el JCVP simplemente no quería conceder un permiso a este interno, seguramente para no soportar la presión pública a la que se vería sometido.

En el expediente de permisos anterior se había denegado por el JCVP, Auto de 12 de marzo de 2012, por “*gravedad de la actividad delictiva*”, que “el Juez de Vigilancia Penitenciaria no solo ha de tutelar los derechos de los internos, sino que como juez de ejecución de penas, ha de atender igualmente a otros fines de estas: *prevención general, prevención especial y retribución o expiación, resultando en este momento prematuro, desaconsejable y difícil de entender socialmente la concesión del permisos solicitado por el interno, ponderando en su conjunto las circunstancias criminológicas existentes en este caso y la carencia de datos de los que inferir una predisposición pro social nueva en el interno y un profundo cambio de actitudes*” y “que su trayectoria una vez empieza a dar pasos para su desvinculación no resulta tan clara... al día 28 de septiembre de 2009... el testimonio de V., que declaraba desde la prisión de Villabona y por tanto sin presión alguna, resultó tan vacío de contenido que la

interna, que había sido entregada por las autoridades francesas fue absuelta por falta de pruebas y excarcelada al día siguiente. Esta posición dubitativa la ha puesto de manifiesto en sus declaraciones como testigo en otros juicios anteriores. En definitiva, es posible constatar en la evolución de la personalidad del penado que aún persisten ciertas actitudes ambivalentes en relación con el uso de la violencia como instrumento para lograr objetivos de tipo político”.

Esta asombrosa resolución del órgano judicial garante de los derechos del interno, a pesar de restarle menos de una décima parte de cumplimiento y cumplir sobradamente con los requisitos objetivos y subjetivos comunes, con base en la necesidad de “expiación” (sic), unas supuestas actitudes ambivalentes hacia la violencia deducidas de que su declaración testifical en un juicio 4 años antes no dieron lugar a una condena (se entiende que el juzgado entiende que el declarante cometió delito de falso testimonio) y que el permiso sería difícil de entender socialmente, expresa a mi juicio claramente, por un lado la excepcionalidad de todas las materias jurídicas que afecten a presos por delitos de terrorismo de ETA; la relevancia de la presión mediática (el ex preso en cuestión participó en el asesinato de personas muy relevantes como Gregorio Ordoñez Fenollar o Fernando Múgica Herzog); el arbitrario empleo del criterio de la exigencia de delación, que legalmente solo existe para el tercer grado y la libertad condicional, sin atender además a si esa colaboración es posible o imposible; y el uso del criterio retributivo en la ejecución de la pena para que el cumplimiento efectivo en segundo grado y sin permisos llegue hasta el límite máximo de cumplimiento, aunque no sea aplicable el art. 78 CP.

Pues bien, finalmente el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2013 estimó el recurso de apelación contra el citado Auto del JCVP de 13 de febrero de 2013 con el siguiente argumento nuclear:

“Ponerse en el lugar de las víctimas, intentar repararlas, ocuparse de su dolor, es una forma espléndida de reeducación del delincuente, de reconocimiento del derecho y de la norma violada (fines de prevención general), de reparación”, así como que “El sistema penitenciario debe ejemplificar la conducta y el comportamiento de los condenados que intentan reintegrarse al orden jurídico, respetar las normas y reconocer a sus víctimas, más si se trata de delitos muy graves, y reconocer el esfuerzo rehabilitador, cuando es sincero y expresivo de una transformación. Casos como el que nos ocupan, por su excepcionalidad —como contraste véase la

actitud de la mayoría de los presos por delitos terroristas, que no reconocen el dolor producido a las víctimas ni se preocupan por ellas—, pueden erigirse en modelo de un sistema que persigue, entre otros fines, la rehabilitación de los condenados.”

Aunque también hacía una referencia no concluyente a la delación:

“5.- La defensa ha aportado el anterior auto del juez de Vigilancia, de fecha 12.3.2012, en el que desestimó la queja del interno contra la denegación del permiso, donde dejaba constancia de ciertas actitudes ambivalentes en los juicios a los que era convocado como testigo, algo que ya no se menciona en esta nueva ocasión, entiende la Sala porque han sido despejadas las dudas con sus nuevas comparecencias, en las que ha prestado testimonio en la clave de su evolución penitenciaria y de su reconocimiento del daño causado.”

A partir del primer permiso concedido por la Sala de lo Penal en vía de recurso de apelación, el JCVP ya fue estimando las quejas contra las denegaciones bimensuales por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Araba (denegaciones que se produjeron hasta los últimos días de la condena). Sin embargo, el fiscal de la Audiencia Nacional Rubira Nieto recurría, bien en reforma y apelación, bien directamente en apelación a la Sala, todos los permisos concedidos a este y a cualquiera de los demás internos de la vía Nanclares⁴⁹⁶.

Y así sigue ocurriendo a día de hoy: la Junta de Tratamiento deniega indefectible y contumazmente los permisos por “gravedad de la conducta delictiva” y “lejanía de la fecha de cumplimiento de los tres cuartos de la condena”, a pesar de que concurren de modo similar en todos los casos las circunstancias antedichas. El JCVP estima la queja y concede el permiso. El fiscal Rubira Nieto lo recurre en apelación a la Sala. Como el centro penitenciario

⁴⁹⁶ Sin embargo uno de los internos, cuyos permisos son informados por otro fiscal, ve como se le conceden por el JCVP con el informe favorable del Fiscal, por lo que no son recurridos en apelación a la Sala.

se niega a ejecutar el Auto del JCVP, a pesar de conocer que es ejecutivo aunque esté recurrido en apelación (no es de aplicación la Disposición Adicional Quinta LOPJ), el interno se ve obligado a solicitar al Juzgado que lo declare expresamente en una nueva resolución judicial, para cada permiso concedido, y lo comunique al centro penitenciario⁴⁹⁷. Solo en ese momento el interno puede

⁴⁹⁷ El JCVP transcribe, en sus autos ordenando al Centro Penitenciario la ejecución de los autos que conceden permisos, el Criterio nº 160 de los Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2010 (texto refundido y depurado actualizado a mayo de 2010): *“Tramitación del recurso de apelación. El recurso de apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se tramitará conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la impugnación de autos en el procedimiento abreviado. Este recurso no tendrá efecto suspensivo salvo en los supuestos previstos en la ley. (Aprobado por mayoría: corregido conforme a la L.O. 5/2003 y la nueva regulación de la LOPJ). En el caso de que se admita el recurso de apelación con efecto suspensivo, se remitirá inmediatamente al órgano jurisdiccional competente para resolver el mismo testimonio de las actuaciones indispensables para que se pronuncie sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión. (Aprobado por unanimidad en la reunión de octubre de 2007). MOTIVACIÓN: Se considera conveniente la tramitación de los recursos de apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria con arreglo a la normativa que la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala para el procedimiento abreviado. Se argumenta con los siguientes razonamientos: 1) Mayor rapidez en la tramitación del recurso. 2) Mayor garantía en la efectiva defensa profesional del interno. 3) Se facilita el nombramiento de abogado y procurador, ya que se nombrará a aquellos que tienen facultad para actuar ante el 66 Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y no a aquellos que actúan en la provincia donde tenga su sede la Audiencia provincial que ha de resolver el recurso. 4) Se superan las dificultades derivadas del incremento del número de recursos. Se señala en el párrafo segundo del criterio que el recurso no tendrá carácter suspensivo salvo en los supuestos previstos en la ley. La ejecución inmediata del Auto impugnado puede suponer vaciar de contenido la posible estimación del recurso, por ello los Jueces de Vigilancia Penitenciaria han entendido que el recurso debe admitirse en un solo efecto con excepción de los casos en que la inmediata ejecución de lo resuelto prive de virtualidad al recurso o puede alterar o distorsionar una línea de tratamiento. Será, por tanto, ante la imprecisión legislativa, el buen criterio del juzgador el que decida al admitirlo a trámite sobre el efecto suspensivo o no, sin perjuicio de lo dispuesto en la modificación de la disposición adicional 5ª de la LOPJ, que introduce un nuevo apartado en el que se establece el efecto suspensivo del recurso contra resoluciones en materia de clasificación de penados o concesión de libertad condicional para evitar que en los casos de delitos graves una excarcelación inmediata por libertad condicional haga ineficaz la resolución que en virtud del recurso de apelación pueda dictarse. La regulación del recurso de apelación se contiene de forma satisfactoria en el nuevo apartado 8 de la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ. Sin*

disfrutar del permiso. La Sala finalmente desestima el recurso de apelación del fiscal. Y así una y otra vez; la misma dinámica se ha repetido una media de 15 veces por interno a fecha de hoy. Sobran los comentarios.

El fiscal Rubira Nieto, en el escrito que utiliza para todos los recursos, esgrime: un supuesto automatismo en la concesión del permiso, ausencia de “colaboración activa y efectiva de forma individualizada con la justicia”⁴⁹⁸, con base en que el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2003 (caso Soares Gamboa) habría establecido que es requisito *sine qua non* de los beneficios penitenciarios —pero ni los permisos son beneficios penitenciarios ni estaba vigente en aquel momento el art. 78 CP 2003—, valoración de riesgo de 50 (en la Tabla de Valoración de Riesgos), escasa cuantía de responsabilidad civil satisfecha, sanciones canceladas hace solamente 4 años, la finalidad de la pena de intimidación y expiación, que no consta en el expediente petición de perdón a víctimas de los atentados efectuados por el interno, e incluso llegó a afirmar en un caso que el penado incumplió la obligación de disfrutar el permiso fuera de Euskadi porque lo hizo en

embargo, se ha considerado conveniente mantener este criterio 146, con una ligera modificación, por dos motivos. En primer lugar, porque la reforma legislativa en este punto, operada por la L.O. 5/2003, recoge en lo esencial el criterio mantenido por los JVP en cuanto a la tramitación del recurso de apelación contra las resoluciones de los mismos, lo que sin duda refuerza el valor y la auctoritas de los criterios aprobados por dicha rama de la Jurisdicción y constituye un estímulo para continuar en esta función. En segundo lugar, porque la reforma legislativa es incompleta, ya que, dentro del título dedicado por la LECrim al procedimiento abreviado (título II del libro IV, artículos 757 a 794), se regulan dos procedimientos distintos para tramitar los recursos de apelación según que la resolución impugnada sea un auto (art. 766) o una sentencia (art. 790), por lo que resulta útil aprovechar este criterio 146 para clarificar la cuestión, en el sentido de que el trámite a seguir ha de ser el previsto para la impugnación de los autos, según práctica seguida por la generalidad de los JVP. Por otra parte, el párrafo segundo del criterio no es superfluo, pese a la existencia del nuevo apartado 5 de la disp. adic. 5ª de la LOPJ, según la redacción dada por la L.O. 7/2003, ya que aclara que el recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo en supuestos distintos de los previstos en el apartado 5 de la citada Disposición Adicional 5ª de la LOPJ.”

⁴⁹⁸ A lo que el Auto del JCVP le respondió que no es una exigencia legal de los permisos sino del tercer grado y de la libertad condicional y que la cuestión ya había sido resuelta por Auto de la Sala de 7 de mayo de 2013.

Lodosa (Navarra). Argumentos todos rechazados una y otra vez en las decenas de autos que desestiman sus recursos de apelación.

Pero es que además, la propia Instrucción SGIP 1/2012 establece que *“Las Juntas de Tratamiento podrán proponer cupos semestrales de permiso para los internos clasificados en tercer grado y para aquellos clasificados en segundo que hayan ya disfrutado, al menos, de dos permisos de salida con resultado positivo en los últimos 6 meses. Estos cupos serán de 24 y 18 días respectivamente”*; cupos que eran costumbre para los presos de la vía Nanclores que se encontraran en esa situación, hasta enero de 2012, en que se dejaron de conceder permisos o cupos, aunque es cierto que se respetaron a los que ya los disfrutaban.

La propia Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (por ejemplo, entre otros, los Autos 442/2014, de 16 de junio y 476, 477 y 478/2014, de 27 de junio) recuerda al centro penitenciario que *“es hora de normalizar el disfrute de los permisos de estos presos mediante la concesión del cupo semestral de 18 días”*. Exigencia de la Sala a la que el Centro Penitenciario ha hecho caso omiso; no solo sigue sin conceder el cupo sino que sigue denegando bimensualmente los permisos ordinarios.

En definitiva, al margen de los obstáculos legales, incluso oponiéndose frontalmente a las normas legales, los procesos de reinserción social de los presos que abandonen ETA son imposibles mientras exista la voluntad política de impedirlos. Como afirma GÓMEZ BENÍTEZ (2014, p. 1), “la interpretación de las normas penitenciarias ha llegado hasta el límite de sus posibilidades represivas”; yo diría que ha ido más allá, a la vista de lo que viene ocurriendo con los permisos en estos últimos años.

G. Flexibilización del régimen ordinario (art. 100.2º RP)

El RP 1996 introdujo en el art. 100.2º RP un elemento de gran potencialidad⁴⁹⁹ en materia de clasificación: el llamado principio de flexibilidad, que introduce una mayor capacidad de adaptar a las necesidades de tratamiento y de seguridad y custodia el sistema de clasificación en grados.

El art. 100 RP, que abre el Capítulo sobre clasificación de penados, establece:

“1. Además de las separaciones señaladas en el artículo anterior, tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados. Los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto.

2. No obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.”

⁴⁹⁹ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA – RODRÍGUEZ RAMÍREZ (2011, p. 281) estiman que abre numerosas expectativas —no exentas de riesgos, entre ellos para el principio de seguridad jurídica—y profundiza en las raíces del sistema de individualización científica. JUANATEY DORADO (2013, p. 129) lo considera una de las novedades más interesantes del RP 1996.

Sin embargo a juicio de MANZANARES SAMANIEGO (2008, p. 235) este artículo se aparta de la LOGP y carece de cobertura legal.

La Instrucción SGIP 9/2007, de 21 de mayo, sobre Clasificación y destino de penados⁵⁰⁰, en su punto 3.4, pp. 14-15⁵⁰¹, señala a las Juntas de Tratamiento:

“El art. 100.2 del Reglamento Penitenciario abre interesantes y enriquecedoras posibilidades, en orden a la mejor consecución del principio de individualización científica consagrado en el art. 72.1 de la LOGP. La correcta aplicación de tales virtualidades y su armonización con la debida garantía jurídica, requiere que se tengan en cuenta las siguientes precisiones: • La precitada disposición reglamentaria no configura uno o varios grados intermedios dentro del sistema de clasificación, grados que vienen tasados en la propia LOGP. Todo penado clasificado, que no haya accedido al de libertad condicional, se encontrará clasificado en uno de los tres grados de clasificación enumerados en el art. 100.1 del Reglamento, sin otra restricción de derechos que las contempladas, dentro de ellos, en la Ley y el Reglamento, precisándose para la aplicación de un régimen distinto la existencia de la correspondiente resolución de cambio de grado. Ello no obsta para que la conveniencia de aplicar un programa concreto de tratamiento adecuado a las características específicas del interno y encaminado a la consecución del fin de reinserción, justifique, al amparo de lo establecido en el art. 71 de la L.O.G.P., la introducción de determinadas modificaciones regimentales propias de un grado distinto de clasificación. • El carácter finalista de la citada previsión reglamentaria configura una situación definida de especial seguimiento encaminada, si los objetivos establecidos en el programa llegan a alcanzarse, a una próxima revisión y cambio del grado de clasificación. Dicho programa se revisará como máximo cada tres meses. • La aplicación de las previsiones contenidas en el punto 2 del precitado art. 100 precisarán de la remisión al Centro Directivo (Servicio de Tratamiento) del programa específico de tratamiento que lo justifique, de acuerdo con el modelo de aplicación del art. 100.2 RP, recogido en anexo I. • Una vez efectuado por el Centro Directivo pronunciamiento que incluya las

⁵⁰⁰ Se completa con la Orden de servicio del Subdirector General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de 26 de diciembre de 2005.

⁵⁰¹ Similar a lo previsto en la Instrucción 20/1996, de 16 de diciembre, sobre refundición de circulares e instrucciones. Clasificación y destino de penados, punto 3.5, pp. 10-11, pero en la vigente elimina la referencia a su carácter excepcional a pesar del tenor literal del art. 100.2º *in fine*.

previsiones del art. 100.2 R.P. se comunicará inmediatamente por el centro penitenciario al Juez de Vigilancia Penitenciaria, a efectos de aprobación, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad desde el momento en el que se reciba⁵⁰². En el supuesto de que la resolución judicial se produjera en sentido no aprobatorio, se suspenderá su ejecución, dando traslado de la misma al Centro Directivo, a efectos de regularizar la situación del penado en el sistema informático. • Cuando se reciba en el centro penitenciario resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o de otra Autoridad Judicial que disponga la aplicación del art. 100.2 R.P. a un penado, con independencia de su directa ejecución en los extremos en los que resulte posible, se remitirá el auto al Centro Directivo, acompañado del modelo de aplicación del artº 100.2, en el que se recogerá el programa específico que justifica la aplicación del principio de flexibilidad en la ejecución.”

En consecuencia, el art. 100.2º RP configura un sistema que no altera la clasificación en grados —aunque señala un camino hacia la progresión de grado, por lo que tiene una naturaleza intrínsecamente transitoria⁵⁰³, basado en el sistema de individualización científica—, que en todo caso se vincula a un programa específico de tratamiento propuesto por la administración penitenciaria. Es decir, el penado estará clasificado en un grado pero se le podrán aplicar aspectos regimentales del siguiente grado⁵⁰⁴. Por otro lado es destacable que en la Instrucción vigente se elimina la nota de excepcionalidad presente en el art. 100.2 RP y que, al igual que en la anterior, se establece su control por parte del Centro Directivo.

La exigencia de un programa específico de tratamiento propuesto por la administración penitenciaria produce que en principio se trate de un régimen no susceptible de obtención jurisdiccional, aunque existen resoluciones judiciales en

⁵⁰² El Acuerdo aprobado por unanimidad de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en la reunión de junio de 2006, nº 60 bis, sostiene que no debería ser ejecutivo antes de la aprobación judicial y que debería regularse en Ley Orgánica.

⁵⁰³ Se ha de revisar como máximo cada 3 meses.

⁵⁰⁴ No obstante, la Orden de Servicio de 26-12-2005 admite excepcionalmente la clasificación en tercer grado con aspectos del segundo.

sentido contrario. Su inaplicación no sería susceptible de control jurisdiccional porque en todo caso debe partir de un programa individualizado de tratamiento propuesto por la administración penitenciaria, lo que a mi juicio constituye una merma del derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, su aplicación sí está sometida a aprobación judicial, por lo que su aplicación sí es susceptible de control.

Sin embargo, sí hay resoluciones, como el AAP de Madrid 1541/2009, de 4 de mayo de 2009, en las que se estima parcialmente el recurso de la persona presa y se le aplica algún régimen de flexibilidad al amparo del art. 100.2º RP⁵⁰⁵:

“se estima ajustado a su situación personal el mantenimiento de la recurrente en el segundo grado penitenciario si bien se la concede, al amparo de lo dispuesto en el artículo 100 del Reglamento Penitenciario, determinados beneficios propios del tercer grado penitenciario como son la concesión de las salidas los fines de semana y 48 días de permiso, por ello procede estimar en parte el recurso formulado por la interna, al entender este Tribunal que este sistema es el adecuado dada las características tanto personales como materiales que concurren en el presente caso”

O el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena de 17 de septiembre de 2009:

“constan en el expediente del interno factores de adaptación como buena conducta penitenciaria, disfrute adecuado de los permisos hasta el momento otorgados, superación del cumplimiento de la mitad de la condena, participación en numerosas actividades con valoración de “excelente”, que

⁵⁰⁵ También AJVP nº 1 de Madrid, de 23 de abril de 2007: “Se estima en parte el recurso presentado por el Ministerio Fiscal, contra la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 22- 02-2007 en la que se acordó progresar a tercer grado al interno, y en su consecuencia se deja sin efecto tal Resolución, clasificando en 2º grado a dicha persona en la modalidad prevista en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, debiendo por ello elaborar la Junta de Tratamiento del CIS Victoria Kent el correspondiente programa específico de tratamiento, teniendo en cuenta para ello los aspectos señalados en el anterior razonamiento jurídico, con objeto de que pueda ser aprobado por este Juzgado, tal y como exige el citado artículo”.

no obstante concurren con otros factores negativos de inadaptación que deberán ser observados para la adecuada evolución en grado vista la gravedad y reincidencia del delito cometido (contra la salud pública), la lejana extinción que no tendrá lugar hasta el 6 de agosto de 2015, la necesidad de examinar al interno en un periodo más amplio en el disfrute de permisos visto el aumento de su condena con la última refundición de una nueva causa de delito contra la salud, la ausencia de cualificación profesional... por lo que conjugando todos los factores concurrentes (favorables y desfavorables) esta Juzgadora acuerda por el momento la permanencia del interno en segundo grado y, por lo tanto con sumisión al régimen ordinario, pero también al amparo de lo previsto en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, informado por el principio de flexibilidad como inspirador del tratamiento, con variantes propias del tercer grado que consisten en que disfrute de permisos de salida los fines de semana alternos (que servirán de base para determinar su posible y futura evolución de grado) y en la posibilidad de que los números de permiso al año alcancen los 48 días, hasta que la puesta a prueba del buen uso de la libertad indique que procede su progresión al tercer grado, confianza que se otorga instándole a que no quebrante el apoyo que se le presta con esta excepcional decisión”.

Por el contrario, el AAP de Albacete de 28 de octubre de 2004 estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra un Auto de Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que clasifica en 2º grado, con aplicación del artículo 100.2 RP, porque ello requiere previa proposición del Equipo Técnico.

Por su parte, en relación con uno de los penados de la vía Nanclares, el Auto del JCVP de 31 de octubre de 2013 afirma que la aplicación del art. 100.2º RP requiere una propuesta de plan de ejecución por parte de la Junta de Tratamiento, por lo que no considera valorar si procede o no.

También el AAP de Ciudad Real, de 14 de enero de 2004⁵⁰⁶, estimando un recurso de apelación del Ministerio Fiscal contra un Auto del Juzgado de

⁵⁰⁶ Véase también AJVP nº 2 de Barcelona de 15 de enero de 2007, entre otros.

Vigilancia Penitenciaria que acordaba la aplicación del régimen de flexibilidad del art. 100.2º:

“esta Sala ha decidido revocar el Auto apelado, por cuanto que su decisión de mantener al interno en el segundo grado de clasificación penitenciaria con concesión de salidas todos los fines de semana, no puede fundarse válidamente en el principio de flexibilidad dispuesto en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario. En este sentido, en su escrito de 16 de diciembre de 2003, el Ministerio Fiscal se ratifica en su escrito de apelación y acompaña a su impugnación un nuevo argumento, como es que la clasificación penitenciaria decidida por el Juzgado de Vigilancia, manteniendo al interno en el segundo grado pero concediéndole salidas de fin de semana, debería haber requerido también previa propuesta del Equipo Técnico y decisión de la Junta de Tratamiento, posteriormente aprobada por el Juez, según lo dispuesto en el propio artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario. Pues bien, efectivamente el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario permite combinar flexiblemente elementos característicos de distintos grados penitenciarios y en teoría admite también que el segundo grado progrese mediante la concesión de un beneficio característico del régimen abierto, como son las salidas de fin de semana, pero esta posibilidad de flexibilización de la clasificación penitenciaria tiene un carácter excepcional y extraordinario y debe fundarse en un programa específico aprobado por la Junta de Tratamiento. El propio artículo 100.2 del referido cuerpo legal califica expresamente esta posible combinación de «medida excepcional», exigiendo que se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra manera (que no sea la combinación de elementos de grados distintos) no pueda ser ejecutado.”

En el mismo sentido el AAP de Valencia, de 19 de septiembre de 2007, pero

“sugiriendo la conveniencia de que puedan formularse variables de cumplimiento, por la vía del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, por los competentes integrantes del Equipo Técnico, presentando a la Junta de Tratamiento un modelo de ejecución, en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los grados, segundo y tercero siempre y cuando exista un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado y que sea aprobado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Aun cuando pudiera ser admisible que en vía jurisdiccional se adoptarán determinadas medidas tendentes a adecuar el régimen específico que se interesa subsidiariamente por el recurrente, parece más conveniente

que el mismo se establezca por parte de quienes no sólo tienen el conocimiento directo del comportamiento, necesidades, exigencias y credibilidad sobre la certeza de los proyectos y conducta observada, sino que, además, requerirá el seguimiento puntual o evaluación continua del interesado”.

En relación con el momento en que es posible aplicar el art. 100.2º RP, GÓMEZ BENÍTEZ (2014, pp. 2 y 12-14) interpreta que en principio el tenor literal del precepto conduce a entender que solamente puede aplicarse el art. 100.2º RP en el momento de la clasificación inicial. Considero que se trata de una interpretación literal que no acaba de convencer. El “no obstante” del 100.2º RP no lo limita a la clasificación tras el ingreso, sino que se refiere a la definición de tres grados de clasificación y la atribución regimental a cada uno en el art. 100.1º RP. No es una interpretación acogida ni creo que susceptible de ser acogida en la práctica. No obstante, el propio autor (p. 13), aunque recomienda su reforma, entiende que cabe “una interpretación que integre el “modelo flexible de ejecución” en el sistema individualizado de tratamiento resocializador”. En ningún momento se ha interpretado, ni por la doctrina ni por la administración penitenciaria ni por los órganos judiciales, que solamente quepa esta posibilidad en la clasificación inicial. Al contrario, es una cuestión que conforme al carácter dinámico del tratamiento, el conocimiento del penado que exige, el trámite de propuesta y aprobaciones que requiere, será extrañamente adoptado en la primera clasificación, por lo que resulta más convincente la segunda interpretación a la que apunta.

Aunque ciertamente este principio de flexibilidad actúa en sentido contrario a la evolución legislativa de la ejecución, comenzada tímidamente con el art. 78 CP 1995 y consolidada con los arts. 36.2 y 78 CP 2003, que tiende a la rigidez clasificatoria, entiendo (con GÓMEZ BENÍTEZ 2014, pp. 12-14) que constituye un elemento de gran potencialidad para abordar los procesos de reinserción de penados por terrorismo; de hecho, durante la segunda legislatura socialista, 2004-2008, se empleó con profusión en la vía Nanclores, entiendo que fundamentalmente para soslayar la posible interferencia de los nuevos criterios del art. 72.6º LOGP.

En este sentido es un antecedente de interés para el abordaje de las largas condenas con este precepto el AAP de Madrid de 2 de junio de 2009 (en el

mismo sentido JUANATEY DORADO 2013, p. 128, cita el AAP de Madrid 191/2009, de 20 de enero):

“el acceso a la semilibertad que el tercer grado implica no resulta suficientemente indicado a pesar de estas circunstancias positivas de la trayectoria del recurrente, a la vista de la fracción de la pena aún pendiente de cumplimiento y, también, hasta que se asegure con toda claridad el control de la tóxicodependencia o, en su caso, los buenos resultados del tratamiento de deshabituación, si lo sigue. El interno ha sido condenado por un delito que la Ley juzga grave y se hace necesario, para la seguridad de que es nuevamente merecedor de la confianza característica de la clasificación en tercer grado, permitir que cumpla sus fines la ejecución de la pena privativa de libertad, en evitación de la reincidencia, y proceder gradualmente. En tal sentido, el tribunal considera más razonable que en este caso el retorno a la libertad se efectúe paulatinamente, con el fin de que los permisos de salida vayan poniendo a prueba al recurrente de forma gradual antes de su progreso al régimen abierto pleno. Para ello se instaurara para el interno, al amparo del principio de flexibilidad que inspira el tratamiento penitenciario, un régimen mixto (artículo 100 del Reglamento Penitenciario) que combinará su permanencia en segundo grado con la autorización de hasta cuarenta y ocho días de permiso al año y la salida de permiso un fin de semana al mes, hasta su progresión al tercer grado pleno, a medida que se consoliden los factores positivos que aparecen en su caso”.

O el AAP de Madrid, de 5 de noviembre de 2003, que emplea el régimen de flexibilidad para compaginar la finalidad retributiva de la pena con la reinsertadora y corregir la rigidez de las atribuciones regimentales a la clasificación en grados con las necesidades tratamentales individuales:

“Todo lo cual llevaría de por sí a acordar la progresión a tercer grado de tratamiento sin más. No obstante, persiste en el Tribunal el escrúpulo de si la finalidad retributiva de la pena, también necesaria, se ha cumplido suficientemente dada la escasa fracción de la misma cumplida en régimen ordinario. En consecuencia, el Tribunal quiere mantener un régimen cercano al tercer grado pero no identificable plenamente, aunque sí en lo sustancial, con el mismo, sino paliado por variantes propias del segundo, lo que faculta a acordar el artículo 100 del Reglamento Penitenciario. Y así decidirá lo siguiente: La penada disfrutará, cuando cumpla las condiciones, en su día y hasta nueva clasificación, de los permisos que como máximo correspondan al segundo grado de tratamiento. Por virtud de esta resolución, no se

entenderá que queda clasificada en tercer grado a efectos de alcanzar la libertad condicional, sino que será precisa una clasificación expresa en dicho tercer grado, sin variantes propias del segundo. La penada podrá salir a desempeñar su trabajo en el despacho de abogados todos los días hábiles, de lunes a viernes, entre las 8 y las 22 horas. Si además tiene que atender alguna necesidad familiar, ello no conllevará ampliación alguna de este horario. La penada disfrutará de dos salidas al mes de fin de semana durante los primeros seis meses siguientes a la notificación de esta resolución, de tres salidas al mes durante los seis meses siguientes y de todos a partir de esa resolución sobre clasificación".

En cuanto a los requisitos para acceder a esta flexibilidad clasificatoria-regimental, en la flexibilidad de la aplicación del principio de flexibilidad están sus potencialidades pero también su riesgo de arbitrariedad; y estando su aplicación (desde luego su inaplicación) casi completamente en manos de la administración penitenciaria, con el control centralizador del Centro Directivo, su empleo en materia de terrorismo estará siempre muy condicionado por la dirección política de la administración penitenciaria, con alta dosis de riesgo de arbitrariedad.

Se ha concedido para acudir a clases y exámenes en la Universidad, en el Auto JVP de Pamplona de 30 de julio de 2007, lo cual puede ser comprensible a efectos de promover la integración social del penado:

"debiendo recordarse a tales efectos el principio de flexibilidad (artículo 100 del Reglamento Penitenciario) pudiendo contener una determinada clasificación características especiales o incluso propios de otra. En nuestro caso debiendo regirse todas las pautas esenciales de la clasificación del penado en el régimen ordinario de segundo grado, sin embargo deberá permitirse las salidas del interno sin custodia alguna a la Universidad Pública de Navarra tanto para la realización de exámenes como para la asistencia a clases en las asignaturas en las que esté matriculado o se matricule, ello cuando, naturalmente, tales épocas de exámenes y clases se inicien, a cuyos efectos, lógicamente, deberá presentarse ante la Administración Penitenciaria los pertinentes justificantes de matriculaciones, fechas de exámenes, horarios de clases..., para el establecimiento del pertinente programa de salidas por la Junta de Tratamiento (artículo 86 del Reglamento Penitenciario)".

E incluso por razones de enfermedad, en el AJVP nº 1 de Madrid de 26 de abril de 2007:

“habida cuenta que la citada persona tiene que cumplir 13 años y 6 meses de condena y que todavía no ha alcanzado la mitad de la misma, hecho que se producirá el 4-11-09, procede mantener su clasificación en segundo grado, tal y como ha acordado la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, si bien por su estado de salud, procede adaptar esa clasificación a las previsiones contenidas en el artículo 100.2 del Reglamento, con objeto de que F. M. J., pueda recibir todo el tratamiento médico que precise fuera de la prisión”.

Lo cual resulta a mi juicio perturbador del recto entendimiento de cada institución. El art. 100.2º RP se prevé para adaptar las atribuciones regimentales de cada grado a las concretas e individuales necesidades del tratamiento resocializador, no al tratamiento médico. Si bien es cierto que para algunas situaciones médicas particulares, como pudiera ser esta, quizás se revele como insuficiente o inidóneo, para atender a las necesidades médicas, con base en un fundamento humanitario, la legislación penal y penitenciaria cuenta con el art. 104.4º RP y los correlativos del CP (actualmente art. 36.3º y 91 CP), sin olvidar la atención al factor de la peligrosidad.

Este criterio fue empleado también —aunque por razones médicas basadas en el grave estado de salud de un preso en huelga de hambre, esto es, en el que el riesgo para la salud deriva de una decisión libre del preso⁵⁰⁷— por el Auto JCVP de 1 de marzo de 2007 en el ‘caso De Juana Chaos’⁵⁰⁸. Estando condenado a 3 años de prisión por delito de amenazas en concurso con

⁵⁰⁷ Si bien es sabido que en estos casos a la administración penitenciaria, de conformidad con el art. 3 LOGP y 4 RP y el carácter de relación de sujeción especial de la relación penitenciaria, le compete el “derecho-deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos sometidos a su custodia” (STC 120/1990, de 27 de junio), lo cual le coloca en una peculiar posición de garante respecto a la vida del interno.

⁵⁰⁸ Muy crítico, vinculándolo con el proceso de negociación con ETA (MANZANARES SAMANIEGO 2008, p. 237).

enaltecimiento del terrorismo⁵⁰⁹, extinguida la mitad de la condena, a propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Madrid VI⁵¹⁰ y con informe favorable del Ministerio Fiscal, se le aplicó este régimen de flexibilidad para que pudiera recibir tratamiento médico extrapenitenciario. Obviamente no podía ser clasificado en tercer grado conforme al art. 104.4º RP puesto que no padecía una enfermedad incurable. El caso constituye a mi juicio una nueva muestra de cómo la voluntad política puede, en un sentido o en el contrario, forzar hasta el límite y más allá la interpretación de la legalidad penitenciaria, de manera coordinada entre la administración penitenciaria, la fiscalía y los órganos judiciales. NIETO GARCÍA (2010, p. 2) lo califica como “ingeniería jurídica” y “auténtica construcción jurídica sin precedentes” en el fondo y en lo procedimental.

⁵⁰⁹ El TS redujo la condena de la SAN de 8 de noviembre de 2006 de 12 y 7 meses de prisión a 3 años de prisión (La STS 149/2007, de 26 de febrero, con votos particulares discrepantes de Sánchez Melgar, Maza Martín, Giménez García y Andrés Ibáñez, estimó que no había delito de integración en banda armada ni amenazas terroristas pero sí amenazas no condicionales en concurso con enaltecimiento del terrorismo).

En mi opinión el procesamiento por la publicación en el diario 'Gara' de dos artículos, titulados 'El escudo' (1/12/2004) y 'Gallizo' (30/12/2004), impidiendo así su excarcelación a punto de extinguir el máximo de cumplimiento efectivo, así como su responsabilidad penal por tales hechos, fue bastante forzada. La pretensión de imputar de nuevo por pertenencia a organización terrorista a personas presas cuyas penas suman miles de años de prisión pero que extinguen el máximo de cumplimiento efectivo (véase también el 'caso Troitiño', aún pendiente de resolución al denegar Inglaterra su extradición para serle comunicado su nuevo procesamiento) constituye de algún modo un subterfugio como respuesta a la frustración que generan algunas excarcelaciones como estas. MANZANARES SAMANIEGO (2014a, p. 6) propone pensar sobre si una vez extinguida la pena por pertenencia a organización armada impide un nuevo enjuiciamiento por este delito si el liberado se mantuviera o reanudara su relación con la organización terrorista.

⁵¹⁰ Véase la entrevista a Mercedes Gallizo, sujeto pasivo del delito por el que el interno cumplía condena y Secretaria General de Instituciones Penitenciarias en el momento de informarse por esta a favor de la aplicación del art. 100.2º RP en el diario *El País* de 4 de marzo de 2007.

En definitiva, dada la labilidad de los criterios para la flexibilización del régimen⁵¹¹, las necesidades del tratamiento, entendidas con gran amplitud, pueden permitir el empleo de este instrumento de reinserción si existe voluntad para ello. Por el contrario, si existe la voluntad política contraria, si los criterios restrictivos del art. 72.6º LOGP pueden llegar a incidir sobre la concesión de permisos ordinarios, dado que estos están dirigidos a preparar una vida en libertad cuya posibilidad depende de los mismos, es razonable pensar que también sirvan de criterios de interpretación para la aplicación del art. 100.2º RP.

Una vez que una persona presa renuncie individual, expresa y probadamente a los medios y finalidades terroristas, de modo que en una situación terminal pero no irreversible de la organización terrorista se pueda afirmar que en esta persona no concurre ni peligrosidad interna penitenciaria ni peligrosidad externa, una vez clasificada en segundo grado, cumplida una parte de la pena —de modo

⁵¹¹ GÓMEZ BENÍTEZ (2014, pp. 12-14) entiende que el 100.2º RP “no requiere que el preso reúna los requisitos de cada uno de los grados, porque si así fuera no sería posible mezclar las características de los grados: quien puede ser clasificado en primer grado, no puede reunir, a la vez, los requisitos para su clasificación en segundo o tercer grado, por ejemplo”, siendo posible “una interpretación que integre el “modelo flexible de ejecución” en el sistema individualizado de tratamiento resocializador, que permite, en general, no seguir un sistema estricto de progresión de grados”.

Respecto a la situación abierta en relación con el terrorismo de ETA tras 2011, “...más que de dos clases de presos terroristas de ETA, en el proceso de su desaparición hay que pensar en grupos de presos que podrían gradualmente ir siendo clasificados en el “modelo de ejecución mixto” del artículo 100.2 RP. Es razonable pensar que, en la medida en que este modelo incorpora características del tercer grado, requiere una ausencia de peligrosidad externa de los presos, que, si bien puede afirmarse actualmente, no puede considerarse irreversible mientras la organización permanezca armada y con su estructura militar clandestina teóricamente operativa. Por razones externas que inciden sobre los fines no resocializadores de las penas y también sobre la reinserción de los presos en la sociedad —lo que incluye minimizar el rechazo social de su régimen semiabierto— es, asimismo, razonable pensar que en el proceso de desaparición de ETA debería aplicarse ante todo a quienes no estén condenados por los delitos más graves, e ir extendiéndose gradualmente a la vista de la evolución del proceso de desaparición de la organización y de la adaptación de la sociedad a la misma. En este contexto, el perdón a la víctima sumado a una petición de entrega de armas y de disolución antes de que esta se produzca deberían ser elementos positivos a valorar tras la misma para la aplicación del modelo flexible de ejecución”.

que no se frustren las funciones integradoras y estabilizadoras de la pena⁵¹²— e iniciada la preparación de la vida en libertad mediante los permisos ordinarios, sobre todo para las largas condenas y dadas las dificultades que pudiera significar la clasificación en tercer grado en cada caso, podría combinarse el régimen ordinario con aspectos regimentales del tercer grado, como el mayor número de permisos al año, las salidas de fin de semana o las salidas en días laborables mediante el empleo del art. 100.2º RP, sin perjuicio de que también quepa acudir a los programas de tratamiento de los arts. 114 RP —salidas programadas— y 117 RP —medidas regimentales para la aplicación de programas de tratamiento en segundo grado—.

⁵¹² Muy importantes en el ámbito del terrorismo para su deslegitimación social y para la construcción de un relato histórico que dignifique la convivencia con la verdad y la justicia.

H. Criterios específicos u obstáculos para la clasificación en tercer grado (art. 72.6º LOGP) y concesión de la libertad condicional (art. 90 CP 2003)

1. Planteamiento

Sin duda los nuevos requisitos introducidos para la clasificación o progresión a tercer grado (ya se ha visto que inciden también en materia de permisos y flexibilización del régimen ordinario —art. 100.2º RP—) y para la concesión de la libertad condicional, dado que es la única modificación que finalmente resulta de aplicación a la ejecución de las penas impuestas por hechos anteriores al 2 de julio de 2003 —la inmensa mayoría de los delitos más graves cometidos por ETA—, son a día de hoy el mayor obstáculo, a la vista de la nueva interpretación que están haciendo la administración penitenciaria y los órganos judiciales, a los procesos de reinserción de los exmiembros de ETA que han repudiado la violencia y se han apartado de la organización.

El texto⁵¹³ es casi idéntico en el art. 72.6º LOGP⁵¹⁴ y en el art. 90.1º CP 2003:

⁵¹³ Producto final de una tramitación parlamentaria ya comentada anteriormente.

⁵¹⁴ “la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y

“en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código⁵¹⁵, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además 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, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.”

En cuanto a los requisitos para el acceso al tercer grado y por tanto al régimen abierto⁵¹⁶, se exige por tanto:

- haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y
- haber colaborado activamente con las autoridades, **alternativamente**,
 - bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista

del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.”

⁵¹⁵ Reiterando que a partir de diciembre de 2010 es aplicable a integración en organizaciones o grupos terroristas, aunque dado que se aplica por el momento con independencia de la fecha de los hechos o la sentencia condenatoria, en este caso resultaría de aplicación generalizada independientemente de las referidas fechas.

⁵¹⁶ Veremos luego que, con el mismo contenido, el sentido en el art. 90 CP 2003 puede ser interpretado de modo diferente, pues en este son elementos a considerar positivamente para afirmar el pronóstico favorable de reinserción social.

- bien para atenuar los efectos de su delito
- bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas
- o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado
- lo cual podrá acreditarse:
 - mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito
 - por los informes técnicos que acrediten
 - que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean
 - y su colaboración con las autoridades

El resultado final es ciertamente “farragoso”⁵¹⁷. Según CUERDA ARNAU (2006, p. 149) la dicción legal no puede ser más defectuosa, incluso “deliberadamente confusa” y con un objetivo de “aplicación selectiva”. MANZANARES SAMANIEGO (2012, p. 5) afirma que son confusos y están mal redactados.

Ciertamente, después de estudiarlos detenidamente, de valorar los comentarios doctrinales, de analizar su aplicación judicial y de procurar aportar propuestas de interpretación constitucionalmente compatibles, concluyo que es imperativo cuando menos reformular estos preceptos. En primer lugar, porque en sí mismos encierran un germen de arbitrariedad incompatible con el derecho a la legalidad penal (principio de certeza o determinación y principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁵¹⁸), el principio de seguridad jurídica y el derecho

⁵¹⁷ GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 107).

⁵¹⁸ La STC Pleno 105/1988, de 8 de junio, declaró que “*el cumplimiento del mandato del art. 25 de la constitución exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica, lo que impide considerar comprendidos dentro del citado precepto constitucional los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el*

a la presunción de inocencia⁵¹⁹ y a la tutela judicial efectiva, dado que, además de resultar anacrónicos en esta fase terminal de ETA, su redacción y su aplicación jurisprudencial hacen prácticamente imposible que ni el más experto jurista adivine cuál puede ser la interpretación judicial previsible. En segundo lugar, porque su redacción abre la puerta a conculcaciones de la libertad, de la libertad de conciencia, de la libertad ideológica, del derecho a no confesarse culpable y del derecho a la tutela judicial efectiva que deberían cerrarse desde el propio tenor literal de los preceptos.

Aunque aparentemente sitúa los requisitos para la progresión a tercer grado y para la concesión de la libertad condicional en el mismo punto, de modo que algunos autores consideran que es absurdamente repetitivo que se vuelva a

estricto sentido de la palabra, de los jueces y tribunales. Y ha de considerarse necesario, asimismo, que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un estado social y democrático de derecho”, lo que no le impidió considerar que el art. 509 CP 1973 no conculcaba estos principios o en la STC 62/1982, de 15 de octubre, desestimar los recursos de amparo contra la aplicación del delito de escándalo público del art. art. 431 CP 1973: “el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, y es cierto también que el legislador para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su art. 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva, y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate; ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal”.

⁵¹⁹ La STC Pleno 105/1988, de 8 de junio, sí considero el art. 509 CP 1973 como inconstitucional por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia.

exigir el abandono y la colaboración⁵²⁰, se observan algunas diferencias, producto de la diferente naturaleza y procedimiento de ambas instituciones⁵²¹:

- que la libertad condicional la concede el JCVP, mientras que en la concesión del tercer grado la intervención jurisdiccional se limita a la vía del recurso
- que en la libertad condicional se establece como elemento/s que permite/n afirmar el pronóstico favorable de reinserción social (“se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando...”) mientras que en la progresión de grado requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil (y se entiende que además de los restantes criterios de clasificación penitenciaria de los arts. 100 y ss. RP)

A estos requisitos específicos para los delitos de terrorismo⁵²² se añade, para la progresión a tercer grado, los del art. 72.5º LOGP 2003⁵²³ mediante la

⁵²⁰ En este sentido LLOBET ANGLÍ (2007, p. 17), apoyándose en RENART GARCÍA, FARALDO CABANA y TÉLLEZ AGUILERA (nota al pie 56). En sentido contrario JUANATEY DORADO (2103, p. 141 por el carácter flexible que debe presidir la valoración en cada momento.

⁵²¹ Además de la cuestión de derecho transitorio destacada por TÉLLEZ AGUILERA (2003, p.) en el sentido de que el art. 90 CP 2003 afectaría a los que estuvieran en tercer grado el 2 de julio de 2003, que no habían estado obligados por los requisitos del art. 72.6º LOGP 2003.

⁵²² Como ya se ha dicho y no se insistirá más, teóricamente para los miembros de organizaciones criminales, lo que exigirá una adaptación de los requisitos pensados para exterroristas.

⁵²³ No singularmente para los delitos de terrorismo: “**5.** 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, 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

remisión del art. 72.6º LOGP 2003⁵²⁴; en el caso de la libertad condicional se establece que no se entenderá que hay pronóstico favorable de reinserción social si no se produce la satisfacción de la responsabilidad civil.

Con todo, este requisito-obstáculo — en algún punto de dudosa relación real con el pronóstico de reinserción social⁵²⁵ — resulta muy matizado por el texto del art. 72.5º LOGP 2003, de modo que en la práctica es suficiente con que el penado manifieste su disposición a satisfacer la responsabilidad civil conforme a sus posibilidades económicas —lo cual como se puede fácilmente imaginar, serán casi siempre escasísimas—.

Prima facie, de lo visto hasta ahora surgen las siguientes cuestiones:

1. si dichos requisitos pueden impedir la progresión de grado y la libertad condicional de personas condenadas por hechos anteriores a 2 de julio de 2003.
2. Si se puede producir confusión entre los requisitos y los medios de prueba.
3. Si la exigencia del abandono de los fines terroristas puede dar lugar a incurrir en una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y a la libertad de conciencia (art. 16.1 CE)
4. Los riesgos de indeterminación e ideológicos de la alusión al “entorno” y “actividades de las asociaciones y colectivos ilegales”

naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.”

⁵²⁴ No comparto la crítica al “privilegio de estas víctimas” (LLOBET ANGLÍ 2007 p. 13; FARALDO CABANA 2004 323), que entiendo que están legítimamente dotadas de un significado y protección reforzadas.

⁵²⁵ FARALDO CABANA (2004, pp. 323-324) afirma que no resulta descabellado asociarlo al juicio de peligrosidad en la medida en que la reparación del perjuicio causado pone de manifiesto una menor necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial, cuando obedece a un móvil de arrepentimiento o reconciliación con el derecho, o de la prevención general positiva.

5. Si ambos requisitos, abandono y colaboración, deben concurrir cumulativamente o únicamente son criterios a tener en cuenta, en una valoración global, para afirmar el pronóstico favorable de reinserción
6. Si los requisitos, también el de satisfacción de la responsabilidad civil, son coherentes con los conceptos de resocialización y reinserción social
7. Si ha de tratarse de un repudio a pasado o a futuro
8. La autoría y su contenido de los informes técnicos
9. La valoración jurídica y político-criminal de la exigencia de delación
10. La valoración grado de cumplimiento y de la posibilidad de cumplimiento, así como del riesgo que asume el colaborador
11. Si existe una obligación jurídica de colaborar que ampare la previsión
12. Si el conjunto de la regulación es eficaz, esto es, si favorece el abandono y la colaboración
13. Si se trata de un mecanismo premial o de otra naturaleza
14. Si el cambio de escenario del terrorismo de ETA, para el que fue diseñado, ha modificado el sentido, la necesidad y la interpretación, de *lege lata* y de *lege ferenda*, de estos nuevos criterios
15. Cómo afectaría a su interpretación la desaparición de ETA, bien por disolución expresa o disolución tácita, o la entrega de las armas

Como se desarrollaba en el apartado relativo a la introducción del art. 78 CP 1995, conforme a los datos de que dispongo, en los últimos años solamente en siete casos se ha producido la clasificación en tercer grado y la concesión de la libertad condicional a presos por delito de terrorismo. Recientemente se ha conocido que el JCVP, a propuesta de la Junta de Tratamiento del C.P. Martutene y con el informe favorable de Fiscalía, ha concedido la libertad condicional el 7 de agosto de 2015 a José Luis Álvarez Santacristina "Txelis" hasta la extinción de su condena en diciembre de 2019, tras ser clasificado en tercer grado en marzo de 2015 —estaba en 100.2º RP desde octubre de 2010—, atendiendo a "la buena evolución en los programas de tratamiento", el apoyo familiar, "la aceptación personal de la responsabilidad delictiva" y "la renuncia, comprobada especial y muy significativamente en estos últimos años, a formar parte del grupo de internos que siguen las directivas de ETA". No consta que haya colaborado activamente con las autoridades, sino que "ha mostrado su voluntad de colaborar con la Justicia", lo que no ha impedido que exista pronóstico individualizado favorable de reinserción social.

El primer caso que consta en el que se ha denegado la clasificación en tercer grado, a pesar de ser sustancialmente idéntico a los anteriores, por no estar acreditada la colaboración con las autoridades —nada consta al respecto en los informes penitenciarios, ni en sentido positivo ni negativo, ni fue la razón de la desestimación de la queja por el JCVP— es el Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional 337/2015, de 22 de abril⁵²⁶.

A otro preso de la vía Nanclares el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 26 de mayo de 2015, en situación similar a José Luis Álvarez Santacristina pero con más de 70 años de edad, se le niega la clasificación en tercer grado y la libertad condicional. Aunque ni el JCVP ni la AN entran en el fondo del asunto, remitiendo al interno al recurso contra el mantenimiento en segundo grado, la administración penitenciaria, a la vista del Informe del Director del Centro Penitenciario Araba, deja claro que la Administración Penitenciaria no concederá nunca —al menos mientras se mantenga la actual dirección política de instituciones penitenciarias— la progresión de grado al preso ni, consecuentemente, propondrá nunca su libertad condicional; vaciando así de contenido los preceptos legales relativos a la progresión de grado y a la libertad condicional. El Director del establecimiento, en su informe sin fecha, con registro de salida de 1 de abril de 2015, basa la negativa a la progresión de grado de un preso disidente mayor de 70 años que ha cumplido las tres cuartas partes del máximo y presenta pronóstico favorable de reinserción social en la extrema gravedad de la conducta delictiva, expresada en la cuantía total de la suma de las penas impuestas, por lo que, apoyándose expresamente en las funciones preventivo generales propias de la pena, niega la posibilidad de progresión de grado a este preso, aunque concurren, como es el caso, los restantes criterios legales de aplicación.

En el caso de otro destacado miembro de la vía Nanclares, que extingue definitivamente los 30 años del máximo a finales de 2016, la administración penitenciaria le sigue negando no ya el tercer grado sino hasta los permisos. El recurso al JCVP contra el mantenimiento en segundo grado que se interpuso en febrero de 2014, aún está pendiente de resolución por el Juzgado. En relación

⁵²⁶ Actualmente recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional.

con otra persona presa de la vía Nanclores el recurso contra el mantenimiento en segundo grado acabó decayendo después de año y medio de 'tramitación' al extinguir su condena por serle computado en el máximo el tiempo de prisión cumplido en Francia.

El elemento común a todas las resoluciones referidas es que los órganos judiciales avalan en todos los casos la propuesta de la administración penitenciaria⁵²⁷, sea esta positiva o denegatoria. Es evidente que en unos casos existe un interés de la administración penitenciaria, ignoto, en llegar hasta la libertad condicional y en otros negar hasta los permisos.

En los anteriormente referidos Autos del JCVP de 7 de mayo de 2012 y de 28 de junio de 2012 la concurrencia de los requisitos legales del artículo 90 CP 2003 se basa en los informes del centro penitenciario. Nada se dice en ellos respecto a la colaboración con las autoridades.

En definitiva, a la vista de los casos descritos, el acceso al tercer grado depende de la absoluta discrecionalidad de la administración, apenas susceptible de control judicial, generando un riesgo cierto al principio de reinserción social y a sus derechos a la legalidad, a la libertad, a la seguridad jurídica⁵²⁸ y a la tutela judicial efectiva⁵²⁹.

El objetivo de los siguientes apartados es tratar de ofrecer una interpretación constitucionalmente conforme de estos preceptos introducidos en 2003 en el CP

⁵²⁷ Se confirma así el debilitamiento de la potestad jurisdiccional (GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA 2004, p. 92), por la dependencia de los informes penitenciarios, también en la práctica, así como la capacidad de dirección política de los criterios teóricamente técnicos de la administración penitenciaria. Siendo esta la generadora exclusiva de los informes de los que se nutre la función jurisdiccional, se reduce ostensiblemente la capacidad de control judicial. Además de la presión política y pública a la que son más susceptibles órganos centralizados como los de la AN.

⁵²⁸ Paradójicamente con la justificación principal de la LO 7/2003 en el reforzamiento de la seguridad jurídica.

⁵²⁹ A juicio de MANZANARES SAMANIEGO (2012, p. 6) se pretende 'administrativizar' la prueba e impedir el control judicial.

y en la LOGP, poniendo a su vez de relieve las interpretaciones que podrían no serlo, así como sobre su aplicabilidad temporal. Por otro lado, la valoración de la adecuación de estos preceptos a los principios, derechos y valores constitucionales podría llevar a concluir su total incompatibilidad de los mismos o a proponer su reforma o derogación.

2. Constitucionalidad de la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003

La cuestión es si la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, salvo que se pueda interpretar que los artículos a los que se refiere no empeoran sustancialmente la criterios previgentes, sería inconstitucional por vulnerar el derecho a la legalidad penal en su vertiente de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE) y en concreto de las disposiciones sancionadoras penales (art. 25.1 CE⁵³⁰; art. 7 de la CEDH; y art. 49 de la Carta Derechos Fundamentales de la UE).

La Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003 establece que

“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”.

Toda vez que los delitos por los que un preso se encuentre cumpliendo condena sean anteriores a julio de 2003, entiendo que no es aplicable el art. 72.6º LOGP a su progresión a tercer grado en lo que suponga la introducción de requisitos nuevos impeditivos del acceso a la libertad⁵³¹; lo contrario constituiría

⁵³⁰ Actualmente su declaración de inconstitucionalidad está planteada ante el Tribunal Constitucional en el marco del recurso de amparo contra el Auto 337/2015, de 22 de abril, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el que se solicita que se plantee la autocuestión de inconstitucionalidad.

⁵³¹ MANZANARES SAMANIEGO (2012, pp. 1 y 5) entiende que la consideración separada del terrorismo, con sus normas especiales para la obtención del tercer grado y la libertad condicional,

una aplicación retroactiva de una disposición sancionadora desfavorable y una vulneración del art. 25.1 CE.

A pesar de que la Sección 1ª de la Audiencia Nacional considere que la alegación de inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria carece de base jurídica⁵³², son mayoritarios los comentaristas que sostienen la misma opinión. Así, GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 31); IGLESIAS RÍO (2005, pp. 17-18 y 30-36); VIDALES RODRÍGUEZ (2004, p. 93-113); CEREZO MIR (2004, p. 220); FARALDO CABANA (2006, pp. 757-798 y 2004, pp. 299-340⁵³³); y GIMBERNAT ORDEIG (2004, p. 19).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et alter (2004, p. 58), así como LÓPEZ PEREGRÍN (2003, p. 11) la consideran constitucionalmente dudosa.

Incluso MANZANARES SAMANIEGO (2014a, p. 5) considera que la disposición transitoria “puede plantear graves problemas por la irretroactividad de las leyes penales en contra del reo, especialmente ahora, cuando la STEDH contra la doctrina Parot se decanta por la interpretación objetiva de aquel principio, poniendo el acento en la seguridad jurídica y el conocimiento de las consecuencias reales del delito al tiempo de su comisión”⁵³⁴.

amenaza con romper la unidad del sistema al establecer “nuevos requisitos o muy discutibles interpretaciones auténticas”, agravado por el carácter confuso y mal redactado de los textos.

⁵³² Auto Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 28 de julio de 2015, Ponente Poveda Peñas, que inadmite el incidente de nulidad por vulneración de derechos fundamentales (art. 241 LOPJ) contra el Auto 337/2015, de 22 de abril, de la misma Sección y mismo Ponente.

⁵³³ La autora arguye (p. 338) que el preso en primer o segundo grado tiene derecho, y no una mera expectativa, a que no se modifique en sentido desfavorable el régimen penitenciario que se le aplica, lo mismo en cuanto a los plazos que a los nuevos y más estrictos requisitos. Y concluye que no se podrá aplicar a condenas pasadas pero sí a condenas futuras por delitos pasados. Aunque no explica porque sí considera que puede aplicarse a delitos pasados, deduzco que se basa en una la identificación con el régimen transitorio de la redención de penas por el trabajo.

⁵³⁴ Con referencia a que la propia LO 7/2003 estima que el art. 36.2º CP 2003 “sirve de puente entre este ordenamiento [el penal] y el penitenciario”.

LANDA GOROSTIZA (2006, p. 22), tras felicitarse por el cambio de criterio consolidado en relación con la aplicación retroactiva del periodo de seguridad del art. 36.2 CP 2003, sugiere:

“Pero también debe indicarse, igualmente, que queda en pie la cuestión de hasta qué punto no debería resultar igualmente inconstitucional la aplicación retroactiva del resto de presupuestos obstáculo incorporados a la regulación del tercer grado y a la libertad condicional. Debe celebrarse que se haya corregido el exceso manifiesto de la Administración Penitenciaria en su afán por ir, incluso, más allá de la ley, pero, descendiendo al fondo de la cuestión, queda corta la corrección a la espera de nuevas intervenciones que doten de contenido material a garantías irrenunciables y que, por ello, deberían llevar, a nuestro juicio, a plantear una cuestión de inconstitucionalidad que depurara la propia Disposición transitoria única de la LO 7/2003”.

Que la irretroactividad de las normas penales desfavorables es un derecho fundamental recogido en el art. 25.1, que es susceptible de abrir la vía del amparo y que se relaciona con la desproporción de la afección a la libertad (art. 17 CE) no ofrece actualmente ninguna duda.

Pues bien, la variación —restricción o endurecimiento— de las condiciones fijadas para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional con posterioridad a los hechos objeto de condena y a la sentencia condenatoria constituye un supuesto de sucesión de leyes penales por el que entra en vigor una norma penal desfavorable con pretensión de ser aplicada a hechos cometidos con anterioridad y a la ejecución de sentencias dictadas con anterioridad —como expresamente establece la Disposición transitoria—.

Al igual que quedó establecido para el cómputo de las redenciones de pena en virtud de la STS 197/2006 (doctrina Parot) por la STEDH de 21 de octubre de 2013 (caso Inés del Río Prada c. España) y para el denominado periodo de seguridad (art. 36.2 CP, introducido también por LO 7/2003)⁵³⁵, respecto a los

⁵³⁵ Por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5ª) nº 1180 de 6 de mayo de 2004 entre otros, y finalmente, con cita de las restantes sentencias de audiencias provinciales, en la

cuales ya no se discute su inaplicabilidad retroactiva respecto al momento de la condena o de los hechos, en la medida en que las nuevas condiciones fijadas para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional por la LO 7/2003 no son meras disposiciones procesales, que no son meras disposiciones relativas a la ejecución penitenciaria sin incidencia en el derecho a la libertad como núcleo esencial de la pena, y en la medida en que no puedan ser interpretados como criterios que concreten criterios del informe pronóstico final o de la clasificación en tercer grado, sino que constituyen requisitos nuevos, diferentes y añadidos que afectan al contenido esencial de la pena privativa de libertad, que afectan al derecho a la libertad del penado, a una expectativa legítima y consolidada de cuáles son las condiciones de acceso a la semilibertad y a la libertad condicional, tampoco pueden legítimamente ser aplicados retroactivamente.

La prohibición de retroactividad de las novaciones legales o jurisprudenciales⁵³⁶ restrictivas atañe no solamente a las que afectan a la duración de su cumplimiento efectivo (en el sentido de afectar al máximo de cumplimiento efectivo, como la doctrina Parot o la pérdida del tiempo cumplido en libertad condicional), sino también a las disposiciones legales que afectan a la intensidad de la pena, a su aflicción⁵³⁷, a su cumplimiento efectivo en el sentido del término empleado en el trámite parlamentario del CP 1995, en el de la LO 7/2003 y en la propia LO 7/2003, tanto en cuanto a los plazos para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional (como es el caso del periodo de seguridad y de la regla del cumplimiento efectivo del art. 78 CP 1995 y 2003), como en cuanto a nuevas condiciones de acceso (art. 72.6º LOGP y 90.1 *in fine* CP 2003), salvo que quepa interpretarlas como meras concreciones de las

STS 748/2006, de 12 de junio, Ponente Giménez García, y asumido por las administraciones penitenciarias españolas en sus respectivas instrucciones y circulares.

⁵³⁶ Sobre la eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales desfavorables véase VIDALES RODRÍGUEZ (2001, pp. 144-150) o FRÍGOLS I BRINES (2004, p. 369-395).

⁵³⁷ Con su contenido retributivo y preventivo general.

condiciones preexistentes; más aún cuando dichos requisitos no formen parte de la capacidad del penado para vivir en libertad respetando la ley penal⁵³⁸.

Las vicisitudes de la ejecución de la pena, de su cumplimiento, en las que a cada momento se manifiestan las tensiones entre los fines atribuibles a las penas, forman parte del contenido esencial de la pena, y por ende del desarrollo del derecho a la libertad, tanto en lo que afecta al quantum de la pena como a su status de cumplimiento, en regímenes de semilibertad o libertad condicionada. Estos forman parte de lo que se denomina individualización penitenciaria de la pena (competencia de la administración penitenciaria, con control jurisdiccional), junto a la individualización legal y la individualización judicial (aplicación de los preceptos legales y del margen de discrecionalidad del que dispone).

Así se deduce de la jurisprudencia constitucional y del TEDH. Así, la STC 20/2003, de 10 de febrero, Ponente Elisa Pérez Vera, F.J 4º, declara que “para determinar la ley penal más favorable ha de atenderse también a los beneficios penitenciarios”, es decir, la expectativa de beneficios penitenciarios futuros forma parte del contenido de la pena sujeto a irretroactividad respecto al momento de comisión de los hechos o dictado de la sentencia de modo que no puede entenderse que la derogación de las redenciones de pena por el CP 1995 elimine la posibilidad de redimir para quienes hubieran delinquido antes de junio de 1996. Así, los presos condenados por hechos anteriores a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 siguen obteniendo redenciones de pena⁵³⁹, a pesar de haberse derogado hace 20 años, y, tras la STEDH citada, se siguen aplicando sobre el límite máximo de cumplimiento, como se hizo siempre hasta febrero de 2006.

⁵³⁸ Que no incluye manifestaciones de arrepentimiento, petición de perdón o colaboración con las autoridades. El art. 59.2 LOGP “no pretende convertir al penado en un ciudadano ejemplar” (MANZANARES SAMANIEGO 2014a, pp. 2 y 4),

⁵³⁹ Aunque durante un tiempo el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria cerró el camino a las redenciones extraordinarias por entender que a partir de 1995 no tenían base legal; hasta que el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2004 estableció que sí es de aplicación el Reglamento de 1956 a los penados que cumplen con arreglo al Código Penal de 1973, siendo el criterio del TS que para los internos citados si es de aplicación la redención extraordinaria cuando se den los requisitos establecidos.

Así se desprende también de la Circular de la Fiscalía General del Estado n° 1/2004, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003, p. 32, haciendo referencia incluso a las posibilidades de arbitrio judicial para la determinación de cual sea la norma más favorable considerada en su integridad:

“En principio los hechos anteriores a la vigencia de la reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, deben juzgarse de acuerdo con las disposiciones vigentes en la fecha en que se cometieron, salvo que la nueva norma resulte ser más favorable. Para llegar a tal conclusión los Sres. Fiscales deben tener en cuenta no solo la pena que puede imponerse sino también las restantes circunstancias que pueden influir en la ejecución. En estos supuestos de transitoriedad por pendencia de enjuiciamiento la comparación entre legislaciones habrá de hacerse teniendo en cuenta las penas concretas que se imponen o impondrían, ponderando las potencialidades del arbitrio judicial... se podrá considerar más favorable aquella legislación que posibilite una ejecución más benigna en relación con las normas sobre suspensión, sustitución o libertad condicional.”.

Entiendo que el criterio de la fiscalía no puede ser más explícito.

Es difícil interpretar —como pretendía el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 4 de febrero de 2003 al Anteproyecto de la LO 7/2003, como luego se expondrá— que los nuevos requisitos del art. 72.6º LOGP y 90.1 *in fine* CP sean meras concreciones de los preexistentes criterios de clasificación y progresión de grado de los arts. 59 y ss. LOGP y correlativos del Reglamento Penitenciario o del informe final del art. 67 LOGP (al que reenvía el art. 90.1.c CP), sobre todo en cuanto a la exigencia de colaboración activa.

En principio, los requisitos introducidos por la LO 7/2003 para la progresión a tercer grado y la concesión de la libertad condicional tienen toda la apariencia de no ser meros criterios de concreción de los anteriores; sino nuevas condiciones, presupuestos-obstáculo o requisitos-obstáculo, como se les ha denominado.

El propio apartado X de la Exposición de Motivos de la LO 7/2003 los define con cierta ambigüedad como “criterios objetivos de acceso a los beneficios penitenciarios” para que “se apliquen a quienes cumplen en el momento de su entrada en vigor penas de prisión por delitos de terrorismo sin que se modifiquen, en estos casos, los plazos y demás condiciones por las que hasta ese momento se regían las condiciones de dichos beneficios”. Se desprende que

se pretende que sean requisitos no discrecionales para el órgano judicial, sin posibilidad de interpretación subjetiva, que forman auténticas nuevas condiciones para el derecho a la libertad de los penados mediante el acceso al régimen de semilibertad y a la libertad condicional.

EL Auto JCVP de 17 de diciembre de 2003 se lo plantea, para concluir que en todo caso sería legal porque no se trata de normas sancionadoras ni restrictivas de derechos individuales⁵⁴⁰:

“Del informe remitido por el centro penitenciario no cabe duda de que el interno no reúne los requisitos para ser progresado a tercer grado, ni aún si se estimara que la legislación aplicable es la anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica Ley Orgánica 7/2003. Además de lo expuesto, conforme a la legislación vigente, integrada por los nuevos apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria introducidos por la Ley Orgánica 7/2003 y la nueva redacción que la misma ley orgánica da al artículo 36 del Código Penal, el preso no cumple los requisitos objetivos exigidos por las normas: No se ha dado signo alguno de haber abandonado los fines y medios terroristas en ninguna de las formas permitidas por la ley; colaboración activa, declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito. Tampoco existe informe alguno que acredite que el preso está desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y de su colaboración con las autoridades (apto. 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). 1) No se aplica retroactivamente la Ley Orgánica 7/2003. Dicha ley se estaría aplicando con carácter retroactivo si a los

⁵⁴⁰ Un caso particular de régimen transitorio se observa en el AAP de Bilbao, de 19 de febrero de 2004: “La Ley 7/2003 entró en vigor al día siguiente de su publicación, es decir, el 02/07/2003. La decisión denegando al interno el tercer grado por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario de Nanclares de Oca es de 06/03/2003, la queja del interno se presenta en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria el día 16/05/2003 y se tramita, emitiendo informe el Ministerio Fiscal el día 13/06/2003 y recayendo Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao con posterioridad a su entrada en vigor. Considera este Tribunal que no es de aplicación en el presente caso lo dispuesto por el actual artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, toda vez que, la decisión de la Junta de Tratamiento es anterior a su entrada en vigor y porque ha sido en el curso de la tramitación de la queja cuando entró en vigor dicha ley”.

presos que estén clasificados en tercer grado o que hubieren obtenido la libertad condicional con anterioridad a su entrada en vigor (el 2 de julio de 2003) se les regresara de grado o se les revocara la condicional por no cumplir los nuevos requisitos⁵⁴¹. 2) Aún si se estimara que se está ante un supuesto de aplicación retroactiva, esta sería legal por cuanto no se trata de normas sancionadoras ni restrictivas de derechos individuales (retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución Española). Los artículos 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, 90 y 36 del Código Penal son normas de ejecución; es decir, normas que determinan el modo y forma de ejecutar la sanción (pena) impuesta en sentencia firme, no normas sancionadoras. 3) Es más, para evitar toda duda, la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 7/2003 expresamente dispone que “lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto de 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, Clasificación 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”. Nótese que la disposición literalmente transcrita ordena su aplicación a las decisiones que se adopten a partir del día 2 de julio de 2003; es decir que es irrelevante la fecha de la propuesta, solicitud, comisión de los hechos o sentencia condenatoria. En resumen, no tengo duda de la plena vigencia y aplicación al caso de la Ley Orgánica 7/2003, pero la petición del interno habría de rechazarse cualquiera que sea la legislación que se estimara aplicable.”

A diferencia del requisito del art. 72.5º LOGP: “que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito”, en el que se ha de considerar “su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil” para no convertir el requisito en una condición imposible, en el artículo 72.6º no hay previsión semejante que permita moderar la exigencia y adaptarla a las posibilidades del penado, para no configurarla como una condición imposible de

⁵⁴¹ Parece asumir el concepto ‘*obiter dicta*’ de retroactividad propia e impropia del Informe del CGPJ al anteproyecto de la LO 7/2003.

cumplir —el citado Informe del CGPJ o la enmienda del Grupo Catalán sí hacían referencia a la posibilidad o imposibilidad de cumplir las condiciones— y para no privilegiar a los miembros de la organización con posiciones más altas en la jerarquía y que tendrán más información que ofrecer⁵⁴², por lo que deben ser los juzgados y tribunales quienes realicen esa interpretación para no incurrir en inconstitucionalidad por exigir un requisito imposible.

Así como el abandono de los medios y fines (ilegales) terroristas sí hace referencia a la intención y capacidad de vivir en libertad respetando la ley penal, esto es, a la resocialización del penado y a un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, por lo que sí puede entenderse como una concreción de criterios preexistentes a la LO 7/2003 —obviamente con la legislación vigente hasta 2003 jamás se habría concedido un permiso o la progresión de grado o la libertad condicional a un preso por terrorismo que no hubiese abandonado los medios y fines (ilegales) terroristas—, no puede decirse lo mismo de la exigencia de colaboración con las autoridades (en las circunstancias actuales y en la práctica reducida a la delación); circunstancia cuya presencia o ausencia no obedece al criterio de la peligrosidad criminal del preso, a su resocialización, sino que obedece al pragmatismo político criminal de este tipo de instituciones que se encuadran en el derecho premial⁵⁴³.

Las nuevas condiciones a la progresión a tercer grado, como el periodo de seguridad o la exigencias del 72.6º LOGP, suponen un nuevo punto de equilibrio en el compromiso entre los fines de las penas en la ejecución de las mismas, a favor de la retribución y la prevención general y en contra del fin de reeducación y reinserción social, que incluso se ve constreñido por fines ajenos a los que legitiman la pena, como el forzamiento a la colaboración.

⁵⁴² Del mismo modo que la mayor parte de la doctrina que se ha ocupado monográficamente de la cuestión. Véase por todos GARCÍA ALBERO –TAMARIT SUMALLA (2004, p. 107).

⁵⁴³ Si bien, como luego se dirá, este art. 72.6º LOGP y 91.1º *in fine* CP 2003 no es tal, sino lo contrario, no es un premio penológico a la colaboración, sino un castigo a la no colaboración (así lo expresa la Enmienda nº 69 del Grupo Catalán, que encuadra esta medida en el terreno de la “lucha contra el terrorismo”).

Aunque la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003 parece querer acogerse al principio *tempus regit actum*, dando vigencia a estas disposiciones respecto al momento en que haya de decidirse sobre la clasificación y la libertad condicional, el art. 9.3 y 25.1 CE y el art. 7 CEDH (como ha establecido la STEDH en el caso Inés del Río c. España) acogen un concepto amplio de sanción, incompatible con su aplicación independiente del momento de comisión de los hechos y la sanción penal previsible en el momento de comisión del delito —no solo en relación el *quantum* sino a un modo de ejecución que afecta al derecho a la libertad—. Las normas relativas al acceso a la semilibertad no poseen naturaleza procesal, sino sustantiva, pues suponen una ampliación o restricción de la libertad y además prevalece su finalidad resocializadora (véase al respecto la STEDH de 8 de junio de 1995, caso Jamil c. Francia, A 317-B).

El propio legislador lo confirma al prever en el código penal los preceptos destinados a incrementar el cumplimiento efectivo de la condena (entendido este como cumplimiento en régimen ordinario) y al atribuirle la competencia para fijar las reglas de cumplimiento íntegro —que establecen plazos a los permisos, tercer grado, beneficios penitenciarios y libertad condicional— al juzgado o tribunal sentenciador e incluso la competencia para autorizar la clasificación en tercer grado de los condenados a prisión permanente al tribunal sentenciador.

Así se ha entendido respecto al art. 36.2 CP. Al comienzo de su entrada en vigor, fue interpretado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (véase su Instrucción 9/2003, de 25 de julio, sobre "Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la L Orgánica 7/2003"⁵⁴⁴) como de aplicación al momento de decisión sobre la progresión a tercer grado, por tanto a hechos y condenas anteriores a su entrada en vigor.

⁵⁴⁴ La situación puede volver a reproducirse respecto a las novaciones por la LO 1/2015 en materia de libertad condicional, si bien en esta ocasión con un criterio totalmente opuesto en las dos administraciones penitenciarias (véase el apartado relativo a la libertad condicional tras la reforma de 2015).

Sin embargo, ya el Auto del Magistrado José Luis Castro Antonio, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, de 14 de enero de 2004, interpretó que

“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”. “...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 pena⁵⁴⁵. 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 está afectando a un valor superior del ordenamiento jurídico en aplicación de los Artículos 25 y 9.3 de la C.E”. “...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”.

Aún más, el citado Auto del juez Castro Antonio extiende la prohibición de irretroactividad al art. 93.3 CP introducido por la LO 7/2003:

⁵⁴⁵ En sentido estricto no es de *quantum* sino de modo de cumplimiento, en régimen abierto.

“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”.

La Generalitat de Catalunya adoptó la irretroactividad del periodo de seguridad en su Circular 1/2004, de 8 de junio de 2004, de la Secretaria de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil, de modificación de algunos de los aspectos de la Circular 1/2003 relativa a las medidas que se deberían adoptar ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma por el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas:

“Sobre la constitucionalidad de dicha disposición transitoria se ha pretendido fomentar dos argumentos básicos: a) Se trataría de una retroactividad débil o impropia, en cuanto no afecta a las resoluciones ya dictadas de clasificación en tercer grado o de libertad condicional aunque no se dieran en los penados los requisitos que ahora se exigen, si no que hace referencia a las resoluciones que se toman desde la entrada en vigor de la norma. b) Esta disposición adicional hace referencia a normas de ejecución, hasta en normas procesales de ejecución y no a normas penales sustantivas”. “...retroactividad impropia no significa retroactividad inocua, atendiendo que es claro el carácter desfavorable de la norma, es más, está claro que se buscaba endurecer el cumplimiento de las penas, y está claro que, como toda retroactividad, contiene un elemento de sorpresa (desagradable en este caso) ajeno a cualquier función didáctica de la norma penal y a los principios de seguridad jurídica. En aquella, porque de nada sirve un mensaje de endurecimiento después del delito (o sirve solo para

generar desconfianza en la norma, y en esta, porque no las expectativas de derecho, tan discutibles, sino en las exigencias de la seguridad jurídica fundamentan la irretroactividad de la ley penal). De estas exigencias de seguridad nace, como dice la exposición de los motivos de la ley, el derecho del ciudadano “a saber cuál es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta “el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en que se le aplicará las penas, a saber, en definitiva, en qué se traducirá en la práctica la pena o sanción impuesta”. Parece difícil estar en desacuerdo con esto, pero por tal que se entienda este derecho, no es esencialmente el derecho de cada ciudadano a saber que le va a pasar a otro si delinque , sino el derecho de todos y cada uno de los ciudadanos a saber qué le pasará a cada uno de ellos si delinquen, y si es eso lo que se pretende, de poco sirve saberlo antes de delinquir, si después del delito puede cambiarse “la forma en la que se aplicará la pena “o puede cambiarse aquello en lo que “en definitiva se introdujo a la práctica la pena o sanción. En definitiva, existen razones poderosas para sostener que estaríamos delante de normas de naturaleza penal, desfavorables si se comparan con las anteriores vigentes y a las cuales se las dotaría de una retroactividad a lo mejor impropia pero nada innocua .Es este una caso en el cual no sobra decir que estamos en el límite de lo que la Constitución permite. La irretroactividad de las normas penales no nace con la Constitución, con todas sus fallidas, viene de muy lejos, casi de las “becerolas”⁵⁴⁶ de la civilización. Una democracia avanzada no puede en este punto permitirse el lujo de normas bajo sospecha, no solo por ser inconstitucional, si no por ser incivilizadas”.

Y también la DGIP —a pesar de insistir inicialmente en su inconstitucional interpretación en la Instrucción 2/2004, de 16 de junio, de Modificación sobre las indicaciones de la Instrucción 9/2003, para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas— asumió la doctrina jurisprudencial, “conforme al criterio establecido por la Audiencia Provincial de

⁵⁴⁶ Abecedario o cuaderno para aprender a leer.

Madrid, auto de 6.5.04, entre otros, Audiencia Provincial de Barcelona —Autos de 14.5.y 19.5.2004— y Audiencia Provincial de Zaragoza —Autos de 11.6.04 y 4.11.04—” en su Instrucción 2/2005, de 15 de marzo, de Modificación sobre las Indicaciones de la I.2/2004, para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

El Auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de mayo de 2004 fue el que dio un giro de 180 grados a la interpretación que se venía haciendo. En el citado Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 5ª), de 6 mayo de 2004 (Ar. 665/2004), F.Dº 3 y 4, se afirma:

“Materialmente, la pena en el Código Penal sólo es amenaza penal. La pena se califica como castigo centenares de veces en el Código Penal y su carga aflictiva sólo llega cuando se cumple. Lo que para la Jurisdicción es ejecución para el penado es cumplimiento. Y sólo por el cumplimiento se alcanzan las finalidades de la pena, no sólo la retributiva o la de prevención especial, sino incluso la de prevención general en sus vertientes positiva y negativa, pues si las penas no se cumplieran nunca, no existiría capacidad disuasoria en la conminación penal, ni capacidad de inspirar respecto a la norma y evitar, mediante la confianza en la Ley, el recurso a la violencia privada y a la represalia. Por ello, distinguir entre la pena, por un lado, y la vida de la pena, por otro, como si la pena existiera materialmente al margen de su cumplimiento, es contrario a toda experiencia y a la razón vital”. “Es evidente que el contenido aflictivo de la pena no puede medirse solo por el quantum de su duración, sino también por el quantum de su intensidad. Cualquier medida del tiempo que prescinda de la intensidad del sufrimiento es, en términos humanos, inexacta e inválida” (FD 3). “Este razonamiento enlaza dos ideas. La primera, que no puede afirmarse que lo que afecta a las penas y dentro de ellas, a esa zona esencial que es su cumplimiento, no forma parte del contenido esencial del Derecho Penal; la segunda es que la forma de cumplimiento puede contener una mayor o menor carga aflictiva y según ella resultar la misma más o menos desfavorable” (FD 4).

El citado Auto argumenta la irretroactividad del art. 36.2 CP, en su redacción dada por la LO 7/2003, porque

“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”, negando la posibilidad de interpretación retroactiva porque “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 más 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 está 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 LO 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”.

El Auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de mayo de 2004 sostiene que el art. 36.2 CP tiene indubitada naturaleza penal por su afección al derecho fundamental a la libertad, porque

“distinguir entre la pena, por un lado, y la vida de la pena, por otro, como si la pena existiera materialmente al margen de su cumplimiento, es contrario a toda experiencia y a la razón vital”, porque “el contenido aflictivo de la pena no puede medirse solo por el quantum de su duración, sino también por el quantum de su intensidad. Cualquier medida del tiempo que prescinda de la intensidad del sufrimiento es, en términos humanos, inexacta e inválida”; “no puede afirmarse que lo que afecta a las penas y dentro de ellas, a esa zona

esencial que es su cumplimiento, no forma parte del contenido esencial del Derecho Penal; la segunda es que la forma de cumplimiento puede contener una mayor o menor carga aflictiva y según ella resultar la misma más o menos desfavorable.”

Y sigue:

“Pues bien, que nos encontramos ante una norma desfavorable resulta en parte de lo ya expuesto, y también: A) De la clara voluntad del Legislador de sustituir un estado de cosas que, según él, “puede hacer que la pena prevista en el Código Penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida” (Exposición de motivos) por “el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”. (Denominación de la ley). B) De que, aun aceptando que la forma de cumplimiento de la pena sea, en cada momento y de cara al futuro, una mera expectativa, si las peores expectativas se convierte en regla, siquiera en una fase de la condena, no puede afirmarse que ello no tiene relevancia en cuanto al juicio como favorable o desfavorable de la norma. Porque la norma es desfavorable con independencia de que hipotéticamente no lo sea en un caso concreto. Dificultar con carácter general la progresión de grado es imposible que no tenga antes o después su reflejo en una pluralidad de casos particulares, de casos en los que, cumplidos todos los requisitos que “antes” se exigían, no se cumpla alguno de los introducidos más tarde por una ley que en todos esos casos va a resultar desfavorable. Si una ley perjudica muchas veces y no favorece nunca ¿puede decirse que no es desfavorable?”

El criterio fue confirmado por la STS 748/2006, de 12 de junio, Ponente Giménez García:

“La contradicción existente entre las dos interpretaciones estudiadas y opuestas, debe ser resuelta por esta Sala en el sentido de estimar interpretación correcta la que fue efectuada por los autos de las Audiencias Provinciales de Madrid, Barcelona, Cádiz, Bilbao y Zaragoza, y por tanto, no ajustada a derecho la interpretación que se efectúa en el auto recurrido de 6 de Julio de 2005 de la Sección IV de la Audiencia Nacional. La razón, expresada con unas u otras palabras se encuentra en todas las argumentaciones que se han reflejado más arriba que concluye con la declaración de no poder ser aplicado el requisito del cumplimiento de la mitad de la prisión impuesta para acceder al tercer grado penitenciario

respecto de penados por hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la L.O. 7/2003 es decir con anterioridad al 2 de Julio de 2003, porque siendo más perjudicial la Ley nueva que la existente en el momento de la comisión del delito concernido, sin que por otra parte no exista específica y concreta referencia legal en la Disposición Transitoria Única al art. 36 del C.P., no es posible una interpretación extensiva en contra del reo. Dicho de otro modo, la Disposición Transitoria citada contiene un ámbito de vigencia exclusivamente referido a los arts. 90 y 93-3º del Código Penal. En el presente caso, la resolución atacada, ha aplicado, además, extensivamente, dicha Disposición Transitoria al art. 36 del Código Penal que quedaba fuera del ámbito de dicha Disposición sin que pueda admitirse esa explicación por su naturaleza de interpretación extensiva en contra del reo por la vía oblicua del art. 72-5º de la LOGP, como efectuó la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En consecuencia, hay que declarar que la interpretación que efectúa la Sección IV de la Sala de lo Penal en el auto recurrido de exigir el cumplimiento de la mitad de la pena de prisión impuesta al penado para acceder al tercer grado penitenciario anunciando los hechos por los que ha sido condenado ocurrieran antes de la vigencia de la Ley 7/2003, no es ajustado a derecho y por ello debe ser rectificad esa interpretación dando lugar, en consecuencia al éxito del motivo, y con él al recurso formalizado.”

Del mismo modo, a mi juicio⁵⁴⁷, también resulta aplicable a la dimensión transitoria de los nuevos requisitos para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional la doctrina de la STEDH de 21 de octubre de 2013 en el caso Del Río Prada c. España: Apartado nº 77:

“La garantía consagrada en el artículo 7, que es un elemento esencial del Estado de Derecho, ocupa un lugar preeminente en el sistema de protección del Convenio, como lo confirma el hecho de que no se permite ninguna excepción respecto de la misma en virtud del artículo 15, ni siquiera en tiempo de guerra o ante cualquier otra emergencia pública que amenace la vida de la nación. Debe interpretarse y aplicarse, como se desprende de su objeto y fin, de tal forma que proporcione garantías efectivas contra la

⁵⁴⁷ También MANZANARES SAMANIEGO (2014a, p. 5).

arbitrariedad en el enjuiciamiento, condena y pena.” Y el N° 89: “el Tribunal no descarta la posibilidad de que las medidas que se adoptan por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento puedan redundar en una redefinición o modificación del alcance de la “pena” impuesta por el tribunal sentenciador. Cuando eso ocurre, el Tribunal estima que dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1 in fine del Convenio.” “109. Teniendo en cuenta lo anterior así como el conjunto del derecho español, el Tribunal considera que la aplicación en este caso concreto de nuevas modalidades de cálculo de redenciones de pena por trabajo derivadas de la “doctrina Parot” no puede considerarse como una medida que afecte exclusivamente a la ejecución de la pena impuesta a la demandante —como lo afirma el Gobierno—. En efecto, esta medida dictada por el juez que había condenado a la interesada también lleva a una redefinición del alcance de la “pena” impuesta. Como consecuencia de la “doctrina Parot”, la pena máxima de treinta años de cárcel ha perdido su carácter de pena autónoma sobre la cual se debían calcular las redenciones de pena por trabajo para convertirse en una pena de treinta años de cárcel que, en realidad, no eran susceptibles de ninguna redención de pena de este tipo.”

Las mismas consideraciones pueden reproducirse respecto al en esto análogo supuesto del art. 72.6° LOGP y 90.1° CP 2003, con la diferencia entre el art. 36.2 CP introducido por LO 7/2003 y el art. 72.6° LOGP, introducido por la misma LO 7/2003, que en este último caso se prevé expresamente la aplicación independiente de la fecha de comisión del delito, pero materialmente, siendo los supuestos análogos, en cuanto a su cobertura por el derecho fundamental a la legalidad penal del art. 25.1 CE, deben verse afectadas ambas disposiciones por la prohibición constitucional de irretroactividad (art. 9.3 CE). En consecuencia, en la medida en que no sea posible realizar una interpretación de la Disposición Transitoria conforme a la Constitución —lo cual a mí juicio solamente cabría a partir de una interpretación conforme de los arts. 72.6° LOGP y 90.1° CP 2003 en el sentido de que no incorporan presupuestos-obstáculo desfavorables novedosos—, dicha norma debería ser eliminada del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional.

Se contradice así de este modo, por la jurisprudencia interna y por la jurisprudencia del TEDH, la afirmación del Informe del CGPJ de 4 de febrero de

2003, referida al art. 36.2 CP, de que “se trata de una disposición del Derecho de la ejecución de penas y no del Derecho penal material por cuanto afecta a la clasificación del penado y al régimen de cumplimiento de la prisión”. El CGPJ sugería trasladar la previsión del art. 36.2 CP a la LOGP, para evitar dudas sobre su naturaleza y sobre la intertemporalidad de la nueva disposición, equivocándose de nuevo, a la luz de la jurisprudencia referida, acogida por las administraciones penitenciarias, porque es su contenido y no la ley en que se ubique el que determina su naturaleza y su irretroactividad. El legislador no solo no ha atendido a esta sugerencia en ninguna de las reformas posteriores del Código penal sino que ha incrementado el número de preceptos del Código penal que atañen a la clasificación.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas preveía un nuevo nº 6 en el art. 72 LOGP con el siguiente tenor, esto es, sin incluir los medios de prueba de los nuevos requisitos que luego se introducirían por la Enmienda nº 57 de los Grupos Popular y Socialista (BOCG de 25 de marzo de 2003. Serie A. Núm. 129-7):

“Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la Sección 2ª del Capítulo V del Título XXII del libro II del Código penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las Autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.”

Justificándolo en el punto VIII de la Exposición de motivos del siguiente modo:

“la clasificación en el tercer grado penitenciario en el caso de penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales exige que los terroristas hayan satisfecho su responsabilidad civil en los términos del apartado anterior, así como que hayan abandonado la actividad

terrorista y hayan colaborado activamente con las Autoridades para la obtención de pruebas o la identificación de otros terroristas, en los términos previstos en la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo”.

Esta es la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de Junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (DO L 164 de 22.6.2002) (posteriormente modificada en sus arts. 3 y 4 por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo —DO L 330 de 9.12.2008—). La remisión por tanto no se ajusta a la verdad, puesto que el art. 6 de esta DM 475/2002, de 13 de junio, dice:

“Circunstancias específicas. Todos los Estados miembros podrán considerar la posibilidad de tomar las medidas necesarias para que las penas mencionadas en el artículo 5 puedan reducirse si el autor del delito: a) abandona la actividad terrorista, y b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que éstas no hubieran podido obtener de otra forma, y que les ayude a: i) impedir o atenuar los efectos del delito, ii) identificar o procesar a los otros autores del delito, iii) encontrar pruebas, o iv) impedir que se cometan otros delitos de los previstos en los artículos 1 a 4”. Por tanto, el vigente art. 72.6º LOGP no constituye trasposición del citado artículo de la DM 475/2002, que ya estaba previsto en el art 579.4º CP, sino una novación jurídica del legislador español. Esto podría dar lugar a la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por su parte, la Enmienda nº 69 del Grupo Catalán proponía:

«6. Del mismo modo, la clasificación ... (resto igual) ... requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y de esforzarse para reparar el daño causado en los términos del apartado anterior, haber observado buena conducta y exista respecto a estas personas un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y que el penado presente signos inequívocos de haber abandonado los medios y fines terroristas, colaborando activamente con las Autoridades, en la medida de sus posibilidades, con su aportación para impedir la producción de otros delitos, atenuar los efectos de su delito, o colaborar en la identificación de otros integrantes de la organización u en la obtención de pruebas sobre las referidas organización a

las que haya pertenecido y con las que haya colaborado, que podrá acreditarse por medio de la oportuna declaración expresa del condenado de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas, además del necesario informe técnico en el que se acredite la efectiva desvinculación de la organización terrorista.», que se justificaba: “respecto a los delitos terroristas y los delitos cometidos en organizaciones criminales, se instrumentan los medios para reconocer el arrepentimiento sincero, expreso y activo de los penados, en aras a recoger la reinserción de estos condenados de conformidad a los principios generales del ordenamiento jurídico en sede de política penitenciaria y como instrumento de lucha contra el terrorismo”.

En el Anteproyecto no se preveía Disposición Transitoria alguna. La Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003 fue introducida por la Enmienda nº 58 del Grupo Popular y del Grupo Socialista. En definitiva, el Anteproyecto nada decía sobre la efectividad temporal de las distintas disposiciones que introducía.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto, de 4 de febrero de 2003, al analizar “la vigencia y aplicación de la ley y la retroacción de sus consecuencias” (pág. 33 y siguientes), por tanto sobre lo que el Anteproyecto nada establecía, distingue entre retroactividad auténtica (retroactividad) y retroactividad impropia (retrospección) —con base en jurisprudencia constitucional ajena al orden penal (pues la referida versa sobre normas tributarias y administrativas)—, lo que le permite llegar a la conclusión de que no se pueden revocar por ejemplo libertades condicionales ya concedidas (lo que vendría a significar una suerte de incumplimiento sobrevenido de requisitos, cual si fuera una licencia de actividad), pero “*sin embargo, la nueva ley puede ser aplicada para la toma de decisiones futuras aunque la situación jurídica a la que se aplica (cumplimiento de la condena) haya comenzado a producirse con anterioridad. En los casos en los que la condena se encuentre en estado avanzado de ejecución podrá plantearse a lo sumo la conveniencia de un periodo transitorio que anuncie el momento de aplicación de la nueva ley*”.

Incluso el Informe del CGPJ advierte déficits de seguridad jurídica en su propia propuesta. Conforme explica el CGPJ:

“El ámbito propio del artículo 25 CE se relaciona con el principio de legalidad de los delitos y las penas. A los efectos de aplicación de este precepto debe tenerse en cuenta la fecha de realización del delito, pues es en ese

momento cuando el culpable ha debido poder prever las consecuencias de su acción. Y desde este punto de vista, son irretroactivas las normas que describen delitos o determinan la magnitud penal con que debe ser sancionado el hecho, esto es, se refiere al Derecho penal material”, lo que “se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la intervención del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad, así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 CE, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley». De este modo, dice el TC, el principio de legalidad impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador”. “Y desde un punto de vista constitucional, puede afirmarse que la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal supone una limitación del ius puniendi del Estado en función de razones de seguridad jurídica. De este modo, el principio se refiere a la calculabilidad de la acción del Estado respecto de medidas que afectan al ámbito de la libertad del individuo. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones (SSTC 42/1987 de 7 abril, 3/1988 de 21 enero, 101/1988 de 8 junio, 29/1989 de 6 febrero y 69/1989 de 20 abril), afirmando que el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 CE incorpora la regla “nullum crimen nulla poena sine lege”, extendiéndola al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables”. “Ello significa que el artículo 25.1 CE no alcanza al derecho de ejecución sino sólo a la fase de declaración en sentencia de la culpabilidad y a la medida de la misma. Sin perjuicio de que respecto de la modificación del derecho de ejecución deba reflexionarse sobre la distinta prohibición contenida en el artículo 9.3 CE, que no se fundamenta en el principio de legalidad sino en el de seguridad jurídica”.

Estas consideraciones permiten al CGPJ afirmar que no es aplicable retroactivamente el art. 76 CP, por ser norma de derecho penal material, y solo parcialmente el art. 78 CP, a condenas posteriores a su entrada en vigor, aunque los hechos fueran anteriores.

También que el art. 36.2º CP no quedaría comprendido dentro de la prohibición de retroactividad del art. 25.1º CE, lo cual ya se ha demostrado no conforme a Derecho. La interpretación del CGPJ de que la prohibición de retroactividad del art. 25.1 CE se ha demostrado también incompatible con lo establecido por el TEDH en relación con el art. 7 CEDH.

Y así mismo que los arts. 90 y 91 CP y 72 LOGP tampoco quedarían abarcados por la prohibición de retroactividad propia o auténtica porque no forman parte del Derecho penal material:

“lo que la Constitución prohíbe en el artículo 25 de manera tajante es que el delincuente a la fecha de comisión del hecho no haya podido calcular las consecuencias penales de sus actos, pero en ese cálculo anticipado no entran las posibilidades de acortamiento de la condena en el futuro en función de criterios de reinserción social. Y en este sentido puede decirse que el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el principio de legalidad no tiene el sentido de decirle al ciudadano cuánto tiempo la pena impuesta será de cumplimiento efectivo y cuánto tiempo podrá cumplir la pena en régimen de semilibertad”; “no afecta a la magnitud penal, sino al régimen de cumplimiento de la pena de privación de libertad”. “En suma, entiende este Consejo que los arts. 90 y 91 CP y el artículo 72 LOGP, en la medida en que puedan concebirse como normas que interpretan y aclaran en caso de delitos especialmente graves los criterios a tener en cuenta para formar el juicio pronóstico de resocialización que requiere el acceso a la libertad condicional, son normas que pueden observarse en las futuras decisiones sobre acceso al tercer grado y la libertad condicional, sin que ello suponga retroactividad alguna ni merma del principio de seguridad jurídica”.

Pues bien, conforme a la jurisprudencia referida en relación con la retroactividad del art. 36.2 CP y 93.3 CP, así como al cómputo de las redenciones de pena por el trabajo, queda meridianamente claro que la introducción de nuevos requisitos para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional (ya sea el cumplimiento de un periodo de seguridad o la exigencia de colaboración con las autoridades) incide en el contenido esencial de la pena, que no es sólo la previsibilidad del quantum sino la previsibilidad del alcance al derecho a la libertad en el modo de cumplimiento (lo cual se determina en la ejecución, pero no es simple derecho procesal de ejecución, sino derecho penal material), tanto en virtud de nuevas normas como de cambios de criterio

jurisprudencial, por lo que también quedan incluidos en la garantía penal del art. 25.1 CE.

Declaración de irretroactividad que sí se ha producido en alguna resolución judicial en relación con el art. 72.5º LOGP. Así, Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid de 14 de septiembre de 2009:

“es cuestionable que la exigencia referente al pago de la responsabilidad civil pueda ser aplicada al interno, pues la introducción del citado requisito tiene lugar por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de Junio, ley cuya entrada en vigor es posterior a la fecha de comisión de los hechos delictivos por los que el interno cumple condena, y como ha señalado en reciente resolución la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, Auto nº 212/2006, de veinte de enero de 2006, dicha exigencia no puede tener aplicación retroactiva”.

En relación con la naturaleza de los nuevos requisitos el Informe del CGPJ de 4 de febrero de 2003 (p. 43) decía:

“Los nuevos requisitos establecidos en el Anteproyecto son en realidad medidas que limitan la discrecionalidad del Juez de Vigilancia en la apreciación de la prognosis favorable de reinserción social en orden a la clasificación del penado y el otorgamiento de la libertad condicional. Si se interpretan las nuevas exigencias para el acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional como elementos objetivables que permiten al Juez formar un juicio razonado de reinserción social, puede entenderse que la prognosis favorable va condicionada a que el penado presente signos inequívocos de normalización social, con la reparación del daño o la desvinculación de la organización terrorista mediante la colaboración activa para combatir a la organización criminal. Estos requisitos de acceso a la libertad condicional pueden ser exigidos también por el Juez de Vigilancia de acuerdo con la normativa vigente [lo cual no parece cierto respecto a la exigencia de colaboración activa], pues el artículo 90.1.3ª exige un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, sin que la norma actual concrete los criterios para que esta valoración sea posible. Así entendida la norma contenida en el Anteproyecto, el legislador limita la discrecionalidad que la norma vigente concede al juez de Vigilancia, y ello, aunque conlleve en la práctica corregir determinadas interpretaciones judiciales de la norma vigente, no puede quebrantar expectativa alguna del penado, ni menos aún derecho adquirido alguno, pues el penado, incluso el que ya está cumpliendo condena, no tiene derecho a que se consolide una

determinada interpretación judicial en función de amplios márgenes de discrecionalidad que permite la ley vigente. Y ello enlaza también con la cuestión de la retroactividad en relación con la jurisprudencia. No puede invocarse que la nueva norma generará una jurisprudencia más desfavorable, pues, la prohibición de retroactividad no alcanza el modo en que una norma es interpretada”.

No puedo compartir el argumento de que el art. 91.1º CP 2003 únicamente contiene especificaciones respecto del informe pronóstico favorable. Además de por lo aducido *supra*, porque el sentido y el contenido de este informe no puede entenderse ajeno al concepto de peligrosidad criminal; el informe pronóstico (art. 67 LOGP) no puede versar sobre otro elemento que no fuera, en última instancia, la presencia o ausencia de peligrosidad criminal, la presencia o ausencia de elementos favorables o desfavorables a la reinserción social del penado, esto es, vivir en libertad en condiciones de no volver a delinquir. Podría afirmarse que “*haber abandonado los fines y los medios terroristas*” forma parte del Informe pronóstico favorable y de los criterios de clasificación que ya se venían manejando con anterioridad, puesto que, evidentemente, lo contrario supondría un riesgo de reiteración delictiva, incluso en este momento en que la banda terrorista se encuentra inactiva pero no disuelta, pero la colaboración con las autoridades no es un elemento que procure elementos de juicio sobre el pronóstico favorable o desfavorable de reinserción. Puede, como sostenía el referido Informe del CGPJ, que la colaboración, cuando la banda terrorista seguía activa y matando, pudiera emplearse como un indicio de ausencia de peligrosidad, pero desde luego la ausencia de informes sobre la colaboración, aún más una vez cesada la actividad criminal de ETA, no puede esgrimirse como indicio de peligrosidad criminal ni falta de arrepentimiento y apartamiento de la banda armada y sus medios criminales. Es por tanto un elemento añadido y ajeno al contenido propio de los informes penitenciarios de reinserción social, que restringe las posibilidades de acceso al tercer grado y a la libertad condicional, que afecta al contenido de la pena, que no es sólo su quantum sino su modo de cumplimiento, por cuanto afecta al derecho a la libertad.

En consecuencia, se trata de una norma restrictiva de derechos que no puede aplicarse a hechos anteriores a su entrada en vigor, por mor del principio de seguridad jurídica, y también en virtud del derecho a la garantía criminal art. 25.1 CE, porque la introducción de nuevas condiciones al acceso al régimen de

semilibertad y a la libertad condicional incide sobre el contenido esencial del derecho a la libertad.

En consecuencia, si el art. 36.2 CP se interpreta ya pacíficamente como de contenido material penal sujeto a la prohibición de retroactividad, las mismas razones materiales conducen a afirmar lo propio respecto al art 72.6º LOGP y al art. 91.1º CP 2003.

Ahora bien, mientras que respecto a la irretroactividad del art. 36.2 CP es posible realizar una interpretación conforme a la CE, no cabe respecto a la Disposición Transitoria Única, por lo que, si un tribunal entiende que la Disposición Transitoria de la L.O. 7/2003 pudiera incurrir en inconstitucionalidad, no puede por ello simplemente dejar de aplicarla, sino que deberá plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad conforme a lo prevenido en los artículos 35.1 y siguientes de la LO 2/1979 del TC: *“Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”* o el propio Tribunal Constitucional la autocuestión o cuestión interna, que puede ser incitada mediante recurso de amparo.

3. Los nuevos criterios para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional: abandono y colaboración

Los nuevos requisitos o criterios⁵⁴⁸ para la clasificación en tercer grado y para entender que hay pronóstico de reinserción social (art. 72.6º LOGP y art. 90.1º *in fine* CP 2003 y 90.8º CP 2015) son dos: haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista **y** haber colaborado activamente con las autoridades.

En primer lugar conviene reiterar que, para los clasificados en primer grado conforme a los criterios del art. 10.1 LOGP y 100.5º RP⁵⁴⁹ [principalmente por “Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas”], no es posible la progresión a segundo grado —aunque en muchos casos se adoptan elementos de flexibilización del art. 100.2º RP— “mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas”. Es decir, algo muy cercano, o difícilmente diferenciable, a haber “abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista” y el “repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia”.

Antes de la publicación de la LO 7/2003, el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2003 (en el caso Soares Gamboa, por 10 votos a 4) acordó la progresión a tercer grado del interno, 8

⁵⁴⁸ Inspirados según FARALDO CABANA (2004, p. 325-326) en la legislación italiana de 1992.

⁵⁴⁹ El art. 43.3º RP 1981 establecía que “Serán destinados a establecimientos de régimen cerrado o a departamentos especiales los penados clasificados en primer grado de tratamiento. Esta clasificación sólo podrá ser aplicada a penados calificados de peligrosidad extrema o a aquéllos cuya conducta sea de manifiesta inadaptación a los regímenes ordinario y abierto. La peligrosidad o inadaptación a que se refiere este apartado han de ser apreciadas por causas objetivas en resolución motivada. Tales apreciaciones se harán mediante valoración global de factores como: a) pertenencia a organizaciones delictivas; b) participación evidente como inductores o autores de motines, violencias físicas, amenazas o coacciones a funcionarios o internos; d) negativas al cumplimiento de sanciones disciplinarias, y e) número y cuantía de condenas y penas graves en período inicial de cumplimiento.”

años después de su encarcelamiento, por “su total abandono de cualquier clase de actividad delictiva, e incluso su absoluto alejamiento de la organización terrorista ETA, hasta el punto de ser público y notorio que éste ha realizado en numerosas ocasiones condenas de las actividades terroristas de esa organización”, agregando que “ha dado muestras muy significativas de arrepentimiento de su vida pasada y de su voluntad de responder ante la justicia española colaborando activamente con ella para el castigo de otros responsables de la organización terrorista, aportando pruebas definitivas para su condena”, lo cual tiene que tenerse en cuenta en este momento “como criterio determinante de la modalidad de cumplimiento de la pena, una vez que ya ha cumplido una parte sustancial de ésta en régimen ordinario [cerrado]” [8 años; ingresó en prisión el 21 de julio de 1995, habiendo disfrutado de varios permisos sin incidencias], por lo que abogan por la semilibertad. La Sala valoró igualmente los motivos alegados anteriormente por la Administración Penitenciaria para rechazar su progresión al tercer grado, alusivos al número y gravedad de los delitos cometidos, la mayoría de ellos cuando formaba parte, en los años 80, del “Comando Madrid” de ETA, y añade que “*deben existir muy sólidas y especiales razones*” para mantener al preso “*en unas determinadas condiciones de dureza penitenciaria cuando se han cumplido en gran medida los fines generales previstos por la norma para las penas privativas de libertad*”. El tribunal no niega que existan “objetivamente” dichas razones, “*pero es cierto que se dan igualmente especialísimas circunstancias en la persona y en el comportamiento cívico de Soares Gamboa (...) previendo ser un instrumento útil de política criminal en la lucha contra la lacra terrorista y en atención precisamente a las peculiaridades del delito terrorista*”. Por ello, estima que procede concederle la progresión al tercer grado penitenciario.

Sin embargo, a juicio de los cuatro votos discrepantes, de García Pérez, Gómez Bermúdez, Murillo Bordallo y Díaz Delgado, debió ser desestimado dada la “*atrocidad de los crímenes cometidos*” porque “*tal proporcionalidad no ha de tomarse tan sólo como límite máximo para decidir sobre la clasificación, sino también como límite mínimo... los destinatarios de las normas reguladoras de la ejecución de una pena son los miembros de la sociedad en cuyo seno se ejecuta*”, lo que conlleva que la pena “*debe servir no para reparar el daño, pero sí para la compensación del injusto culpable*”.

En definitiva, se observa en las diferencias entre los miembros del Pleno los términos en que se sitúa la tensión entre lo retributivo y preventivo general

positivo, que exigiría un mínimo de aflicción de la libertad, lo preventivo-especial (arrepentimiento, condena) y la utilidad para la lucha contra la lacra terrorista.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, a efectos de una correcta interpretación contextual de los preceptos (art. 3.1 CC), en el momento en que se produce la modificación legal, la banda terrorista ETA se encontraba en activo, habiendo ocasionado en ese periodo, tras la ruptura de la tregua de 1998, un importante número de víctimas. En ese contexto puede entenderse la justificación político-criminal utilitarista de la exigencia de colaboración activa, para el debilitamiento de la banda, solo en ese contexto puede entenderse que pueda ligarse un juicio individualizado, el juicio pronóstico favorable de reinserción social, al debilitamiento de la organización a la que perteneció. Una vez concluida definitivamente la actividad terrorista de ETA y en relación con presos que tiempo antes ya se encontraban fuera de la banda y habían repudiando los medios y fines terroristas, la exigencia de colaboración se manifiesta a mi juicio como un requisito ilegítimo y una instrumentalización del penado que impide la consecución de la reinserción social y al acceso a la libertad de una persona que presenta un evidente pronóstico favorable de poder vivir en libertad respetando la ley penal.

Conforme se desprende del art. 59 LOGP, la reinserción consiste en que el preso sea “una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades⁵⁵⁰. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general”.

Los criterios para conceder permisos, para la progresión a tercer grado o para la concesión de la libertad condicional deben estar consecuentemente relacionados con la idea de peligrosidad criminal, con la capacidad de vivir en

⁵⁵⁰ Obviamente previsión dirigida a aquellas personas penadas en las que la carencia de medios económicos sea un factor criminógeno.

libertad respetando la ley penal⁵⁵¹. Respecto a lo cual el contexto —el cese definitivo de la actividad armada de ETA— ha alterado el modo en que deba ser comprendido y por tanto interpretado y aplicado.

Solamente en relación con la capacidad de vivir en libertad respetando la ley penal (arts. 59.2º y 61.1º LOGP y 110 RP) pueden interpretarse por ejemplo los objetivos y los fines del Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la Ley [*“Comprobar la autenticidad de la evolución del recluso y la coherencia entre sus manifestaciones y su actuación. • Concienciación de la magnitud y la trascendencia del daño ocasionado a las víctimas, sus familiares y su entorno. • Asunción por parte del penado de su responsabilidad en la conducta delictiva. • Superación de los elementos de convicción que le llevaron a delinquir y a justificar la violencia para la consecución de objetivos políticos. • Progresiva asunción de valores cívicos, de respeto a la vida, la integridad física y la libertad de los ciudadanos, así como las exigencias legales de perdón expreso a las víctimas, reparación del daño y colaboración con las autoridades para disminuir los efectos del delito cometido y la desaparición de la organización terrorista. • Preparación para la vida en libertad, resistiendo la estigmatización que en el entorno que justifica planteamientos comprensivos con quienes ejercieron o justificaron la violencia terrorista produce la disidencia de los que asumen el compromiso con la legalidad. • Entrenamiento en habilidades para la superación creativa y pacífica de situaciones conflictivas. • Aprendizaje para la adopción de decisiones personales y autónomas”*] para no incurrir en ilegítimas intromisiones en la libertad de conciencia (art. 59.2º y 60.2º LOGP), siendo como es, en teoría, el tratamiento voluntario sin que quepa arrostrar consecuencias por su rechazo (art. 112.3º RP), si bien obvia y lógicamente el rechazo al tratamiento será valorado negativamente para acceder a los mecanismos de reinserción social en la medida en que afecten a la capacidad del penado “para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos” (art. 61.1º LOGP).

⁵⁵¹ Apoya estos aspectos de la LO 7/2003 ESPINA RAMOS (2004, pp. 34-35), relacionándolos con el “peligro cierto de volver a recaer en la bárbara ideología que les llevó a delinquir”.

Y no deben olvidarse los “costes” personales, familiares y sociales que tiene para el preso, y para su familia, el abandono de la disciplina del colectivo de presos y la erosión de los lazos con su entorno socio-político. Una vez que se produce esto, además del riesgo de sufrir represalias que comporta el abandono de una organización como ETA⁵⁵², se pierden todos los apoyos que la banda da a sus presos (económicos, de asistencia letrada gratuita, apoyo a las familias y sus traslados, etc.) y a sus familias, las cuales en muchos casos sufrirán a partir de entonces el ostracismo social del entorno social al que en su caso hubieran pertenecido. Esto puede comprenderse mejor leyendo la autobiografía, recientemente publicada, de Iñaki Rekarte⁵⁵³, ex miembro de ETA y ex preso. No pretendo sobrevalorar esta cuestión, pero tampoco debe despreciarse al valorar el proceso de rehabilitación y reinserción social de quienes fueron miembros de la banda terrorista ETA.

Solamente en MANZANARES SAMANIEGO (2003, p. 196) puede encontrarse una acogida favorable significativa a la LO 7/2003, con base en su concepción principalmente retributiva de la pena y en prevención de un vaciamiento de la pena (también en 2014a, pp. 3-4) por efecto de dudosas resocializaciones, sin perjuicio de hacer notar su difícil encaje con el sistema progresivo de individualización científica, la ajenidad del arrepentimiento, la petición de perdón, la colaboración con las autoridades o el propósito de satisfacer las responsabilidades civiles con respecto al objetivo del tratamiento conforme a la LOGP y los graves problemas de aplicación retroactiva.

⁵⁵² Destaca la necesidad de valorar este aspecto JUANATEY DORADO (2004, p. 16).

⁵⁵³ *Lo difícil es perdonarse a uno mismo*, Ediciones Península, Barcelona, 2015, p. 335 y siguientes.

a) Abandono de los fines y los medios de la actividad terrorista

En mi opinión, no representa ningún problema la exigencia de haber “abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista”. Como se ha dicho, en parte se puede interpretar como coincidente con el criterio más relevante en estos casos para la progresión de primer a segundo grado (art. 100.5º RP). Por otro lado, dicho abandono es una condición inescindible para un juicio pronóstico de no reincidencia; incluso en un contexto de cese definitivo de la actividad armada de la organización terrorista. En este aspecto no hay variación respecto a la legislación previgente; no es imaginable que se pudiera emitir un informe por parte de los servicios penitenciarios en el que en caso contrario se apreciara la posibilidad de progresar a tercer grado u obtener la libertad condicional. En consecuencia, este criterio no vendría en realidad a suponer verdaderamente una novación legal; es una exigencia lógica de comprobación de la resocialización en delincuencia organizada y de convicción como es el terrorismo.

Por abandono de los medios y fines terroristas y abandono de la violencia ha de entenderse no la mera dejación de los mismos sino de la convicción de la vigencia de dichos fines ilegales, finalidades terroristas, y de la idoneidad de los medios terroristas, a futuro. Siendo el terrorismo intrínsecamente un delito de convicción, por más que en los casos individuales puedan existir otros factores subyacentes, la actuación delictiva es una decisión libre sustentada en un distorsionado esquema de valores. El pronóstico favorable de reinserción requiere por tanto constatar que el penado ha abandonado esa opción⁵⁵⁴; que ha decidido que el terrorismo no es un camino válido. Esto no implica un juicio moral, no exige arrepentimiento, ni un requerimiento de deslegitimación personal de su pasado delictivo, pero sí que el penado realice una valoración de inidoneidad a futuro de la actividad terrorista, que puede responder o no a fundamentos éticos.

⁵⁵⁴ Aunque tiene razón FARALDO CABANA (2004, p. 327) en que las tasas de reincidencia de condenados por delitos graves de terrorismo una vez excarcelados es casi inexistente.

No puede compararse con MANZANARES SAMANIEGO (2003, p. 196)⁵⁵⁵ o MESTRE DELGADO (1987, p. 87) que por ser delitos de convicción la reinserción social no es posible en relación con el terrorismo. Al contrario, siendo con carácter general el comportamiento delictivo terrorista consecuencia de una opción, de una convicción, en este caso político-estratégica, en mi opinión la reinserción del exterrorista es más sencilla, entiéndase bien, que la de otros delincuentes en los que inciden factores criminógenos no racionales, como puedan ser las drogodependencias, la exclusión social o los trastornos de la personalidad. Puede bastar que cambien las circunstancias, incluso solo externamente al sujeto, para que el terrorista pueda variar su decisión y renunciar a la convicción político-estratégica. Cuestión distinta es cómo se aborda el tratamiento penitenciario con esa finalidad.

La Diputada del PNV Margarita Uría Etxebarria (Diario de Sesiones del Congreso de marzo de 2003. Núm. 232, p. 11866), en el trámite parlamentario vinculaba las posibilidades de reinserción a tres criterios: “a la desvinculación de la banda armada, al acatamiento de las reglas y principios básicos democráticos y al reconocimiento del daño causado. Nos parece que estos tres criterios serían fundamento bastante para posibilitar el paso a ulteriores medidas de resocialización”.

En todo caso, este requisito debe referirse al futuro, esto es, que el abandono de la violencia se proyecte sólida, firme y definitivamente al presente y al futuro. Lo que no cabe exigir, jurídicamente, es una actitud de arrepentimiento respecto de las actuaciones pasadas, por más deseable que lo podamos entender desde una perspectiva ética, política y social⁵⁵⁶. Lo contrario sería incompatible con el

⁵⁵⁵ En (2012, p. 8) afirma que “los terroristas son delincuentes por convicción y, como tales, muy reacios a todo proceso resocializador. Su personalidad no se presta a fórmulas mágicas cuya eficacia se presume *iuris et de iure*”.

⁵⁵⁶ En el sistema de valoración de los técnicos de instituciones penitenciarias se recogen variables como asunción de valores marginales/delincuenciales, justificación del comportamiento delictivo... que para ser coherentes con este planteamiento deben valorarse siempre en relación con su incidencia sobre el comportamiento futuro; en ningún caso como exigencia de arrepentimiento o exigencia de valoraciones morales que pertenecen a la inviolable intimidad de la conciencia en tanto no proyecten un riesgo de reiteración delictiva hacia el futuro.

concepto de reinserción social propio de un Estado democrático plasmado en el respeto a los derechos constitucionales no afectados por la sentencia (arts. 60 y 112.3º RP). En este sentido, se ha llegado a afirmar que con la reforma de 2003 la reinserción social del terrorista habría de interpretarse “según el infausto modelo del Derecho penal de autor”⁵⁵⁷. Según esta autora, ya no es posible hacer una interpretación acorde a los postulados de un Estado democrático⁵⁵⁸; nunca el legislador democrático habría ido tan lejos. Sin embargo, aunque difícil y necesitado de una fuerte voluntad, creo que deben agotarse las posibilidades de una interpretación —posiblemente en sentido inverso a la *voluntas legislatoris*⁵⁵⁹— acorde a principios democráticos.

Para ello, debe realizarse también una interpretación coherente y respetuosa con los derechos fundamentales de la referencia a los “fines terroristas”. De otro

⁵⁵⁷ Contundente conclusión de CUERDA ARNAU (2006, p. 148).

⁵⁵⁸ Encontrando similitudes, en cuanto a exigencia de arrepentimiento interno, con la Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y comunismo.

⁵⁵⁹ “...las reformas señaladas, aunque afectan al núcleo esencial del sistema de individualización científica y mudan definitivamente sus contenidos, guardan las formas y la terminología. Por ello, en línea de continuidad, el diseño general del período de seguridad o los nuevos requisitos de responsabilidad civil y abandono-colaboración se insertan como nuevas piezas del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Es como si las nuevas reformas y su contenido quisieran ser travestidos como meras modificaciones y ajustes de la lógica resocializadora y rehabilitadora cuando, en realidad, el nuevo modelo en delitos de terrorismo sólo atiende a aquélla en la versión preventivo-especial preñada de intrusismo trasgresor de los derechos fundamentales del penado y que la doctrina ya hace tiempo rechazó y advirtió de los riesgos que entrañaba” (LANDA GOROSTIZA 2006, p. 36).

Según CUERDA ARNAU la reforma operada por la LO 7/2003 perturba el correcto entendimiento del concepto de abandono, por lo que se muestra crítica con la regulación del art. 579 CP precisamente porque no incide en lo que la justifica: su utilidad, su eficacia (2006, p. 142).

“La reforma penitenciaria (LO 7/2003) con relación a los delitos de terrorismo (y cometidos en el seno de organizaciones criminales) persigue esencialmente configurar nuevos “presupuestos-obstáculo” que dificulten, retrasen e incluso bloqueen definitivamente el acceso al tercer grado de tratamiento y la libertad condicional” (LANDA GOROSTIZA 2006, p. 8).

modo, se estaría vinculando la progresión de grado a una opción político-ideológica (FARALDO CABANA 2004, p. 326 y 2006, p. 784)⁵⁶⁰.

En esto se puede coincidir con el CGPJ en su Informe⁵⁶¹ en que habría sido más adecuado el empleo del término “finalidades”, e incluso una referencia explícita a las finalidades de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, previstas en el art. 571.3º CP 2010⁵⁶². Pero aun así, no cabe otra interpretación. De ningún modo podría admitirse que se exija a una persona, privada o no de libertad, el repudio de fines legítimos o admisibles legalmente⁵⁶³ porque pudieran coincidir con los de una organización terrorista (véase la conocida STS 2/1997, de 29 de noviembre, Ponente García-Calvo Montiel, caso Mesa Nacional de Herri Batasuna, en la interpretación del término “fines” del delito de colaboración con banda armada del art. 174 bis a) CP 1973)⁵⁶⁴; en consecuencia, la exigencia de abandono de los fines terroristas no

⁵⁶⁰ Conforme a la cual rechazada la ideología el sujeto ya no es peligroso. Entendiendo que la referencia a los fines comprende fines perfectamente legítimos se estaría premiando una opción ideológica de apartamiento.

⁵⁶¹ Informe CGPJ de 4 de febrero de 2003, p. 30: “*Considera este Consejo que es más adecuado el empleo de la palabra “finalidad” para lograr coherencia sistemática con el término empleado en la redacción de los tipos del Código penal. Así, por ejemplo, el art. 571 define el delito terrorista en función de la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. El art. 574 también alude a finalidades. Por ello se propone que el texto haga referencia a las “finalidades y medios de la acción terrorista”.*”

⁵⁶² Actualmente a las finalidades previstas en el art. 573.1º CP 2015: “*1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.ª Alterar gravemente la paz pública. 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.*”

⁵⁶³ FERRACUTI (1984, p. 172) ya señalaba que lo censurable es el uso de la violencia, no las ideas en sí.

⁵⁶⁴ F.Dº 6º: “*debe partirse de la constatación inexcusable de que, en un sistema democrático, la finalidad aneja a la actividad terrorista no accede al campo penal por su contenido más o menos radical de reivindicación política, sino porque su forma delictiva de exteriorización, es decir, el cauce a través del cual se pretenden alcanzar los fines que, casi siempre como mera excusa, se expresan, ataca, además del bien jurídico que se lesiona por la concreta actuación*

puede referirse sino al abandono de las finalidades que convierten la acción en terrorista, esto es, las contenidas actualmente en el art. 573.1º CP.

Por otra parte, ha de interpretarse con los mismos parámetros la referencia a la “desvinculación” del “entorno” y “actividades de las asociaciones y colectivos ilegales que la rodean [a la organización terrorista]”. Por tales únicamente cabe entender obviamente el entorno, asociaciones y colectivos que hayan sido calificados como terroristas por la jurisdicción penal⁵⁶⁵. De ningún modo cabría “criminalizar” por esta vía la vinculación a actividades penalmente inocuas de organizaciones, asociaciones o “entornos” no proscritos por el Derecho penal.

criminal, a la propia unidad del ordenamiento estatal, quebrantando la exclusividad de los mecanismos constitucionales que encauzan la disputa política” y F.Dº 30º: “Consecuentemente este delito no se comete cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, antijurídicas y amenazadas con pena concretamente ejecutadas, sino a la ideología general de personas que en los fines últimos puedan coincidir con la finalidad perseguida por ciertos delincuentes. La razón de esta limitación del contenido del tipo penal se debe llevar a cabo a través de la distinción entre la motivación ideológica y ejecución delictiva de la misma; la apología de la ideología, por lo tanto, no debe ser entendida necesariamente como una apología de la realización desviada de los fines postulados por la ideología. El delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al artículo 20 CE, sino la aprobación de comportamientos delictivos. Por lo tanto, la aplicación del artículo 268 CP requiere una cuidadosa verificación de los límites de ambas cuestiones, de forma tal que el tipo penal del artículo 268 CP pueda ser interpretado y aplicado conforme a la Constitución. Ello presupone, como es sabido, tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión despliega un efecto de irradiación de consecuencias ineludibles en la determinación de los alcances del tipo penal, es decir, de la prohibición establecida en el artículo 268 CP.” (Sentencia de 4 de julio de 1994). Y en la Sentencia de 9 de mayo de 1996 hemos dicho: “...el delito del art. 268 CP requiere que la acción se refiera al comportamiento desviado de los autores de un delito otorgándoles un valor jurídico superior a los del ordenamiento jurídico vigente. Es decir se requiere que el comportamiento delictivo sea propuesto como modelo de comportamiento aprobable. En particular, no se debe considerar apología del delito una simple expresión pública de coincidencia con un programa político o ideológico, toda vez que ello resultará siempre amparado por el art. 20 CE”.

⁵⁶⁵ Otra cuestión es la valoración constitucional, legal y político-criminal que merezca la legislación y la actuación jurisdiccional en esta materia. Al respecto véase *in extenso* las acertadas opiniones de MIRA BENAVENT (2013a y 2013b).

Si no se realizaran estas interpretaciones correctoras de los riesgos implícitos al texto legal, y seguramente queridos por el legislador, suscribiría íntegramente las palabras de LANDA GOROSTIZA (2006, pp. 33-34):

“...segunda línea-fuerza subyacente a las reformas: la emergencia de una suerte de peligrosidad ideológica como nuevo presupuesto de organización del modelo penitenciario. ...el nuevo art. 72.6, LOGP, descansa no ya sobre el comportamiento posdelictivo del penado respecto de sus hechos delictivos sino –y esto es lo más grave– sobre un juicio de las actitudes y conducción de vida del terrorista condenado respecto de los fines de la organización armada e incluso, del entorno de ésta. El precepto legal confunde —en un ejercicio de transparencia de intenciones— los medios y los fines terroristas como objeto necesario de la exigencia legal de abandono. Y además identifica, en un todo, la organización armada con las actividades de asociaciones y colectivos “ilegales” que la rodean. Sin duda hay una línea de continuidad en el diagnóstico criminológico con la Ley de Partidos y las causas de ilegalización, pero que, en este caso, informan nada menos que el pronóstico de reinserción del penado. Exigir, como traducción concreta del abandono de la actividad armada, no ya sólo la delación sino, además, una desvinculación y un rechazo del colectivo sociopolítico ilegalizado de procedencia (entorno), al margen de otras consideraciones, no puede tildarse sino de exigencia de retractación ideológico-social, respecto de la cual subyace, tácitamente, la identificación de cualquier empatía con el tejido sociopolítico cercano al terrorismo como factor criminógeno de primer grado de la actividad terrorista concreta. La peligrosidad ideológica, por tanto, cumple una función complementaria que universaliza y agrava el bloqueo de los regímenes de semilibertad o de libertad condicional en materia de terrorismo, al determinar un filtro más efectivo y difícil de superar para aquellos casos en que existe teóricamente la posibilidad de alcanzar determinados beneficios o progresiones de grado”⁵⁶⁶.

Por último, cabe comentar que este elemento ordinariamente forma parte de los informes penitenciarios (los que elaboran los psicólogos, trabajadores sociales, educadores y juristas de instituciones penitenciarias, así como las

⁵⁶⁶ En el mismo sentido GARCÍA ALBERO –TAMARIT SUMALLA (2003, p. 109).

juntas de tratamiento), como se ha visto al destacar algunas partes de las resoluciones judiciales que han concedido libertades condicionales a presos por delitos de terrorismo en los últimos cuatro años.

Ninguna duda cabe de que son los técnicos de instituciones penitenciarias quienes deben informar sobre este aspecto, al igual que sobre los restantes criterios de clasificación en tercer grado o el pronóstico individual de reinserción social, sin perjuicio de que las partes puedan en el procedimiento judicial correspondiente valerse de los medios de prueba admitidos en Derecho. Como no podía ser de otra forma, los órganos judiciales no se encuentran vinculados por los informes de las administraciones penitenciarias⁵⁶⁷ y es posible que las partes aporten al Juzgado otros elementos de juicio.

Ahora bien, las administraciones penitenciarias, y los órganos judiciales en su función de control de la actividad administrativa, deben extremar las precauciones para que las valoraciones de los técnicos penitenciarios no penetren en un terreno ideológico inadmisibles en un Estado democrático.

⁵⁶⁷ Acuerdo nº 126 de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (Texto refundido 2009): “*El Juez de Vigilancia Penitenciaria, antes de aprobar la libertad condicional que le sea propuesta, o concederla por vía de recurso, podrá solicitar y valorar otros informes distintos al informe pronóstico final establecido en el art. 67 LOGP, el cual en ningún caso le vinculará (acuerdo aprobado en 2004)*”; y Acuerdo nº 127: informe que “*es atacable al impugnar la resolución final, pues no puede excluirse que la base fáctica del mismo se impugne mediante solicitud de pruebas que pueden ser estimadas (acuerdo aprobado en 2004)*”

b) Colaboración activa con las autoridades

Este aspecto presenta a mi juicio mayores dificultades para una interpretación constitucionalmente conforme, por su casi imposible coherencia con los principios de reinserción social, de seguridad jurídica, de derecho a la defensa, de presunción de inocencia y de interdicción de la arbitrariedad.

Esta colaboración activa con las autoridades se plantea legalmente de forma alternativa respecto de finalidades diversas:

- 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

En la legislación española vigente, al igual que en las legislaciones comparadas, por razones pragmáticas, existen instituciones que se enmarcan dentro del concepto de “derecho premial”, así el art. 21.4º, el art. 376 o el art. 579.4º CP, que, en el momento de dictar sentencia, permiten atenuar la responsabilidad penal de quien haya abandonado voluntariamente las actividades delictivas, confiese y colabore con las autoridades para impedir nuevos delitos.

Pero aquí no estamos ante un “premio penal” a la confesión y colaboración, sino ante la evitación de un castigo (el cierre al proceso de reinserción) mediante la colaboración⁵⁶⁸, esto es, no colaborar se castiga⁵⁶⁹. En general, en los delitos

⁵⁶⁸ Véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ 2005, p. 27-28.

de organizaciones criminales la colaboración sirve a la atenuación de la pena. Se trata de ofrecer un acicate, un premio, a cambio de debilitar a la organización. Pero en este caso la pena no se altera; aquí la exigencia tiene un efecto inverso: su ausencia se castiga con la denegación del proceso de reinserción por una causa en principio ajena a la resocialización del penado. No es lo mismo, es lo contrario. No es una colaboración voluntaria; es forzada.

Es la primera vez que el legislador hace un uso tan insólito de estrategias concebidas como mecanismos premiales⁵⁷⁰, que ahora pasan a “revestir un carácter marcadamente sancionador, cuya inutilidad es aún más obvia que su discutible justicia”⁵⁷¹.

Esta reversión del carácter premial por el sancionatorio se antoja enormemente trascendente para valorarla. Si la teoría de la prevención general positiva parece la más idónea para fundamentar el premio, la rebaja de la pena, en el momento de dictar sentencia, por la menor necesidad de estabilización normativa derivada del reconocimiento por el propio infractor de la norma infringida (GARRO CARRERA 2013, p. 18), en la fase de ejecución de la pena y como presupuesto obstativo del acceso a los mecanismos de reinserción social puede constituir un chantaje inaceptable. Por un lado, en la fase de ejecución ha de primar la prevención especial positiva (art. 1 LOGP). Por otro lado, el legislador ya ha resituado el equilibrio entre los fines de prevención general y prevención especial en el momento de imposición de la pena, pero con efectos hacia la ejecución, cuando impone unos mínimos temporales de cumplimiento en

⁵⁶⁹ Obviamente no confesar no se castiga, puesto que sería frontalmente contrario al derecho a no confesarse culpable del art. 24.2º CE. Este derecho fundamental impediría también cualquier sanción a la no colaboración que arrostrara de algún modo una exigencia de confesión. Así por ejemplo si se sancionara la no delación a un coimputado cuando esta fuera indisolublemente aparejada a la autoinculpación.

⁵⁷⁰ *In extenso* véase la mejor doctrina española, con referencias a la doctrina internacional, en QUINTANAR DÍEZ (1996), BENÍTEZ ORTUZAR (2004), IGLESIAS RÍO (2005a), SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2005), CUERDA ARNAU (2006) o GARRO CARRERA (2013).

⁵⁷¹ CUERDA ARNAU (2006, p. 147). Cita la autora el sentido inverso que tenía el art. 98 bis b CP 1973 y la LO 9/1984, que daban un régimen privilegiado al colaborador. Cita también el art. 8 de la ley italiana de 29 de mayo de 1982.

régimen cerrado u ordinario en los arts. 36.2 y 78 CP 2003; introducir obstáculos al pronóstico de reinserción social fundamentados en la prevención general positiva reduce ilegítimamente las posibilidades de reinserción por debajo del umbral constitucional. Por otro lado, acentúa la tendencia hacia la subjetivación propia de los mecanismos premiales en el tratamiento jurídico del terrorismo⁵⁷², deslizándose hacia un marco impropio de un Derecho penal moderno, en el sentido de ilustrado, que rechaza la expiación o la exigencia de arrepentimiento moral (GARRO CARRERA 2013, pp. 22-23).

Por otro lado, inutilidad, ineficacia o desincentivación que se produce por las restantes previsiones de la LO 7/2003: el periodo de seguridad⁵⁷³, el incremento del máximo de cumplimiento, la preceptividad de la regla del cumplimiento íntegro y efectivo con alcance también a los permisos y las especificidades de la vuelta al régimen general, que con todo es un régimen especial para los terroristas que impide la clasificación en tercer grado, aunque se dieran todas las condiciones del art. 72.6º LOGP, hasta las cuatro quintas partes de cumplimiento del máximo de cumplimiento efectivo, esto es, 16, 24 o 32 años, según el límite; aunque es cierto que estas restantes normas introducidas por la LO 7/2003 no afectan a la inmensa mayoría de los delitos más graves de ETA, que fueron cometidos antes de mayo del 2 de julio de 2003.

Por otro lado, sin duda, es una disposición legal pensada para contribuir a la lucha antiterrorista, al fin de ETA por la vía policial-judicial, no para la gestión de la realidad post-ETA. Reducirla hoy día al arrepentimiento y la delación es no solo una simplificación excesiva, sino una interpretación cuestionable desde parámetros constitucionales.

Su interpretación nos plantea la duda de: a) si se trata de un requisito acumulativo al anterior sin el cual no puede afirmarse que exista un pronóstico favorable de reinserción social o posibilidad de clasificación en tercer grado; b) si

⁵⁷² En los cuales a juicio de GARRO CARRERA (2013, p. 10 y ss.) hay un discurso de excepcionalidad respecto a los mecanismos premiales en la delincuencia común que los orienta en el terreno del terrorismo hacia el resultadismo.

⁵⁷³ Así lo observa RENART GARCÍA (2003, p. 158).

se trata de un requisito objetivo; c) a qué autoridades se refiere; d) cuál es su relación con la capacidad del penado de vivir en libertad respetando la ley penal; e) Si la colaboración es jurídicamente exigible en nuestro ordenamiento jurídico; f) qué significa activa; g) si es un requisito absolutamente exigible o graduable en función de las posibilidades de colaboración de la persona penada; h) sobre quién recae la carga de la prueba de poder haber colaborado; i) si se trata de una auténtica novación legal a peor o se puede interpretar como una concreción de los criterios anteriormente vigentes para el acceso al tercer grado o a la libertad condicional; j) cómo afecta el cese de la actividad armada de ETA a la interpretación de los contenidos posibles de la colaboración; k) quién ha de emitir los informes técnicos sobre la colaboración; l) a qué fundamento político-criminal responden cada uno de los contenidos de la colaboración.

Y como cuestiones político-criminales: a) si es legítimo condicionar la libertad individual a una previsión utilitarista “de tipo premial” dirigida al debilitamiento de la organización u organizaciones; b) si verdaderamente se trata de un mecanismo premial; c) si es eficaz; d) si se ajusta a la Decisión Marco con que se justifica por el legislador; e) si es recomendable exigir delación; f) si existe riesgo de arbitrariedad.

Exigir a la vez abandono y colaboración, del ya apartado de la organización, se ha calificado como un despropósito⁵⁷⁴, un contrasentido y un imposible⁵⁷⁵.

GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, pp. 107-108) entienden que la exigencia es doble, esto es, que no es suficiente con el abandono de los medios y los fines (finalidades) terroristas, probados en su caso mediante una declaración expresa y una petición expresa de perdón a sus víctimas, sino que el texto obliga a una conducta positiva⁵⁷⁶. Sin embargo también afirman que “la articulación de la exigencia de colaboración con el requisito relativo al pronóstico

⁵⁷⁴ CUERDA ARNAU (2006, p. 150).

⁵⁷⁵ Lo recoge también VALEIJE ÁLVAREZ (2013, p. 150).

⁵⁷⁶ En la interpretación de GÓMEZ BENÍTEZ que se analiza en el siguiente apartado, la colaboración no sería una condición legalmente imprescindible, entre otras razones por su imposibilidad después de años en prisión (2014, p. 11)

favorable de reinserción social permite una ponderación de todas las circunstancias concurrentes” puesto que “se formula en positivo”: “se entenderá que hay pronóstico de reinserción social”, “no puede pues de ello colegirse que la falta de colaboración impida absolutamente emitir el referido pronóstico favorable, que es lo que propiamente requiere la ley para la aprobación del beneficio”.

Ello permitiría una interpretación constitucionalmente conforme al art. 25.2 CE y, en su aplicación a condenas por hechos anteriores a su entrada en vigor, a la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables restrictivas del derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE).

Así parece desprenderse de los Autos del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 2012 a 2015 anteriormente extractados, puesto que afirman la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social sin mención alguna a la existencia de colaboración, bastando para el mismo, por ejemplo en uno de los Autos de 7 de mayo de 2012: *“proceso culminado de modificación de los aspectos de su personalidad, desvinculación total del autodenominado ‘colectivo de presos [políticos] vascos’, rechazo activo de la violencia como medio de consecución de objetivos políticos, incluida la ejercida en el pasado, de la que se muestra arrepentido, voluntad de resarcir a las víctimas, alejamiento claro con respecto a los círculos sociales que favorecieron en su día su paso a la actividad criminal, creación de nuevos vínculos, ayuda incondicional de su familia de origen, conducta excelente, grado de participación en actividades extraordinario, consolidada e irreversible, de forma que permite establecer un juicio favorable, manifestación de renuncia a la violencia y petición de perdón a las víctimas y pago fraccionado de la responsabilidad civil”*.

En la misma línea apuntaba el Informe del CGPJ de 4 de febrero de 2003 (p. 29):

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

fórmula escogida en la redacción del artículo 90.4º CP y 72.6º LOGP debería aclararse en el sentido de que es preciso que los condenados por delitos de terrorismo o por delitos realizados en el seno de una organización criminal presenten signos inequívocos de haber abandonado los [finés] y los medios terroristas, colaborando activamente con las Autoridades cuando puedan con su aportación impedir la producción de otros delitos, atenuar los efectos de su delito, o colaborar en la identificación de otros integrantes de la organización y en la obtención de pruebas sobre las referidas organizaciones. Hay que tener en cuenta que es posible que el penado por estos delitos, después de algunos años de cumplimiento no pueda proporcionar información eficaz sobre los extremos anteriores, por lo que la colaboración con resultado positivo no puede convertirse en requisito sine quae non para el disfrute de la libertad condicional. ...la exigencia de colaboración es un elemento que debe valorar el Juez de Vigilancia como condición para realizar objetivamente un juicio pronóstico razonable. Y entendido en estos términos es un presupuesto razonable de la liberación condicional de los autores de los delitos a que se refiere”.

Además de recomendar la atención ya en sede legal a las posibilidades reales de colaboración eficaz⁵⁷⁷, lo califica como “*un elemento que debe valorar el Juez de Vigilancia como condición para realizar objetivamente un juicio pronóstico razonable. Y entendido en estos términos es un presupuesto razonable de la liberación condicional de los autores de los delitos a que se refiere*”. Infiriendo que apunta a una valoración global, a una ponderación, a la toma en consideración como elemento positivo expresivo de resocialización, de capacidad de vivir en libertad respetando la ley penal, coincido con el Consejo y deduzco que la no acreditación (no la prueba de que no se ha querido colaborar o delatar pudiendo hacerlo, pero tampoco en este caso) no puede dar lugar a la conclusión contraria: la inexistencia de pronóstico favorable.

La propia Exposición de Motivos de la LO 7/2003 (Punto VI) dice que:

⁵⁷⁷ La generalidad de los comentaristas han incidido sobre esta cuestión. Así por ejemplo LÓPEZ PEREGRIN (2003, p. 8); FARALDO CABANA (2006, p. 786) o GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2003, p. 107).

“se refuerza la necesidad de valorar en su conjunto todas las circunstancias a las que hace referencia el artículo antes de adoptar la decisión de conceder la libertad condicional. De este modo, el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena no es el único requisito determinante, sino que debe ser valorado junto con las demás circunstancias contempladas en el precepto. Igualmente, se introduce el criterio de la satisfacción de las responsabilidades civiles en los supuestos y en los términos previstos en la Ley Orgánica General Penitenciaria. Por último, también se explicitan las circunstancias que deben considerarse a la hora de conceder la libertad condicional en los casos de delitos de terrorismo y criminalidad organizada. Con todo ello se consigue dotar de una mayor seguridad jurídica a la virtualidad de este beneficio penitenciario.”

Sin embargo, en el reciente Auto 337/2015, de 22 de abril, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, basta la no acreditación de la colaboración positiva (ni siquiera se afirma o se presume la ausencia de colaboración o su ausencia pudiendo hacerlo), sin que conste actividad probatoria ni informes técnicos⁵⁷⁸ al respecto, ni en qué no ha colaborado, dada la formulación disyuntiva del precepto, que da varias posibilidades para la materialización de la colaboración, ni argumentación de ninguna clase.

Al referirse a “sin que consten acreditadas dichas circunstancias en el presente caso”, sin que durante todo el expediente se hayan solicitado a ningún cuerpo u órgano “informes técnicos”, sin que en las resoluciones anteriores el JCVP haya fundamentado la denegación de la progresión a tercer grado en la ausencia de colaboración, se desplaza la carga de la prueba al interno y, además, únicamente en la resolución que pone fin a la vía judicial ordinaria.

Tampoco argumenta la Sala cómo es posible que una persona que ingresó en prisión en 1994, que se apartó de la banda terrorista y fue expulsado de ella,

⁵⁷⁸ La Instrucción de la DGIP 9/2003, de 25 de julio, sobre Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la L Orgánica 7/2003 indica que “el cumplimiento de estos requisitos [los del art. 72.6º LOGP para delitos de terrorismo] y los criterios utilizados para entenderlo así deberán figurar expresamente en las Propuestas de clasificación inicial en 3º grado y progresión”.

pueda colaborar con las autoridades y en qué. Tampoco explica la lacónica resolución si se le ha solicitado colaboración en alguna ocasión por parte de las autoridades, en qué se pudiera concretar la colaboración en el caso concreto y si alguna vez se le ha solicitado alguna colaboración concreta y posible a la que se haya negado.

El Auto 337/2015 deniega la progresión a tercer grado porque el art. 72.6º exige

“no solo el arrepentimiento expuesto por escrito como sucede en este caso, sino además la colaboración activa 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, sin que consten dichas circunstancias en el presente caso”.

A mi juicio se produce en las resoluciones contrastadas una evidente desigualdad de interpretación y aplicación, lo que permite afirmar que en los artículos que analizamos hay ínsito un riesgo cierto de arbitrariedad. Al final, el art. 72.6º LOGP, para aquellos presos que han realizado un proceso idóneo de resocialización y cumplen todos los requisitos para el acceso al tercer grado, queda reducido a una exigencia de delación consistente en prestar declaración condenatoria en todos los juicios en que sea citado como testigo o coimputado. Si la declaración no es satisfactoria a efectos de condena, se entenderá que su proceso de resocialización no es completo, sin necesidad de demostrar que su declaración ha sido falsa porque podía haber prestado declaración inculpatória y sin que se haya abierto procedimiento por delito del art. 458 o 460 CP.

Conforme a esta resolución judicial no cabría por tanto una interpretación constitucionalmente conforme al art. 25.2 CE —porque la no constancia de la colaboración obstaculiza el pronóstico favorable en una situación de demostrada capacidad de vivir en libertad respetando la ley penal— y a la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables restrictivas del derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) —puesto que introduce con eficacia retroactiva un requisito nuevo desfavorable y ajeno al criterio de resocialización —, dado que sí se establece como condición necesaria para el acceso a la libertad condicional

entendida en términos de eficacia policial y supone la instrumentalización del penado.

Así concebido, entiendo que otorgar efecto obstativo a la no acreditación de colaboración (no estando acreditada tampoco la negativa a la colaboración) conculca el derecho a la presunción de inocencia, por exigir colaboración sin prueba de su posibilidad, el derecho a un proceso equitativo y el mandato de orientar las penas a la resocialización y a la reinserción social, en la medida en que el Tribunal Constitucional ha establecido que no se puede desconocer que el constituyente ha querido proclamar estos fines de la ejecución de la pena privativa de libertad un modo explícito e irrenunciable. El art. 25.2 CE indefectiblemente ha de acarrear consecuencias jurídicas: en ningún caso el legislador podrá establecer penas privativas de libertad que por su modo de cumplimiento (régimen de beneficios penitenciarios, modalidades del tratamiento de al interno, etc.) impidan u obstaculicen de modo significativo la reeducación y la reinserción social del condenado. Entiendo que se vulnera la interpretación dada por el Tribunal Constitucional al art. 25.2º CE cuando se interpreta que la ausencia de colaboración, o peor, la no constancia, permite excluir toda posibilidad de reinserción social.

El tantas veces referido Informe del CGPJ dice:

“El requisito, para satisfacer las exigencias que derivan del artículo 25.2 CE, debe ser entendido en el sentido de que la prognosis de reinserción social no puede ser favorable cuando el penado, pudiendo hacerlo, no colabora activamente en paralelo con el interés social en la persecución de delitos especialmente reprochables, de gran contenido de injusto y repulsa común. Puede decirse que resocialización en estos casos tiene el sentido de que el penado obra en la misma dirección y participa del interés común en la represión de estos delitos. La mera desvinculación de la banda u organización no es suficiente, pues la ausencia de colaboración, con la consiguiente reserva de información eficaz, es un signo claro de que el penado aún no ha tomado conciencia de la necesidad de contribuir a la finalización de tan graves ilícitos por otros integrantes de la organización.”

No puedo coincidir con todo el alcance de esta afirmación; destacando previamente la relevancia que a mi juicio tiene en esta inferencia⁵⁷⁹ trascrita el que a la fecha de su formulación ETA fuera una organización terrorista aún activa y que aún habría de asesinar a 11 personas más, tras un periodo, como ya se ha indicado, con una altísima actividad asesina tras la ruptura de la tregua. Afirmar que *“resocialización en estos casos tiene el sentido de que el penado obra en la misma dirección y participa del interés común en la represión de estos delitos”* implicaría una exigencia discriminatoria respecto a quienes no se encuentran sometidos a la ejecución de una pena, puesto que a estos no les es exigible un compromiso interno con el interés público en la persecución de los delitos terroristas, por un lado para evitar los delitos futuros, por otro para esclarecer las responsabilidades penales por los ya realizados.

A mi juicio es perfectamente posible que una persona que ha abandonado la violencia, la organización terrorista y su entorno delictivo; que repudia la violencia, hacia el futuro, y la condena, la suya propia y la de toda la organización, hacia el pasado; que ha reconocido la injusticia e inutilidad del daño causado, por sí mismo y por la organización a la que perteneció; que ha pedido perdón a las víctimas de ETA en general y a las suyas en particular, directamente, indirectamente, en público, en privado o por el medio que tuviera a su alcance; que trata de reparar el daño causado, de atenuar los efectos de su delito mediante la reparación material y/o simbólica; que rechaza el uso de la violencia como instrumento político; que hace lo que está en su mano para que la organización terrorista cese en su actividad criminal y desaparezca, no quiera —y a mi juicio está en su derecho— entrar en el terreno de la delación —por supuesto pudiendo hacerlo, porque, si no, la valoración se situaría en otro terreno—. Lo cual ha de valorarse también conforme al dato de que, estando esta organización terrorista no solo inactiva sino “pendiente del certificado de defunción”, la delación no habría de “contribuir a la finalización de tan graves ilícitos”, sino meramente, en su caso, si la responsabilidad penal no se hubiera extinguido, por prescripción, por fallecimiento del responsable u otras causas, a

⁵⁷⁹ El fiscal Rubira Nieto lleva estas consideraciones a su máxima eficacia al considerar que el único arrepintiéndose a tomar en consideración, incluso a efectos de concesión de permisos ordinarios, es el ‘modelo Soares Gamboa’.

la condena del responsable penal. La ausencia de delación, en el contexto de una valoración global de pronóstico favorable de reinserción social, en el sentido de capacidad de vivir en libertad respetando la ley penal, no puede ni debe convertir el pronóstico en desfavorable.

Otra cosa es a lo que parece que apunta el CGPJ: con una ETA aún activa, reservarse información eficaz —cuyo conocimiento y eficacia obviamente habrían de demostrarse— para acabar con graves ilícitos terroristas aún por consumarse, puede ser considerado como signo de que la toma de conciencia de la necesidad de abandono de las finalidades y los medios terroristas no es lo suficientemente sólida para permitir un pronóstico favorable de reinserción social. Así sí podría aceptarse.

Para GIMBERNAT ORDEIG (2004, p. 18) la colaboración activa con las autoridades no tiene nada que ver con la reinserción social⁵⁸⁰. Es perfectamente posible estar socialmente reinsertado y negarse a colaborar, por miedo⁵⁸¹ o por razones bien o mal entendidas de conciencia, en la detención y/o condena de sus excompañeros de organización terrorista.

Por otro lado, según la LOGP y el CP el contenido de la colaboración se puede dirigir, alternativamente, a:

- impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista
- atenuar los efectos de su delito
- la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas
- obtener pruebas

⁵⁸⁰ En idéntico sentido IGLESIAS RÍO (2005a, p. 35).

⁵⁸¹ JUANATEY DORADO (2004, p. 16) rechaza esta exigencia por el argumento humanitario de no poner en peligro la vida del delator; peligro que en 2015 ha de valorarse como poco probable.

- impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado

Por un lado, autores como GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2003, p. 108) muestran su inquietud por la equiparación entre la colaboración destinada a impedir futuros delitos y la consistente en la persecución y condena de los ya cometidos. A pesar de ser ambas jurídicamente deseables, la valoración jurídico-penal no es la misma desde el momento en que solo la omisión del deber de impedir delitos es considerada una infracción penal. Por otro lado, colocarlas al mismo nivel respecto al acceso al tercer grado y a la libertad condicional desconoce su distinta conexión y significado con respecto al juicio pronóstico de reinserción social.

En 2015 parece que exigir colaborar en impedir la producción de delitos o la actuación o el desarrollo de la organización a la que hace años que dejó de pertenecer y que está “pendiente del certificado de defunción” resulta incomprensible —máxime a una persona encarcelada desde hace 10 o 20 años—, desajustado a la realidad, inoperante y de imposible cumplimiento⁵⁸².

Con todo, la actuación de algunos de los miembros de la denominada vía Nanclores: haber exteriorizado su disidencia, haber manifestado públicamente su exigencia a ETA de que cese en su actividad terrorista, etc., cuando ETA aún no había declarado el cese de su actividad en 2011, a mi juicio debería ser calificada como colaboración para impedir delitos o la actuación o el desarrollo de la organización terrorista, aunque dichas actuaciones no se hayan desarrollado en colaboración con autoridades policiales o judiciales sino autónomamente.

⁵⁸² El actual titular del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, CASTRO ANTONIO (2013, p. 133-134) entiende que no puede exigirse a quien no sabe nada, porque esto perjudica a los terroristas de base, que tienen poca información, además de que sería un agravio comparativo con los que se pueden beneficiar durante la instrucción mediante el arrepentimiento.

Una vez más se observa que en conjunto estas previsiones legales solamente tienen algún sentido, de eficacia policial, en 2003, cuando ETA seguía gravemente activa; lo cual dificulta otorgarles consecuencias jurídicas adecuadas al tiempo en que han de ser aplicadas.

Partiendo de que el delito fue cometido hace muchos años, atenuar los efectos de su delito solamente podría referirse a reparar el daño (el art. 21.5º CP prevé la “disminución” de los efectos del delito como alternativo o complementario de la reparación), tanto en sentido material como psicológico, moral o simbólico. En este sentido la petición de perdón, las manifestaciones de solidaridad con sus víctimas, los encuentros restaurativos con estas e incluso quizás el pago de la responsabilidad civil podrían considerarse colaboración activa. Sin embargo, estas actuaciones no requieren colaborar con autoridad alguna. Además, este objetivo de la colaboración tiene un fundamento muy diferente a los restantes⁵⁸³.

Para MANZANARES SAMANIEGO (2008, p. 238) atenuar los efectos del delito se refiere más a un concepto de arrepentimiento activo que a reparación del daño. Sin embargo, como luego se señala, actualmente resulta anacrónica la previsión cuando ya no hay actividad terrorista cuyos efectos se pudieran atenuar.

Situar como objetivo de la acción penitenciaria tratamental para personas presas desde hace lustros, y que han abandonado la organización terrorista, la “colaboración con las autoridades para disminuir los efectos del delito cometido y la desaparición de la organización terrorista”⁵⁸⁴ carece de sentido y de posibilidad de realización práctica; ni pueden disminuir los efectos del delito fuera del marco de la reparación ni tienen más posibilidad de contribuir a la desaparición de la organización que solicitarla públicamente. Como se puede ver, si estas exigencias eran poco realizables y cuestionables en 2003, en 2015

⁵⁸³ LLOBET ANGLÍ (2007, p. 15) destaca que es la única de las alternativas que no implica la delación.

⁵⁸⁴ *Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley.*

es imposible encontrarles contenido y sentido. En definitiva, a día de hoy el único contenido realmente posible de la colaboración sería para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas y para la obtención de pruebas, se entiende que para el procesamiento y condena de los mismos. Esto es, la mera delación sin efecto de prevención de delitos futuros.

¿Es razonable reducir la exigencia de colaboración de los preceptos que analizamos a la delación, esto es, a proporcionar información que permita la detención y/o enjuiciamiento de acciones delictivas ya pasadas de miembros de una organización en trance de disolución, aunque sea fáctica? ¿Es suficiente con haber prestado declaración autoinculpatoria y/o heteroinculpatoria en comisaría? ¿Ha de exigirse que la información proporcionada haya sido eficaz? ¿Se limita el requisito a prestar declaración inculpatoria en las diligencias sumariales o juicios orales en los que sea llamado como testigo o como coimputado o coacusado? Por otro lado, ¿con qué autoridades habría de colaborar? ¿Con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o con las autoridades judiciales o ambas o alternativamente? Si la colaboración ha de prestarse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o a las autoridades judiciales, ¿quién proporcionará los “informes técnicos” a que se refieren los preceptos que analizamos? ¿Los técnicos de instituciones penitenciarias son capaces de informar sobre el requisito de la colaboración?

A la vista de tantas interrogantes, a las que no soy capaz de dar respuesta mínimamente fiable, se extraen algunas conclusiones: que los preceptos son altamente defectuosos, que contienen una significativa indeterminación, que con el cambio del contexto han perdido al menos parte del sentido que pudieran tener y que, por tanto, este requisito es terreno abonado por el riesgo de arbitrariedad y desigualdad en la aplicación de la ley⁵⁸⁵, además de que, como ya se ha dicho, solamente guarda una muy lejana y difusa relación con el principio de reinserción social.

⁵⁸⁵ Lo cual como se decía antes según MAQUEDA ABREU es un efecto buscado por el legislador.

SÁEZ VALCARCEL (2011b, p. 183) refiriéndose al caso de Adriana Faranda, integrante del comando que secuestró y asesinó a Aldo Moro, destaca: “Su evolución posterior la llevó a rechazar el terrorismo, en un proceso que se conoció como la *disociación* —un concepto que los mismos condenados elaboraron a partir de sus reflexiones en prisión sobre el uso de la violencia política, iniciando una vía que descartaba la delación de sus antiguos compañeros y la colaboración con la justicia, tomando así distancia con la figura del *pentito*, del arrepentido, que propiciaba el sistema”—.

La opción entre *dissociati* y *pentiti*⁵⁸⁶ es una opción político criminal que aún debe ser definida en España. Aunque las diversas experiencias de reinserción habidas en España durante los 80 y 90 nunca exigieron la delación, los preceptos introducidos en 2003 se dirigen parcialmente en dirección al modelo de los *pentiti*, en cuanto que una de las posibilidades de colaboración, junto con otras, es la delación —aunque la inactividad de la organización terrorista, parece que solo deja subsistente esta vía—. Aparte de la discutible eficacia y fiabilidad del modelo, en la medida en que es fundamentalmente una estrategia para la desactivación de la organización terrorista, debería plantearse si una vez que ha cesado la actividad terrorista sigue siendo necesaria. Ciertamente las víctimas tienen derecho a la verdad, en primer lugar, en cuanto al conocimiento empírico, como lo define ETXEBERRIA MAULEÓN (2014, pp. 32-34). Si bien hay un conocimiento global suficiente de quién ocasionó cada víctima —salvo alguna excepción, en el sentido de qué organización y con qué propósito—, sí es cierto que la autoría personal concreta de las victimizaciones más graves no está aún completamente desvelada, lo cual en muchos casos será imposible, dado el tiempo transcurrido en algunos casos, por haber fallecido o no poder ser encontrados los poseedores de la información, o por otras razones, o porque la sede judicial no sea el marco adecuado para hacer efectivo ese derecho a la

⁵⁸⁶ Véase SILKE (2011, pp. 128-129) explica los sistemas ofrecidos a partir de 1979 a los presos de las Brigadas Rojas para obtener acortamientos de condena; más beneficiosos para los *pentiti* (quienes delataran y ofrecieran pruebas contra sus antiguos compañeros, cuya veracidad despertó dudas en diversas ocasiones) y menos para los *dissociati* (a quienes se exigía confesar, mostrar arrepentimiento y romper los vínculos con la organización terrorista). Tras el declinar de la banda terrorista durante la década, en 1987 se aprobó una nueva regulación de la disociación para permitir un cumplimiento penitenciario más benigno y en semilibertad.

verdad, bien porque la responsabilidad penal esté prescrita, lo cual ocurre en la mayor parte de los más de 300 asesinatos sin resolver que refieren las asociaciones de víctimas⁵⁸⁷, bien porque la averiguación de la verdad en sede judicial implique necesariamente la condena de un culpable. Quizás a la vista de la realidad haya que empezar a poner en marcha otros mecanismos⁵⁸⁸, no judiciales, para hacer efectivo el derecho a la verdad de las víctimas. Desde luego, la vía apuntada por el legislador en 2003 parece condenada al fracaso.

Por otro lado, ¿es jurídicamente exigible la delación a la población en general? A mi juicio no. LLOBET ANGLÍ (2007, p. 16) lo afirma porque el art. 450 CP tipifica la omisión del deber de impedir ciertos delitos —lo cual no es el caso respecto de delitos ya cometidos— y en el art. 259 LECrim, que castiga la omisión del deber de denunciar delitos públicos con una multa de 25 a 250 pesetas. GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA (2004, p. 108) advierten de que en ningún caso no delatar equivale jurídicamente a encubrir el delito o a colaborar con el terrorismo. En mi opinión la negativa o renuencia de un testigo a declarar en juicio en todo caso podría ser considerado un delito del art. 460 CP.

FARALDO CABANA (2004, p. 327) estima que la delación siempre se ha considerado un acto moralmente reprobable. En todo caso, el incumplimiento del deber del art. 259 LECrim en modo alguno puede dar amparo al cierre del proceso de reinserción social mediante la progresión a tercer grado y la libertad condicional. Ni la omisión del deber de denunciar significa que no haya pronóstico favorable de reinserción social ni en todo caso la consecuencia sería proporcional a la nimia gravedad de la omisión.

⁵⁸⁷ El “Memorándum contra el olvido”, realizado por Dignidad y Justicia en 2014, refiere 326 casos de asesinato sin resolver. Véase también el Informe sobre la situación procesal de los atentados perpetrados por organizaciones terroristas con resultado de muerte entre 1960 y 2014, en <http://www.irekia.euskadi.eus/>, última consulta 4 de agosto de 2015.

⁵⁸⁸ Véase TAMARIT SUMALLA (2012b, pp. 90-91), a propósito de la persecución penal de los crímenes del franquismo, en el sentido de señalar las limitaciones de la justicia penal para resolver algunos problemas sociales. También TAMARIT SUMALLA (2010) en relación con las limitaciones de fórmulas como las comisiones de la verdad.

Por su parte, a juicio de BUENO ARÚS (2009, p. 96), refiriéndose a la colaboración del actual art. 579bis.3º CP “nos encontramos en una situación irresoluble: si el terrorista no se arrepiente, no puede proporcionar juego al fin rehabilitador de la pena; y, si se arrepiente, tampoco, por el carácter rechazable que tiene la delación en la configuración de las relaciones interpersonales en un determinado ámbito social”.

En conclusión, aunque cabe hacerse una interpretación constitucionalmente aceptable, sería fuertemente recomendable *de lege ferenda* o bien la eliminación del criterio/requisito de la colaboración activa con las autoridades o bien una profunda remodelación a fin de corregir los defectos advertidos.

c) Medios de acreditación

Por último, en cuanto a los medios de prueba del abandono y colaboración, del texto de los preceptos cabe inferir que son, en primer lugar, las muestras inequívocas, que normalmente constarán y se valorarán en los informes de los técnicos de instituciones penitenciarias, aunque no cabe excluir que puedan ser puestos de manifiesto por el propio penado y valorados por el órgano judicial. A estos efectos, trabajar, no secundar las acciones colectivas del colectivo de presos aún a ETA, solicitar permisos, etc. suelen ser signos inequívocos, además de los que deriven de la intervención generalizada de comunicaciones, plenamente a disposición de ser conocidos por los funcionarios de prisiones.

Por otro lado, se puede —esto es, no es el único medio válido— probar el abandono mediante una declaración expresa (en los casos que conozco se ha concretado en un escrito que el penado dirige al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y que consta en el expediente penitenciario del interno, como se puede observar de los Autos anteriormente extractados). Esta declaración debe expresar abandono de la violencia⁵⁸⁹ —que es precisamente lo que se trata de probar, por lo que difícilmente esa sola declaración, sin ser corroborada por signos inequívocos, tendrá validez probatoria— **y** repudio de **sus** actividades delictivas **y** una petición expresa de perdón a las víctimas de **su** delito.

De nuevo aparecen sencillamente a la vista las dudas que generan los importantes defectos técnicos de una redacción ‘de aluvión’ en el trámite parlamentario. Primeramente, que el contenido del medio de prueba va más allá de aquello que debe probar. Introduce confusión entre los requisitos y los medios de prueba. Y además, las novedades presentan problemas de interpretación y de constitucionalidad nuevos respecto al objeto de lo que deben probar.

Al exigir, para probar el abandono de la violencia, no solo la declaración de dicho abandono, sino un repudio de **sus** actividades delictivas, que conforme a

⁵⁸⁹ Para LLOBET ANGLÍ (2007, p. 14) la única declaración relevante puesto que lo esencial no es rechazar la conducta anterior sino comprometer la conducta futura.

su tenor literal se refiere a su actividad delictiva pasada, se introduce por tanto una cuestión o ideológica o moral cuya no producción no permite afirmar que no haya un pronóstico favorable de reinserción social. Es decir, que si el exterrorista abandona la actividad delictiva y la repudia a futuro —por la razón que fuera, pero sólidamente comprobable— pero en su declaración no condena su actividad delictiva pasada, no la repudia o de algún modo la justifica o explica en su contexto⁵⁹⁰, no podría darse por probado un abandono respecto del que podría haber signos inequívocos.

A través del medio de prueba de un requisito esencial al pronóstico de reinserción social de un condenado por terrorismo, se introduce un elemento nuevo de corte ideológico.

Y, además de los dos contenidos anteriores, la declaración expresa que acredite su abandono de los medios y fines terroristas debe incluir una petición expresa de perdón a **sus** víctimas; petición que ordinariamente se ha concretado en más o menos expresarlo así en el escrito antes referido. No se exige que se produzca directamente a sus víctimas, lo cual normalmente no será posible o deseable y deja subsistente la duda de cómo ha de interpretarse en los casos en que no haya cometido un delito terrorista concreto o este no tenga víctimas directas.

GÓMEZ BENÍTEZ (2014, p. 8-9) entiende que “el problema fundamental de la legislación penitenciaria para los presos de ETA”⁵⁹¹, “el abandono de los fines y medios terroristas y la colaboración, y en contra de la interpretación más extendida, regula dos posibles formas alternativas y no exclusivas de acreditarlo”⁵⁹². Según su interpretación, ambas circunstancias, abandono y

⁵⁹⁰ Nadie dudaría de las convicciones democráticas y la inserción social, por ejemplo de Mario Onaindia Natxiondo, porque no repudiara de su pasado (véanse sus memorias, *El precio de la libertad*, Espasa, 2001).

⁵⁹¹ Además de los arts. 36 y 78 CP (p. 1), que a mi juicio no suponen el problema fundamental por afectar a una minoría de condenas de larga duración.

⁵⁹² Similar a lo interpretado por MANZANARES SAMANIEGO (2012, p. 6), para quien, desde la desconfianza en la utilización política de la administración penitenciaria, “lo más curioso —y lamentable— consiste en que el aparente endurecimiento de los requisitos para obtener la

colaboración, podrían ser acreditadas a la vez, bien por la declaración expresa a que se refiere el art. 72.6º, bien por el informe técnico que acredite la desvinculación y la colaboración, de modo que con una u otra quedarían acreditadas ambas exigencias.

Bastaría así la declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito para dar por probado su abandono de los medios y fines y terroristas y también la colaboración activa con las autoridades.

Así, alternativamente también bastaría con los informes técnicos que acreditaran la desvinculación y la colaboración, evitando al penado la declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito.

Aunque, en la medida que se dice “podrá” y no se plantea disyuntamente sino mediante el empleo de la locución conjuntiva con valor comparativo (‘de la misma forma que’) “así como”, incluso cabrían otras opciones distinta de las dos propuestas por el art. 72.6º LOGP.

Aunque la desastrosa técnica legislativa de estos preceptos permite casi cualquier interpretación, no parece que la declaración de repudio, abandono y petición de perdón pueda servir para acreditar la colaboración activa con las autoridades, por lo que la interpretación propuesta debe entenderse como

libertad condicional puede acabar no siéndolo por la deplorable redacción de la segunda parte de este párrafo. Al final resulta que, literalmente, todo lo anterior —aquellos ‘signos inequívocos’ y los comportamientos activos— ‘*podrá acreditarse* mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito’. No se entiende bien que tales exigencias puedan acreditarse con una declaración que sustituiría a los mencionados ‘signos inequívocos’ y que, como es lógico, nada tiene de colaboración activa en la lucha contra el terror. Y algo similar cabe decir de la petición de perdón no prevista en los requisitos iniciales y convertida ahora en una mera formalidad de escaso valor para el pronóstico que el sistema de individualización científica demanda”. Coincido en lo absurdo de interpretar así el mandato normativo.

En el mismo sentido, BARQUÍN SANZ (2015, p. 258) sostiene que el abandono y la colaboración no han de darse de manera cumulativa, sino que basta con la declaración expresa.

excesivamente forzada, además de que no se ha acogido en ninguna de las resoluciones judiciales sobre la materia, que en todo caso no son concluyentes sobre ninguna de las dudas interpretativas que generan estos preceptos.

I. Otras cuestiones relativas a la libertad condicional

1. La libertad condicional en la reforma de 2015

Una primera pregunta que surge es cómo afecta el nuevo art. 90 CP 2015⁵⁹³ a la libertad condicional en el subsistema penitenciario de los condenados por terrorismo.

⁵⁹³ “1. El juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta.
- c) Que haya observado buena conducta.

Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

2. También podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que hayan extinguido dos terceras parte de su condena.
- b) Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.
- c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena.

A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

3. Excepcionalmente, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados en que concurran los siguientes requisitos:

a) Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración.

b) Que hayan extinguido la mitad de su condena.

c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere al apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior.

Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales.

4. El juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta para alguno de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II de este Código, cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado.

5. En los casos de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, resultarán aplicables las normas contenidas en los artículos 83, 86 y 87.

El juez de vigilancia penitenciaria, 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.

Como se afirmaba en el apartado relativo a la reforma de 2015, la principal modificación sucede en la naturaleza de la institución, que pasa de ser el “último grado de cumplimiento de la pena de prisión” a una suspensión de su

Asimismo, 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.

El plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado.

6. La revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena.

7. 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.

8. En el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

Los apartados 2 y 3 no serán aplicables a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.”

cumplimiento durante el tiempo de pena que reste por cumplir y hasta 5 años (art. 90.5º párrafo cuarto CP). “Deja de formar parte del sistema progresivo” (BARQUÍN SANZ 2015, P. 255).

Suscita dudas la posible contradicción entre las dos primeras frases del párrafo en caso de que el tiempo restante de cumplimiento fuera superior a 5 años; posibilidad cuya probabilidad de concurrencia aumenta con los adelantamientos de la libertad condicional aplicables conforme a los arts. 90.2º y 90.3º CP. Conforme a la nueva naturaleza de la libertad condicional, la de una suspensión condicionada de la ejecución/cumplimiento del tiempo de condena restante que sería objeto de remisión transcurrido el plazo de suspensión (art. 87.1 CP por remisión del 90.5º), entiendo que lo coherente es que en todo caso el plazo de suspensión no podrá superar los 5 años⁵⁹⁴.

A consecuencia de esta transustanciación se produce la principal consecuencia buscada: la pérdida del tiempo transcurrido en caso de revocación de la suspensión —esta, junto con la solución a la revisión de la pena de prisión indefinida parecen ser las motivaciones de la reforma—. Esta novedad supone la extensión de la excepción introducida en 2003 para los delitos de terrorismo (y a partir de 2010 también para los de integración en organización o grupo terrorista) a todos los delitos; una nueva muestra de la *vis expansiva* de la legislación excepcional.

También, como cuestión desfavorable tendríamos la nueva causa de revocación de la suspensión/libertad condicional que no lo era de la libertad condicional ex CP 1995: el cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la libertad condicional que alteren el pronóstico que se realizaba. De nuevo en mi opinión se trata de una expansión de la introducida en el art. 93.2 CP 2003

⁵⁹⁴ La Instrucción 3/2015, de 30 de junio, de la Dirección General de Servicios Penitenciarios de la Generalidad de Cataluña, entiende que el plazo mínimo de dos años de suspensión supone un endurecimiento de las condiciones para aquellos penados a los que les restara menos de ese tiempo para extinguir la condena: “*Cal posar de manifest que el termini mínim de 2 anys de suspensió establert suposa, amb caràcter general, un enduriment en aquells supòsits en què en el moment d’accedir a la suspensió de l’execució de la resta de pena i llibertat condicional restin menys de dos anys de compliment*”.

para los delitos de terrorismo, pero quizás aún con mayor amplitud; desde luego con mayor ambigüedad.

El resto de modificaciones, o bien serían más favorables, o serían en el fondo irrelevantes. Como la sustitución del informe del art 67 LOGP por el establecimiento de unos criterios a la toma de decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria [en el mismo sentido lo valora la Instrucción SGIP 4/2015, punto 3.1.1 y 3.2.2].

En primer lugar, cabe plantearse si las disposiciones de la LO 1/2015 son aplicables a la concesión de la libertad condicional por condenas anteriores a su entrada en vigor y por hechos anteriores a su entrada en vigor. O, al menos, cuáles de ellas no, por suponer una ley posterior desfavorable que afecte al derecho a la libertad por prolongar la duración de la pena o empeorar las condiciones de acceso a la misma.

Las disposiciones transitorias de esta LO 1/2015 no nos aclaran esta cuestión⁵⁹⁵. La Disposición Transitoria Primera únicamente señala que *“1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor”*. La Disposición Transitoria Segunda indica: *“2. No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la*

⁵⁹⁵ La Disposición Transitoria LO 7/2003 preveía la aplicación, con independencia de la fecha de la condena o de los hechos, de los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, **respecto a las circunstancias para acceder a la concesión** de la libertad condicional, es decir, de ningún modo incluía la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional del nuevo art. 93.3º CP 2003. Véase el apartado siguiente.

pena suspendida. Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional⁵⁹⁶.

Esta última disposición resulta chocante, puesto que hasta el 30 de junio de 2015, quien estuviere cumpliendo su pena en libertad condicional aún seguía cumpliendo su pena; esta no se ha extinguido; la pena no está ejecutada (Disposición Transitoria Segunda nº 3), pero tampoco está suspendida, salvo que se entienda que el 1 de julio los penados en libertad condicional han dejado de cumplir su condena y pasado automáticamente a tener el tiempo restante de pena suspendido. Esta conclusión sería inaceptable, porque sería una aplicación de un nuevo régimen, desfavorable, a una situación consolidada y en ejecución .

Por lo mismo, entiendo que resulta contrario al art. 2.2 CP y al art. 25.1 CE⁵⁹⁷ no revisar la pena que se está cumpliendo en libertad condicional, por lo que a

⁵⁹⁶ La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2015, de 22 de junio, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015, considera que esta disposición “*reproduce las contenidas en las anteriores LO 5/2010 [Disposición Transitoria Segunda nº 2 segundo párrafo] y 15/200 (sic, 15/2003) [Disposición Transitoria Segunda párrafo tercero] y resulta superflua a la luz de la nueva configuración que de la libertad condicional se realiza en los art. 90 a 92 CP, que aparece regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena*”. Lo cierto es que no entiendo por qué la considera superflua, salvo que considere que las libertades condicionales se han transformado automáticamente el 1 de julio en suspensiones de la ejecución.

Críticamente con la Disposición Transitoria Segunda nº 2 segundo párrafo de la LO 5/2010, PLEITEADO MARISCAL (2010, pp. 326-327 y 324-325) para quien no es admisible en relación con la suspensión y menos aún —“con la agravante”— en la libertad condicional, que es una institución de naturaleza diferente, en la que la pena se está ejecutando y cumpliendo.

También críticamente GONZÁLEZ TAPIA (2015, p. 16).

⁵⁹⁷ En otro apartado de este trabajo se sostiene, con la STS 178/2015, que, a pesar de las reticencias del Tribunal Constitucional, la retroactividad de la ley más favorable ha de entenderse integrada en el principio constitucional de legalidad. Así, conforme a la STEDH Scoppola c. Italia (nº 2), de 17 de septiembre de 2009: “el artículo 7.1 del Convenio garantiza no sólo el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables, sino también, de forma implícita, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable”; también el art. 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (vid. STJUE de 3 de mayo de 2005, asunto *Berlusconi y otros*, ECLI:EU:C: 2005: 270, apartados 66 a 69); y el artículo 15.1, inciso final, del

mi juicio este párrafo segundo del nº 2 de la Disposición Transitoria Segunda es inconstitucional y contrario al párrafo segundo del nº 1 de la Disposición Transitoria Segunda: los “*jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial*”, salvo que se haya inadvertidamente dado marchamo legal a la valoración extralegal de que la libertad condicional no es cumplimiento. Si la sentencia fuera revisable, de modo que con las reglas general de las disposiciones transitorias y las reglas generales sobre aplicación de las leyes en el tiempo la pena habría de verse reducida en su duración total, ello comportaría o bien una reducción del tiempo de libertad condicional restante o bien que la pena se hubiera extinguido ya. Mantener al penado cumpliendo en libertad condicional una pena que ya no habría sido imponible resulta chocante, ilegal y absurdo.

La Instrucción SGIP 4/2015⁵⁹⁸ en su Disposición Transitoria primera establece, lógicamente, que “*las libertades condicionales concedidas se seguirán rigiendo en todos sus extremos por la normativa bajo la que fueron concedidas, incluida la revocación*”. Obviamente, al igual que yo, interpreta que no se transforman de pronto en suspensiones, esto es, los penados en libertad condicional siguen cumpliendo condena, no les es aplicable la nueva causa de revocación y en caso de revocación no pueden perder el tiempo pasado en libertad condicional.

En la misma disposición afirma que “*los expedientes de libertad condicional iniciados [a] partir del 1 de julio, se deberán tramitar conforme a la nueva normativa*”, lo cual puede ser compartido en cuanto al procedimiento

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (« *si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello* »).

⁵⁹⁸ En Cataluña véase la Instrucció 3/2015, sobre determinades reformes introduïdes per la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març, per la qual es modifica la Llei orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi penal.

administrativo⁵⁹⁹ pero no en cuanto al fondo de la regulación, en cuanto suponga una aplicación retroactiva desfavorable para el derecho a la libertad. El texto es ambiguo, pero observando el Anexo II, en el que se hace al penado firmar un consentimiento a que su libertad condicional se tramite conforme a la legislación vigente y que ha sido informado también de las consecuencias legales de su revocación, da toda la impresión de que la administración penitenciaria quiere que el penado renuncie a su derecho a la legalidad penal, a la irretroactividad de las leyes penales desfavorables, lo que es evidentemente irrelevante, por tratarse de una cuestión de *ius cogens*; por otro lado, el citado consentimiento tampoco puede sustituir a un eventual trámite de audiencia al penado, con asistencia letrada, en un eventual incidente judicial.

La Instrucción 3/2015, de la Dirección General de Servicios Penitenciarios de la Generalidad de Cataluña, se lo plantea con mayor detenimiento y argumentación. Partiendo de que al ser normas de ejecución de penas y no normas penales sustantivas, *a priori* cabría la aplicación retroactiva a condenas anteriores a su entrada en vigor, sin embargo, a la vista de la jurisprudencia generada a propósito de la aplicación retroactiva del art. 36.2 CP 2003, se llega a la conclusión de que el derecho de ejecución de penas se ve afecto al principio de irretroactividad por efecto del principio de seguridad jurídica, conforme al derecho del ciudadano a saber no solo la pena que cabe serle impuesta por la comisión de un delito, sino a saber la forma de ejecución de la misma que le es aplicable (con cita de la STS 748/2006, de 12 de junio, y de la STEDH caso Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013), por lo que no es posible afirmar sin más que la sustitución para penados extranjeros y el nuevo régimen de la libertad condicional se puedan aplicar sin más a partir del 1 de julio de 2015 sin tener en cuenta la fecha de comisión de los hechos delictivos. En definitiva, llega a la conclusión de que, salvo la más favorable del 90.3º, estas novedades desfavorables no pueden ser aplicadas a las condenas impuestas por hechos cometidos con anterioridad al 1 de julio de 2015, previendo incluso orientar a los

⁵⁹⁹ Paloma UCELAY, Jurista de II.PP., en <http://juristadeprisiones.com/la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-12015> última consulta 29 de julio de 2015, entiende que la Instrucción toma partido a favor de la aplicación retroactiva.

internos en los recursos contra las resoluciones que les apliquen desfavorablemente la nueva normativa⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ “No es planteja cap dubte respecte de l'aplicació del principi d'irretroactivitat de les normes penals desfavorables a les normes de dret penal substantiu, és a dir, les normes que descriuen els delictes i que determinen les penes que hi corresponen, però no resulta tant clar, com demostra la recent experiència davant els successius canvis legislatius haguts en matèria penal, què succeeix amb les normes referides a la forma d'execució de la pena, les quals afecten a la forma de compliment de la pena privativa de llibertat. Pel que ara interessa, i per tal d'establir un criteri clar respecte de l'aplicació retroactiva o no d'aquells aspectes de la reforma introduïda per la LO 1/2015, i que s'aborden en aquesta instrucció, és a dir, el règim de substitució de la pena per expulsió als ciutadans estrangers i la nova regulació de la llibertat condicional -doncs no es planteja cap dubte al respecte quant a l'aplicació temporal de la nova pena de presó permanent revisable-, cal tenir en compte que són normes de dret penal d'execució de penes i que, a priori, es podria predicar la seva aplicació retroactiva a condemnes per fets anteriors a la seva entrada en vigor. 7 Generalitat de Catalunya Departament de Justícia Arribats a aquest punt, cal recordar els pronunciaments judicials haguts en relació amb la retroactivitat de les normes d'execució de penes amb motiu de la interpretació que es va fer per part de l'administració penitenciària tant de l'Estat com catalana, arran de l'entrada en vigor de la Llei orgànica 7/2003, de 30 de juny, de mesures de reforma per al compliment íntegre i efectiu de les penes (LO 7/2003), en què es va considerar que l'anomenat període de seguretat previst a l'article 36.2 CP, era una norma d'execució de penes i, per tant, es va considerar aplicable al compliment de condemnes per fets comesos abans de l'entrada en vigor de la Llei 7/2003. Aquesta aplicació retroactiva de l'anomenat període de seguretat per a la classificació en tercer grau, respecte de les persones que complien condemna per fets anteriors a l'entrada en vigor de la LO 7/2003, per la qual s'havia instaurat el període de seguretat, va ser qüestionada i el conflicte va ser resolt en sentit negatiu, entre d'altres, per les Interlocutòries de la Secció Novena de l'AP de Barcelona de 14 i 19 de maig de 2004 i per la de la Secció Cinquena de l'AP de Madrid de 6 de juny de 2004. Cal tenir en compte, que la LO 7/2003, a diferència de la norma actual, contenia una disposició transitòria única que establí que allò previst en els articles 90 i 93.2 de la norma, respecte a les circumstàncies per accedir a la concessió de la llibertat condicional, i en l'article 72.5 i 6 de la LOGP, seria aplicable a les decisions que s'adoptessin en aquestes matèries des de la seva entrada en vigor, amb independència del moment de la comissió dels fets delictius o de la data de la resolució en virtut de la qual s'estigués complint la pena, però no contenia cap referència respecte de l'aplicació retroactiva del període de seguretat instaurat a l'article 36.2 del CP. No deixava cap dubte, doncs, aquest precepte respecte de quina era la voluntat del legislador respecte a l'aplicació dels nous requisits per accedir a la llibertat condicional en els casos de compliment de condemna per fets anteriors a l'entrada en vigor de la LO 7/2003, però si pel que feia a l'aplicació retroactiva del període de seguretat. A l'efecte de determinar la veritable naturalesa jurídica d'una norma com a norma de dret penal substantiu o d'execució de penes, i

per tant, la seva afectació o no pel principi d'irretroactivitat consagrat a l'article 9.3 CE, l'AP de Madrid va afirmar a la interlocutòria esmentada que "distingir entre la pena per una banda, i la vida de la pena, per una altra, com si la pena existís materialment al marge del seu compliment és contrari a tota experiència i a la raó vital. És evident que el contingut aflictiu de la pena no pot mesurar-se sols pel quantum de la seva durada, sinó també pel quantum de la seva intensitat. Qualsevol mesura del temps que prescindeixi de la intensitat del sofriment és, en termes humans, inexacta i invàlida." I derivat de les consideracions anteriors, afirmava que "no es pot afirmar que allò que afecta a les penes, i dins d'aquestes a aquesta zona especial que és el seu compliment, no formi part del contingut essencial del Dret Penal; així mateix, que la forma de compliment pot contenir una major o menor càrrega aflictiva, i segons aquesta càrrega, resultar la pena més o menys desfavorable." La conclusió a què s'arriba, per tant, és a l'afectació del principi d'irretroactivitat a les normes de dret penal no substantiu, és a dir, d'execució de penes, si aquestes són desfavorables per al reu, conclusió que deriva de les exigències de seguretat jurídica que fonamenten la irretroactivitat de la llei penal, i de les quals neix el dret dels ciutadans a saber quina és la pena que els correspon a l'acció tipificada a la norma penal com a delictes, així també com el dret a saber amb certesa quina és la forma en què s'executaran les penes. Aquesta interpretació va ser avalada per S. de la Sala Segona del TS de 12 de juny de 2006, dictada en el marc del recurs de cassació per unificació de doctrina, en què es va considerar que en ser la previsió de l'article 36.2 CP una norma penal més perjudicial que l'anterior, i no estar prevista la seva aplicació retroactiva en la disposició transitòria abans citada, no era possible efectuar una interpretació extensiva contra reu. 8 Generalitat de Catalunya Departament de Justícia I en el mateix sentit, el TEDH ha afirmat en la S. de 21 d'octubre de 2013, dictada en l'assumpte Del Rio contra Espanya, que no pot ser d'aplicació retroactiva una nova doctrina jurisprudencial referida a la interpretació de les normes d'execució de penes si té un efecte desfavorable per al reu. Partint doncs de les consideracions anteriors, i tenint en compte que la LO 1/2015 no conté una previsió de dret transitori com la que contenia la LO 7/2003, no és pot afirmar sense més que la nova institució de la llibertat condicional i el nou règim de substitució de la pena per expulsió als ciutadans estrangers, siguin aplicables amb caràcter general a partir de l'entrada en vigor de la norma, amb independència de la data de comissió dels fets delictius. Així, atès el canvi de naturalesa jurídica de la institució de la llibertat condicional, [que passa a ser regulada com una modalitat de suspensió de l'execució de la pena, amb les conseqüències jurídiques que això comporta] es considera que, en termes generals, la nova regulació de la llibertat condicional és més greujosa que la prevista en la llei anterior, per la qual cosa ha de ser considerada com a norma penal més desfavorable i, en conseqüència, no pot ser d'aplicació retroactiva. Amb caràcter excepcional, però, la modalitat de llibertat condicional regulada a l'article 90.3 CP – compliment de primera condemna de presó que no superi els 3 anys- pot ser més favorable atès el límit temporal de compliment que es fixa, supòsit que haurà de ser analitzat cas per cas, i escoltant prèviament el penat, de conformitat amb el que estableix l'article 2.2 CP. En conseqüència, amb caràcter general, quan hagi pronunciaments jurisdiccionals d'aplicació retroactiva de la modalitat suspensiva de la llibertat condicional per a fets comesos amb

Recientemente el Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional nº 623/2015, de 28 de julio, en la resolución de un recurso de apelación en relación con una solicitud de libertad condicional para mayores de 70 años presentada antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, ha tenido en cuenta la nueva normativa, aunque no hay una variación desfavorable que afecte al caso. Se desestima la apelación porque el interno no está clasificado en tercer grado⁶⁰¹.

¿Cabe aplicar la previsión del art. 90.6º CP —pérdida del tiempo pasado e libertad condicional— a las condenas anteriores a su entrada en vigor y a los hechos cometidos antes de su entrada en vigor o para estos casos debe seguir vigente el régimen anterior?

anterioritat a la vigència d'aquesta llei, s'orientarà a les persones internes afectades a esgotar els recursos ordinaris establerts per l'ordenament jurídic contra les esmentades interlocutòries."

⁶⁰¹ Además de ignorar que el Acuerdo 125 de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria permite la progresión a tercer grado por el Juzgado en los casos de mayores de 70, la Sala expresamente rechaza aplicar el art. 36.3º CP 2015 que establece que "*En todo caso, el tribunal o el juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad*". La razón que se esgrime ante la alegación de dicho artículo por el recurrente es que "*tampoco puede ser atendido al no contradecir el contenido y espíritu del transcrito art. 91 C.P., modificado asimismo por la última, exigiendo para dicha progresión a tercer grado, indefectiblemente que el penado sufra padecimientos incurables o relevantes, bien que la edad, septuagenarios, incida considerablemente en aquéllos. Y ello en correspondencia con las razones humanitarias que se refieren como base, sin que las mismas se colijan objetivamente por el exclusivo cumplimiento de dicha edad*". Esto es, al parecer la Sala realiza una interpretación teleológica restrictiva del adelantamiento de la libertad condicional —que tampoco es tal en el caso concreto, puesto que el interno tiene cumplidas tres cuartas partes de la condena— que, sin entrar en su corrección, produce el efecto de contradecir la literalidad del nuevo art. 36.3 CP. En definitiva, el intento de lograr la tutela judicial efectiva frente a la negativa de la administración penitenciaria a progresar a tercer grado a una persona mayor de 70 años, que ha cumplido más de las tres cuartas partes y que ha rechazado la violencia, se ha desvinculado de ETA y del colectivo de presos, ha pedido perdón a las víctimas y paga la responsabilidad civil dentro de sus modestísimas posibilidades (el director del establecimiento lo justifica en la necesidad de retribución basada en la gravedad de sus delitos y alta suma de penas) choca frente a la restrictiva interpretación de la Sala.

Al igual que se dijo en el apartado dedicado a la LO 7/2003 y se aborda en el siguiente apartado respecto a la modificación para los delitos de terrorismo en el art. 93.2º y 3º CP 2003, entiendo que no cabe aplicarlo a condenas por hechos anteriores a su entrada en vigor⁶⁰².

En consecuencia, interpreto que no cabe suspender la ejecución de la pena por más tiempo que el restante de pena y que, si se produjera la revocación, debería computarse el tiempo pasado en libertad condicional/suspensión. También a juicio de GONZÁLEZ TAPIA (2015, p. 17, con cita de la STS 342/2005, de 17 de marzo) si se revoca la libertad condicional, la pena cumplida de forma efectiva de este modo constituiría una situación consolidada no susceptible de retroacción. Todo lo que de la aplicación de las nuevas reglas resultara en perjuicio del derecho a la libertad sería a mi juicio inaplicable conforme al art. 25.1 CE.

Coincido plenamente con la citada Jurista de Instituciones Penitenciarias:

“Aunque no podemos afirmar que la nueva regulación de la libertad condicional sea, en bloque, menos favorable que la anterior, sí existe la certeza de que el régimen de revocación es objetivamente más perjudicial para el penado. Es decir, constituye una norma penal (tiene efectos directos sobre la pena impuesta) que contiene una medida más restrictiva de los derechos individuales, en este caso la libertad, con respecto a la legislación anterior. De hecho, la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, que en un primer momento se contempló como excepción únicamente aplicable a condenados por terrorismo (antiguo art. 90.3 CP), se contempla ahora como norma general para la totalidad de la población penitenciaria. Por lo tanto, se puede entender que el penado tendrá derecho a ser oído acerca de qué régimen de libertad condicional estima más favorable a su situación, tal y como se deriva del art. 2.2 del Código penal (“en caso de duda sobre la

⁶⁰² En el mismo sentido UCELAY (2005): **“todo aquello que afecta al cumplimiento de las penas forma parte del contenido esencial del Derecho Penal**. Es decir, el contenido afflictivo de la sanción penal no puede evaluarse solo por el *quantum* de su duración, sino también por el *quantum* de la intensidad en su ejecución. Tengo la sensación de estar viviendo un **déjà vu respecto a la reforma penal de la LO 7/2003, que introdujo el período de seguridad como límite para el acceso al tercer grado penitenciario** (artículo 36 del Código penal)”.

determinación de la Ley más favorable, será oído el reo”) y de la propia Disposición transitoria 1ª de la LO 1/2015 (“En todo caso, será oído el reo”). Evidentemente, sólo deberían pronunciarse los penados condenados por hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la reforma del Código penal por la LO 1/2015, dado que los hechos cometidos con posterioridad a la vigencia de ésta no ofrecerían duda alguna sobre qué legislación aplicar (principio de seguridad jurídica, art. 9.3 CE). Y en todo caso, si el penado entiende que son más favorables las normas vigentes en el momento en que cometió los hechos, éstas se tendrían que aplicar en bloque. Es decir, no se podría exigir la aplicación de la nueva modalidad de adelantamiento de la libertad condicional a la mitad de la condena del actual art. 90.3 del Código penal y a la vez el régimen de revocación más favorable del antiguo art. 90.3.

Por último, pero no menos importante, no hay que perder de vista un detalle. En la Disposición Transitoria única de la LO 7/2003 se estableció que sería aplicable desde su entrada en vigor lo dispuesto respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, PERO NO respecto a las consecuencias de la revocación: la disposición se refirió explícitamente a los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, dejando intencionadamente al apartado 3º del art. 93 (aparatado que introdujo la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional para condenados por terrorismo) fuera del ámbito de aplicación de la misma.

Visto todo lo anterior, veo muy arriesgado obligar a firmar a los futuros liberados condicionales el Anexo II de la Instrucción 4/2015 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. No sé qué ocurrirá con esta cuestión, pero desde luego no tengo nada claro que esta Instrucción no deba ser modificada en un futuro no muy lejano, al igual que ocurrió con la aplicación retroactiva del período de seguridad. En todo caso, entiendo que si el legislador hubiera querido aplicar de esta forma las nuevas normas que regulan la libertad condicional, lo hubiera expresado así. Y ello al margen de cualquier juicio que sobre la constitucionalidad que de esa disposición pudiera plantearse.”

2. Especificidad en relación con la revocación

Como ya se ha reflejado en diversos momentos, la LO 7/2003 modificó a peor para los delitos de terrorismo (y a partir de 2010 para los delitos de integración en organización o grupo terrorista), además de los requisitos para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional, el régimen de revocación de la libertad condicional. Quizás era uno de los objetivos principales de la reforma GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA 2004, p. 106).

Así, introdujo dos nuevos números en el art. 90 CP:

«2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda.

3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.»

La Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003 preveía la aplicación, con independencia de la fecha de la condena o de los hechos, de los artículos 90 y 93.2º del Código Penal, **respecto a las circunstancias para acceder a la concesión** de la libertad condicional, es decir, de ningún modo incluía la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional del nuevo art. 93.3º CP 2003.

En mi opinión, tampoco de lo previsto en el art. 93.2º, a pesar de mencionarse expresamente, porque este precepto establece un régimen específico de seguimiento y revocación de la libertad condicional, no nuevas circunstancias para acceder a la concesión. En consecuencia, habrán de tenerse en cuenta las normas generales para la aplicación de estas previsiones en el tiempo, conforme a la doctrina sostenida en la STS 748/2012 (y SSAAPP en las que se apoya expresamente) y en la STEDH caso Del Río Prada c. España.

Quizás ello llevaría a entender que la extensión de la aplicación retroactiva del 93.2º por la Disposición Transitoria es inconstitucional (posibilidad también observada por la STS 748/2012⁶⁰³), pero también cabría a mi juicio una interpretación conforme a la Constitución, en la medida en que se entienda que solo afecta a condiciones de acceso a la libertad condicional que en sí mismas no sean obstáculos nuevos restrictivos de la libertad (art. 17 CE), como se ha interpretado antes que sí es la exigencia de colaboración con las autoridades. Aunque en realidad esta interpretación vacía de contenido la previsión transitoria.

Lo que en todo caso es claro es que la LO 7/2003 introduce un régimen específico para delitos de terrorismo en punto al seguimiento, causa de revocación y efecto de la revocación sobre el tiempo transcurrido y que esa novación legal es desfavorable respecto a la ley anteriormente vigente.

La previsión en el art. 93.2º CP 2003 de una nueva causa de revocación de la libertad condicional, por incumplimiento “de las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional”, así como su seguimiento por el JCVP —“cumplimiento de los compromisos a los que se condiciona la concesión (GARCÍA ALBERO – TAMARIT SUMALLA 2004, p. 110)—, está indisolublemente unida a los nuevos requisitos de la libertad condicional (art. 90.1º último párrafo CP 2003). Así se desprende de la propia Disposición

⁶⁰³ F.Dº Cuarto, párrafo tercero y cuarto: “...se argumenta en el motivo que en el auto se aplica —en perjuicio del reo— la legalidad penal derivada de la L.O. 7/2003 porque en la propia disposición transitoria única está prevista que la modificación de los arts. 90 y 93-2º del Código Penal que dicha Ley modificó “....será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias [en realidad dichas materias se refiere a circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional y respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario] desde su auto [sic, 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....”. El TS inadmite este motivo por desbordar los límites del recurso de casación para unificación de doctrina, por lo que no llega a pronunciarse sobre la cuestión ni a plantear cuestión de inconstitucionalidad.

No se oculta el profundo calado de la denuncia que se efectúa, pues viene a equivaler a denunciar la inconstitucionalidad de tal Disposición Transitoria Única de la L.O. 7/2003 por atentar contra el principio de no retroactividad de las leyes penales perjudiciales para el penado”.

Transitoria, que los vincula en su aplicación temporal, aunque lo cierto es que solo ‘atribuye efecto retroactivo’ “**respecto a las circunstancias para acceder a la concesión**”. Siendo a mi juicio claro que no puede aplicarse retroactivamente una causa de revocación no prevista en el momento de cometer el hecho delictivo, puesto que constituiría una aplicación prohibida de una causa restrictiva de la libertad —de lo que no cabe duda es de la imposibilidad de aplicar retroactivamente la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional (art. 93.3º CP 2003)—, llevaría a la incoherente consecuencia de que se aplicaran retroactivamente las nuevas condiciones (desvinculación y colaboración) pero su incumplimiento no pudiera dar lugar a la revocación. En consecuencia, lo coherente es interpretar que el sistema solo puede aplicarse a hechos cometidos a partir de su entrada en vigor, lo que conduciría a la imposibilidad de interpretación constitucionalmente conforme de la Disposición Transitoria.

Por otro lado, en cuanto a la pérdida del tiempo pasado e libertad condicional se ha afirmado (GIMBERNAT ORDEIG 2004, p. 19) que “si con una condena de treinta años, por ejemplo, se obtiene la libertad condicional después de veintisiete años, y a los dos años de estar en esa situación al penado se le revoca ese beneficio, la pena que finalmente tendrá que cumplir será de treinta y dos años, ya que la libertad condicional no es más que una modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad (art. 72.1 LOGP). Pero, como la pena de treinta años que realmente se le ha impuesto ha sido decretada por una sentencia firme, es simplemente un atentado contra el principio de ‘cosa juzgada’ que un juez de vigilancia pueda elevar en dos años, sin que se haya celebrado un nuevo juicio, la extensión de la pena privativa de libertad con la que le sancionó el único órgano judicial que tenía competencia para hacerlo: el tribunal sentenciador”. Efectivamente, el cumplimiento efectivo de la condena superaría el de la condena impuesta o el del máximo de cumplimiento efectivo del art. 76.1º CP en el mismo tiempo que el pasado en libertad condicional.

Para ACALE SÁNCHEZ (2004, p. 377) supone una vulneración del principio *non bis in ídem*. En el mismo sentido RENART GARCÍA (2003 p. 193). También lo rechazan JUANATEY DORADO (2004, pp. 25-26) y ESPINA RAMOS (2004, p. 34). quien cuestiona fundamentalmente la excepcionalidad para unos delitos.

Este obstáculo de índole constitucional se salva en la LO 1/2015 con la transformación de su naturaleza, puesto que el liberado condicional no estará cumpliendo con condena, si bien a efectos prácticos y dadas las condiciones

imponibles a la suspensión (del art. 83 CP 2015 por remisión del 90.5º) el control del sometido a la suspensión será mayor del que ahora se impone a los liberados condicionales.

En todo caso se suma al omnipresente régimen específico para terroristas, parcialmente acompañados por los integrados en organización criminal, en una misma línea político-criminal: el incremento de la duración de las penas de prisión y de su contenido aflictivo.

En definitiva, podemos concluir, como en ocasiones anteriores, que salvadas las cuestiones de indebida aplicación retroactiva, el régimen para las condenas por hechos anteriores a 2 de julio de 2003 —o antes de 2010 para los delitos de integración en organización o grupo terrorista—, la inmensa mayoría de los delitos más graves cometidos por miembros o colaboradores de ETA, sigue siendo el régimen general, salvo que se hubiera adoptado el régimen del art. 78 CP 1995, que en todo caso sigue siendo reversible.

3. Exclusiones del adelantamiento de la libertad condicional

Además de todas las referidas ya en cuanto a los plazos para el acceso a la libertad condicional y los criterios o presupuestos-obstáculo específicos para los delitos de terrorismo introducidos en 2003, el legislador ha excluido de forma absoluta el acceso de los convictos por delitos de terrorismo a los beneficios penitenciarios (art. 202 RP) que permiten adelantar la libertad condicional.

En el CP 1995 se introdujo la posibilidad, excepcional, de que *“cumplidas las circunstancias 1. a y 3.a del apartado 1 del artículo anterior [clasificación en tercer grado, buena conducta y pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por los expertos que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes], el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena; siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.”* El Reglamento Penitenciario de 1996 acoge esta previsión del Código penal en su art. 205 RP.

La LO 7/2003 modificó el art. 91 CP 1995 para, en primer lugar, excepcionar el adelantamiento a los dos tercios para los delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II, que a partir de 2010 ha de entenderse referido a delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II, esto es, incluyendo los delitos de mera pertenencia a organización o grupo terrorista:

“1. Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior [clasificación en tercer grado, buena conducta y pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido en el informe final previsto en el artículo 67 LOGP], y siempre que no se trate 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, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.”

Esto es, una persona presa por delito de terrorismo, o a partir de diciembre de 2010 también de pertenencia a organización o grupo terrorista, que está clasificada en tercer grado, que observa buena conducta, que presenta pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y que merece dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, no podrá acceder a la libertad condicional al menos hasta las tres cuartas partes del máximo de cumplimiento (sin perjuicio de que resulte de aplicación el art. 78 CP, en cuyo caso lo podría ser a las 7/8 partes); plasmación nítida de retribucionismo y desincentivación de la resocialización.

Así mismo, la LO 7/2003 dio a luz un nuevo beneficio penitenciario, pero abortado desde su origen para los delitos de terrorismo:

2. A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior [clasificación en tercer grado, buena conducta y pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido en el informe final previsto en el artículo 67 LOGP], el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior [actividades laborales, culturales u ocupacionales] y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.»

De nuevo podemos colegir: una persona presa por delito de terrorismo, o a partir de diciembre de 2010 también de pertenencia a organización o grupo terrorista, que está clasificada en tercer grado, que observa buena conducta, que presenta pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y que ha desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, y ha participado de forma efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas, no podrá acceder a la libertad condicional al menos hasta las tres

cuartas partes del máximo de cumplimiento (sin perjuicio de que resulte de aplicación el art. 78 CP, en cuyo caso lo podría ser a las 7/8 partes).

De nuevo estamos ante una inexplicable y nítida muestra de retribucionismo y una desincentivación de la resocialización, en mi opinión, además, del género más incoherente, porque no solo desincentiva la buena conducta, el proceso de resocialización y el desarrollo de actividades laborales, culturales u ocupacionales, sino que desincentiva y deja sin consecuencias en el terreno de la reinserción social la participación en programas de reparación a las víctimas.

Parto de que las víctimas del terrorismo tienen y merecen una protección reforzada y privilegiada respecto a las víctimas de otros delitos. Aunque se han alzado algunas voces críticas con algunos supuestos de privilegio de estas víctimas⁶⁰⁴, a mi juicio está justificado que las víctimas del terrorismo, en cuanto son las víctimas más directas de una actividad terrorista que buscaba socavar los cimientos de nuestra convivencia democrática⁶⁰⁵, reciban un trato privilegiado, que no exclusivo, en cuanto a la atención, los mecanismos de información e indemnización, etc.

Así se recoge y justifica en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo: *“Las víctimas del terrorismo constituyen asimismo una referencia ética para nuestro sistema democrático. Simbolizan la defensa de la libertad y del Estado de Derecho frente a la amenaza terrorista”* y la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas de terrorismo: *“Las víctimas del terrorismo han sido, con su contribución personal, el exponente de una sociedad decidida a no consentir que nada ni nadie subvierta los valores de la convivencia, de la tolerancia y de la libertad. Por eso las víctimas constituyen el más limpio paradigma de la voluntad colectiva de los ciudadanos en pro de un futuro en paz*

⁶⁰⁴ Véase ACALE SÁNCHEZ (2004, p. 349); FARALDO CABANA (2004, p. 323) o LLOBET ANGLÍ (2007, p. 13) respecto a la discriminación que sufrirían otras víctimas por efecto del art. 72. 5º y 6º LOGP en materia de satisfacción de la responsabilidad civil.

⁶⁰⁵ En el mismo sentido DOLZ LAGO (2009) entiende que las víctimas del terrorismo merecen un plus de protección.

que se ha de construir desde el diálogo, el consenso y el respeto recíproco entre las diversas opciones políticas que ostentan la representación legítima de la ciudadanía” [leyes que desde la perspectiva de hoy, por cierto, resulta incomprensible que no se dictaran hasta tantos años después, 31, del primer asesinato terrorista de ETA].

Siendo esto así, y teniendo en cuenta que la reparación a las víctimas del terrorismo forma parte de la conocida triada Verdad, Justicia y Reparación⁶⁰⁶, reconocida legalmente en las leyes referidas, y que el *Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la Ley de 2012*⁶⁰⁷ prevé como elemento que puede coadyuvar a conseguir el objetivo resocializador de la pena privativa de libertad los encuentros de reparación a las víctimas (como “reparación moral con efectos muy positivos en

⁶⁰⁶ Véase por ejemplo BILBAO ALBERDI (2014).

⁶⁰⁷ “La legislación vigente, para penados por delitos de terrorismo, reconoce efectos jurídicos a la solicitud de perdón a las víctimas. Concretamente es un requisito para el acceso al tercer grado (art. 72.6 de la LOGP) [en realidad no lo es, es un medio de acreditación de haber abandonado “los fines y los medios de la actividad terrorista”] y se exige para que el informe pronóstico final [tampoco, en el mismo sentido antedicho], previo a la concesión de la libertad condicional sea favorable (art. 90 del CP). Por tanto, la Administración Penitenciaria debe arbitrar los procedimientos para que las víctimas que así lo deseen, puedan recibir el perdón de los penados dispuestos a pedirlo. A tal fin, en el programa se contemplan encuentros destinados a satisfacer esta exigencia legal. **La aceptación del encuentro partirá siempre de la víctima**, que tendrá que ser la directamente perjudicada por el delito o sus allegados más cercanos. De la misma forma, el penado que otorga el perdón tiene que ser el autor material o el cooperador directo del hecho delictivo que ha causado el daño.

El encuentro irá precedido de la preparación necesaria para que, en ningún caso, esta actividad pueda suponer un incremento del estado de aflicción de la víctima.

La reparación victimológica no debe considerarse un cuerpo extraño en el tratamiento penitenciario, antes al contrario, debe entenderse como una parte esencial del cumplimiento de la sanción penal impuesta, porque puede coadyuvar a conseguir el objetivo resocializador de la pena privativa de libertad.

Los mecanismos para hacer posible la reparación de la víctima son además de la reparación material, la reparación moral. Esta reparación moral enmarcada dentro de un programa de tratamiento podría alcanzar objetivos muy positivos en nuestro sistema de ejecución penal, tanto para la víctima como para los terroristas.”

el sistema de ejecución penal, tanto para la víctima como para los terroristas”), no se entiende que la propia legislación desincentive y no reconozca los efectos que la participación efectiva y favorable en programas de reparación que la propia administración penitenciaria promueve.

La palabra de los condenados, su petición de perdón, el reconocimiento del daño causado, su propia condena de su pasado, etc., más aún si se hace en un proceso dialogado con las víctimas, contribuye a construir un relato, una memoria de nuestra historia reciente que la describa en términos moralmente justos. Con esto se profundiza realmente en el significado de su responsabilidad personal, profunda, con respecto a las víctimas que ha provocado. Y además de forma tanto privada como pública. Así se recoge en el documento de *Principios rectores para un Modelo de fin de ETA sin impunidad propuesto en la reunión de asociaciones y fundaciones de víctimas del terrorismo*, firmado en Madrid el 23 de noviembre de 2010, que dice:

“la reinserción debe implicar un trabajo de asunción subjetiva de la responsabilidad con respecto al daño causado y una vertiente pública. Lógicamente se trata de casos individualizados porque no serían aceptables soluciones colectivas para el colectivo de presos etarras”, “incluso reducir la exigencia a los terroristas que estén dispuestos a romper con la organización terrorista ETA al plano de actuaciones relevantes en el ámbito privado: escribir una petición de perdón, escribir el reconocimiento del daños personal causado o el pago de indemnizaciones pendientes no es suficiente, porque los asesinatos perpetrados por ETA para la consecución de su proyecto político poseen, además, una dimensión pública innegable”.

NISTAL BURÓN (2012 y 2015), actualmente Subdirector General de Tratamiento y Gestión penitenciaria, afirma:

“La reparación victimológica no debe considerarse un cuerpo extraño en el derecho penitenciario, antes al contrario, debe entenderse como una parte esencial del cumplimiento de la sanción penal impuesta. Las víctimas deben ser las protagonistas centrales del proceso de ejecución penal para conseguir la reeducación y reinserción social de los penados No cabe realizar un pronóstico favorable de comportamiento inicial y futuro del interno si no existe una modificación de su actitud ante el delito, o lo que es lo mismo ante la víctima. Podemos afirmar, que sin la intervención de la víctima

en la ejecución penal no es posible el objetivo resocializador del delincuente”.

Pues bien, la posibilidad de encuentros entre víctimas de ETA y exmiembros de ETA, con un efecto restaurativo y reparador, no es una entelequia⁶⁰⁸, se pudieron desarrollar durante el año 2011⁶⁰⁹ y con más dificultades, por la oposición de la administración penitenciaria, posteriormente. A pesar de referirse a estos encuentros en su citado Programa de 2012, lo cierto es que ese Programa, por la voluntad de la administración penitenciaria y por el mal diseño del mismo, intencionado o no, acabó con el programa de encuentros puestos en marcha por el anterior Gobierno.

Por cierto, dicho programa de encuentros se comenzó a desarrollar con la advertencia a las personas presas de que participar en él no daría lugar a ventajas penitenciarias⁶¹⁰, como elemento que sirviera a garantizar la sinceridad y no utilitarismo de la participación de los victimarios; de hecho algunas víctimas insistieron en esta cuestión que sentían era importante para garantizar esa sinceridad.

No obstante, como no podía ser de otro modo, en cuanto dato objetivo considerable en punto a valorar la evolución tratamental del penado, puede encontrarse referencia a la valoración positiva de los encuentros en ese sentido

⁶⁰⁸ Aunque es cierto que son escasas las aportaciones teóricas sobre el tema, pudiendo citarse únicamente STAIGER (2010) y las surgidas antes de la experiencia española en el marco de la vía Nanclares (al respecto véase MARTÍNEZ ESCAMILLA – SÁNCHEZ ÁLVAREZ (2011) y las surgidas posteriormente citadas en la nota siguiente.

⁶⁰⁹ Se cuentan en PASCUAL RODRÍGUEZ (2013). Se reflexiona sobre estos encuentros en RÍOS MARTÍN – ETXEBARRIA ZARRABEITIA (2012); ETXEBARRIA ZARRABEITIA (2012 b y 2012c); OLALDE ALTAREJOS (2015). Por su parte VARONA MARTÍNEZ (2012) reflexiona sobre las posibilidades y límites de la justicia restaurativa como respuesta a la victimización terrorista en el caso de ETA y señala los riesgos y oportunidades que ofrecen los procesos restaurativos en esta esfera.

⁶¹⁰ Se explica por la mediadora PASCUAL RODRÍGUEZ en PASCUAL RODRÍGUEZ (2013).

en los autos sobre permisos concedidos por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (véase el apartado correspondiente).

Sin embargo, mi experiencia personal me ha convencido de que la voluntad de participar en estos encuentros, siempre que se desarrollen por profesionales expertos en justicia restaurativa, y la propia participación, en modo alguno se contaminaría por la expectativa de algún beneficio penitenciario. Solamente el querer participar y someterse a un proceso personalmente tan duro y difícil hace que esa expectativa no juegue ningún papel ni en la decisión de participar ni el desarrollo de la participación.

Entiendo que merece la pena detenerse brevemente en la adecuación de los principios de la justicia restaurativa a la victimización terrorista.

Desde hace ya años, muchas personas —juristas y personas provenientes de otras disciplinas—, instituciones, asociaciones u órganos judiciales venimos trabajando en implantar y desarrollar dentro de la justicia penal española el modelo de la justicia restaurativa, uno de cuyos instrumentos es la mediación autor-víctima.

Después de una década de esfuerzos y experiencias creemos demostrado que el diálogo entre autor y víctima constituye un método eficaz para complementar a la administración de justicia para la mejor consecución de sus fines. Así se ha probado en numerosos delitos y faltas, de hurto, robo, lesiones, amenazas, injurias, incumplimiento de obligaciones familiares o régimen de visitas, abuso sexual u otros.

La mediación autor-víctima es un instrumento poderoso para dar satisfacción a la víctima del delito, para lograr su efectiva reparación —material, emocional y simbólica—, para darle poder y protagonismo en la respuesta al delito, para ayudarle a superar las consecuencias traumáticas del delito, para contribuir a la responsabilización del infractor y con ello evitar la reincidencia, para rehumanizarle al rehumanizar a la víctima a sus ojos, para reafirmar el valor del bien jurídico lesionado mediante un proceso dialogado, para reconstruir, si fuera el caso, relaciones rotas o dañadas por el delito o para lograr otros efectos según el caso concreto de que se trate.

Como ha escrito recientemente BILBAO ALBERDI (2013), las posibilidades de una respuesta satisfactoria a la conciliación entre la recuperación de las víctimas

y de los victimarios solo será posible en la medida en que se vaya complementando el actual modelo de justicia punitiva con el paradigma de la llamada justicia restaurativa.

Por ello, entiendo que reinserción y 'restauración' habrían de constituir los vectores clave de la política penitenciaria en relación con los presos por delitos de terrorismo, también como parte de una política para la verdad, la memoria y la convivencia.

Hace un tiempo que se ha demostrado la posibilidad y el modo de utilizar la mediación autor-víctima, los encuentros restaurativos, en delitos graves, que han causado un grave daño a una persona y su entorno, como los delitos de homicidio o asesinato, y específicamente en los de asesinato terrorista, que además tienen unas fuertes implicaciones colectivas —precisamente porque pretenden atemorizar a colectivos enteros y al conjunto de la sociedad— y políticas; un proceso de comunicación que descansa sobre la responsabilidad y la autonomía de los participantes, basados en la vivencia de la alteridad, la comunicación, la reciprocidad y la humanidad compartida.

Estas experiencias se han desarrollado conforme a unos principios clave para el éxito de la empresa:

- 1º. Se basan en la facilitación del diálogo y del encuentro por profesionales de la mediación con amplia experiencia en mediación penal.
- 2º. Se produjeron en un contexto en el que si bien, desgraciadamente, el terrorismo no estaba definitivamente enterrado, existía en la sociedad la creencia y la esperanza de que estaba abocado a desaparecer y no vamos a volver a sufrir nuevas acciones terroristas, como se confirmó a partir del cese de la actividad armada y se ha ido consolidando hasta estar cercanos a su 'certificado de defunción'. Es fundamental que en los encuentros restaurativos los victimarios sean personas ya condenadas que tras unos años significativos de prisión hayan hecho ya un proceso personal de asunción de responsabilidad, de rechazo al terrorismo y de desvinculación de la banda armada.
- 3º. Los encuentros restaurativos se producen una vez que el autor del delito ha sido condenado y ha cumplido una buena parte de su pena. La mediación no implica impunidad ni otros beneficios. En estos casos el diálogo se dirige

sobre todo a la reconstrucción personal, a la comprensión, a la superación de consecuencias traumáticas del delito y, quizás, a sembrar para una futura convivencia pacífica. Sobre todo, es muy relevante que la justicia en su condena ya haya declarado la verdad procesal, haya “puesto a cada uno en su sitio”, haya reconocido la condición de víctima y la condición de asesino, el reconocimiento formal y público del crimen. Pero más allá de esta, la verdad dialogada cara a cara, mucho más personal y radical que la procesal, una vez expresada, posibilita devolver a la víctima o sus familiares la parte del reconocimiento del que aún se encuentran terriblemente ayunos: el de quien con sus manos arrancó una vida y cambió terriblemente la de los familiares.

- 4º. La participación en la mediación autor-víctima debe ser en todo momento voluntaria, sin presión alguna, en todos sus aspectos.
- 5º. La participación de la víctima nunca debe dirigirse hacia la concesión del perdón por la víctima. No se le puede ni exigir ni pedir que perdone; ese poder es absolutamente personal y libre. No se puede hacer recaer en su persona tanta responsabilidad y obligación. Tampoco se puede exigir al victimario que pida perdón; el significado del perdón y su necesidad es algo a compartir entre víctima y victimario. Lo importante es que el victimario reconozca la injusticia e inutilidad del daño causado y manifieste el deseo de no haberlo causado.
- 6º. La participación de quien ha asesinado sí debe basarse en el previo reconocimiento de los hechos, en el reconocimiento del daño causado, en la injusticia del mismo, en la disposición a pedir perdón y en la disposición a responder a las preguntas de la víctima y a escuchar sus sentimientos, emociones, reproches...
- 7º. La realización de encuentros restaurativos —directos, entre el asesino y el familiar del asesinado, o indirectos, entre un exmiembro de ETA y una víctima de ETA— debe centrarse en los aspectos personales y emocionales, sin incluir finalidades jurídicas, como beneficios penitenciarios, o finalidades colectivas o políticas, de las que debe quedar al margen.

Las víctimas pueden experimentar que el reconocimiento de la injusticia e inutilidad del daño infligido y la petición de perdón sí sirven, no sólo a nivel general, sino a nivel personal.

Los victimarios pueden descubrir —por el mejor, casi único, modo posible— todo el daño generado, no solamente con la muerte del asesinado, sino con el asesinato de algo dentro de sus familiares; las ramificaciones del intenso y profundo sufrimiento en toda la vida de las víctimas; las victimizaciones posteriores sufridas por la maldad de quienes se regocijan en el asesinato y por el silencio cobarde de quienes debían haber apoyado. Expresar y escuchar cara a cara ese sufrimiento puede ser sanador para ambas partes.

La sociedad puede tomar nota del poder del diálogo y de la posibilidad, libre, para quien quiera y pueda, de aprender a vivir sin odio ni rencor.

Sin embargo, el legislador decidió que ni ante esta manifestación de Justicia restaurativa debía decaer el ansia retributiva de prolongar el encarcelamiento.

Con todo, para los delitos de terrorismo este adelantamiento de la libertad condicional del art. 91.2º CP 2003 (art. 90.2 *in fine* CP 2015, vedado para estos delitos en el segundo párrafo del art. 90.8º CP 2015) tendría una limitadísima eficacia en estos delitos por efecto de las limitaciones al acceso al tercer grado y a la libertad condicional (tanto en plazos como condiciones), diferente según que el régimen jurídico aplicable sea el vigente hasta 2003 (si se ha aplicado el art. 78 CP 1995, aunque aún era reversible) o después de 2003 (art. 36.2º, art. 78, art. 90 CP 2003 y 72.6º LOGP, aunque estos últimos por el momento se aplican retroactivamente). Aunque también es cierto que solamente 9 de los asesinatos de ETA se han producido después de la entrada en vigor de la LO 7/2003.

En conclusión, esta limitación basada en una concepción retributiva extrema y en un meramente simbólico populismo punitivo, no solo deja reducido al mínimo el principio de orientación del cumplimiento de las penas a la resocialización y reinserción social; no solo hace de peor condición a las personas presas que hayan hecho un proceso de resocialización altamente positivo, incluso más allá de lo que es legalmente exigible, sino que obstaculiza el derecho de las víctimas a la reparación.

J. Una experiencia de reinserción: la vía Nanclares

No es sencillo saber con precisión qué es la vía Nanclares. Deduzco que no hay documentos oficiales al respecto; apenas existen referencias en la bibliografía⁶¹¹. Tampoco la denominación es oficial, sino que entiendo que es un producto periodístico. En consecuencia, con base en mi experiencia personal, interpreto que es una política penitenciaria implementada por vía de hecho por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, durante su segunda legislatura, unos años después del fin de la tregua de ETA de 2006, dirigida por el Ministro Pérez Rubalcaba y por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, Gallizo Llamas. En líneas generales dicha política habría consistido a partir de 2009, con base en el conocimiento por parte de Instituciones Penitenciarias de la disidencia de algunas personas presas, en una nueva política de destinos de cumplimiento, clasificando en segundo grado y acercando y agrupando progresivamente a estas personas presas en centros penitenciarios más cercanos a Euskadi, principalmente en los de Zuera y Villabona, y asignando la supervisión de sus procesos a un reducido grupo de funcionarios penitenciarios. El destino de cumplimiento final sería la prisión de Nanclares, donde se fueron agrupando en el módulo de respeto los presos en los que se había ido observando una evolución más positiva. El proceso de reinserción implicaba que el penado participara en lo que se denomina ‘destinos penitenciarios’ (trabajos, encargado de economato, biblioteca, mantenimiento y limpieza, etc.), la redacción de una declaración expresa de repudio de la actividad terrorista y de perdón a las víctimas, el pago periódico de algún montante de satisfacción de sus responsabilidades civiles y por supuesto mantenerse al margen del EPPK y de sus acciones colectivas en prisión y no incurrir en infracciones disciplinarias; sin perjuicio de que el proceso de abandono de la estrategia violenta, de asunción de responsabilidad o de evolución ideológica, personal y emocional, así como de condiciones personales, familiares, sociales y penales de cada una de las personas presas fuera más variado de lo que cabe imaginar, es decir, no existe

⁶¹¹ Salvo la de CASTRO ANTONIO referida a continuación o tangencialmente en la obra de PASCUAL RODRÍGUEZ (2013) y en alguna otra de las que se citan en este trabajo.

tampoco una cohesión y unas afinidades que permita en sentido estricto hablar de 'grupo de la vía Nanclares'.

A partir de dichas premisas y dado que habían sido progresados a segundo grado, algunas de estas personas comenzaron a disfrutar de permisos ordinarios y en ocasiones de salidas programadas. Posteriormente algunos alcanzaron una flexibilización del régimen ordinario que permitía incrementar el número de permisos, salir a trabajar, salidas de fin de semana...Y aún menos llegaron a obtener el tercer grado y aún menos la libertad condicional. Como ya se ha comentado, a los que se había aplicado el 100.2º RP o el tercer grado en 2011 les fue concedida la libertad condicional con el Gobierno siguiente. El Gobierno del Partido Popular no inició ningún proceso de reinserción nuevo pero tampoco revirtió los que estaban en marcha.

Por otro lado, de modo relacionado pero independiente, algunas de estas personas presas conformaron el autodenominado 'Grupo de presos comprometidos con el irreversible proceso de paz'⁶¹², con el fin de manifestarse públicamente, principalmente mediante artículos de opinión⁶¹³ o entrevistas publicados en diarios o revistas, con el objetivo de alentar el fin irreversible de la 'lucha armada', promover el debate dentro de los centros penitenciarios y en la sociedad, contribuir al proceso de paz, la reconciliación y al reconocimiento y la reparación a las víctimas.

Por otro lado, tangencialmente, de un modo no diseñado previamente, surgió, porque algunas de las personas presas en Nanclares manifestó su deseo de encontrarse con víctimas del terrorismo, con ese objetivo de reconocimiento y reparación, la experiencia de los Encuentros restaurativos, a la que ya se ha hecho referencia en este trabajo.

⁶¹² Véase por ejemplo la noticia de Efe publicada en el diario El Mundo de 19 de diciembre de 2010 o el artículo de Eva Sáiz en el diario El País de 1 de julio de 2011.

⁶¹³ Como "Pasos en el irreversible proceso de paz" o "Socializar la reconciliación", aparecidos en diversos medios de comunicación escritos.

Del mismo modo, a solicitud de las personas presas en Nanclares, la administración penitenciaria organizó unas sesiones de debate que se denominaron Taller de Convivencia, a las que se hace referencia a continuación.

De alguna manera, lo que había sido el impulso de una nueva política penitenciaria para favorecer la resocialización y reinserción de presos disidentes de la organización terrorista, cobraba vida propia y recorría caminos no previstos.

El Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, CASTRO ANTONIO (2013, p. 125), refiriéndose al “grupo de Nanclares, define que el anterior gobierno llevó a cabo una política penitenciaria especial dirigida a personas que tenían la voluntad clara de salir del mundo terrorista⁶¹⁴; se les ubicó en la prisión de Nanclares, ahora Álava, en el mismo término municipal. En una cárcel del norte se les observa; se les traslada a Villabona y constatado el carácter positivo de su proceso, se les traslada a Nanclares”.

CUERDA ARNAU (2013, p. 116) considera que no es una vía mala pero es insuficiente y sobre todo poco clara. Y así es.

Siguiendo el concepto de “recuperación del victimario para la sociedad” acuñado por MATE RUPÉREZ (2008a, p. 254 y 2012, p. 16), significa la recuperación para la convivencia de un ciudadano autoexcluido de ella por sí mismo y posteriormente por la legítima pena estatal y, en la medida en que el condenado se reinsera, esto es, regrese a la sociedad en condiciones de no delinquir, y aún más, si lo hace con un discurso reparador, autocrítico, con reconocimiento del daño causado y deslegitimando su propia violencia pasada y la de la organización a la que perteneció, actúa activamente en la evitación de la perpetuación de la violencia y se convierte también en lo que MATE RUPÉREZ

⁶¹⁴ Si bien es cierto que los presos encuadrados en la vía Nanclares, que se estiman en unos 27, no han llegado a donde están por la actividad tratamental de instituciones penitenciarias (CASTRO ANTONIO 2013, p. 129), puesto que bien habían comenzado su proceso incluso antes de entrar en prisión, bien lo hicieron al margen de la actividad tratamental o con apoyos más personales que institucionales, también puedo afirmar que su destino a Nanclares y su disposición a participar en actividades han permitido una evolución posterior muy importante.

califica como un “agente de paz”, contribuyendo decisivamente a la recuperación ética de la convivencia y al establecimiento de un relato justo de la violencia.

En la actualidad hay cerca de 500 personas presas por delitos de terrorismo independentista en los centros penitenciarios españoles⁶¹⁵. La experiencia me ha enseñado que la variabilidad entre las distintas personas presas es bastante superior a lo que uno inicialmente podría haber imaginado, y desde luego muy superior a lo que el colectivo de presos y las asociaciones afines quieren transmitir.

No obstante, con carácter general y sin perjuicio de la importante variabilidad de factores que pudieron incidir en la integración o colaboración con ETA y en la realización de los concretos hechos delictivos por los que se cumple condena, podemos englobar a estas personas en el seno de la delincuencia por convicción, en el sentido de que el autor actúa movido por lo que cree una obligación moral, religiosa o política⁶¹⁶.

Cuando al comienzo de 2011 comenzó mi implicación con la denominada vía Nancrales, no podía imaginar que nos embarcaríamos en la aventura que finalmente resultó; desde muchos puntos de vista, pero sobre todo el humano. Estos años nos han regalado el privilegio de asomarnos a aspectos maravillosos del ser humano: a la generosidad, fortaleza, entereza, valentía y sinceridad de las víctimas de delitos tan ominosos, de experiencias que ponen la vida del revés, que te convierten en otra persona y de las que, maravillosa y aún en cierta medida incomprensible e increíblemente, han sabido salir sin odio, sin afán de venganza, creyendo en la capacidad de transformación del ser humano y dispuestos a dar más de lo que piden; y no identificándose con su condición de víctimas, que es una parte de su vida y de su ser, pero no es su identidad. Y la complejidad de seres humanos que utilizaron equivocadamente una injustificable violencia, que quebraron decenas de vidas, que pisotearon la dignidad humana, pero que tuvieron la capacidad y la valentía de pasar de verse a sí mismos como

⁶¹⁵ Etxerat (http://www.etxerat.info/txostena.php?id_saila=46&lang=es) los cifra en 446, pero solamente incluye a los que se mantienen nominalmente en el colectivo (EPPK).

⁶¹⁶ BAUCCELLS i LLADÓS (2000, p. 83).

héroes a descubrirse como asesinos⁶¹⁷ y salir de este trance fortalecidos; capaces de ponerse delante de una víctima de ETA, escuchar su sufrimiento, responder a sus preguntas, asumir la injusticia del daño causado, comprender el sufrimiento causado y pedir perdón; deseosos de construir paz en Euskadi, de aportar su experiencia y sus reflexiones a la revisión crítica del pasado, de querer aprender y crecer, en definitiva buscar contribuir a una paz justa, digna y verdadera.

Ciertamente el número de exterroristas y víctimas que hemos conocido es relativamente pequeño, pero, en mi humilde opinión, moral, política y humanamente muy significativas⁶¹⁸; como lo son también los aprendizajes realizados en este camino.

No obstante, la cuestión que modestamente pretendo sugerir en estas páginas, si quiera sea parcialmente, es alguna clave de cómo se puede abordar la política penitenciaria en relación con los presos por terrorismo independentista.

Definiendo política penitenciaria como el conjunto de fines, estrategias y acciones que enmarcan la actuación de IIPP, hay que plantearse qué fines se persiguen y cómo se han de lograr. En relación con la finalidad constitucional de reeducación y reinserción social, en el ámbito de la legislación penitenciaria nos remite al concepto de *tratamiento*. Según el artículo 59 LOGP “consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. El tratamiento pretende *hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal*, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la

⁶¹⁷ A este abismo se refiere maravillosamente Albert Camus en la obra teatral “Los justos” de 1950.

⁶¹⁸ Véase, respecto al concepto e importancia de las “acciones significativas” vividas en Euskadi en el último periodo, el artículo de Xabier Etxeberria Mauleón en el diario *El Correo* de 17 de mayo de 2013.

sociedad en general”. Y el art. 60 LOGP establece que “para ello, deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los *métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena*, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades”⁶¹⁹.

Cabe preguntarse en qué podría consistir el tratamiento en el ámbito de la delincuencia de motivación política, dado que el tratamiento basado en el principio de individualización científica pretende incidir en los factores concurrentes en el comportamiento delictivo con el fin de corregirlos (ya sea la drogadicción, la exclusión social...), lo cual en el caso de la delincuencia por convicción supone primordialmente incidir sobre las convicciones y los valores de la persona. En este punto cobra especial relevancia la característica general de que el tratamiento ha de ser voluntario, lo cual ha de enfatizarse en este caso por el límite infranqueable de la libertad de conciencia, obviamente un derecho constitucional no afectado por la condena.

Hasta ahora, la política penitenciaria ha sido considerada como parte de la política antiterrorista, esto es, como un medio de acabar con el terrorismo de ETA. Una vez derrotado el terrorismo de ETA, la política penitenciaria en relación con los terroristas encarcelados debe cobrar su autonomía propia.

El fin de la política penitenciaria no puede ser otro que el logro de los fines de las penas. En su fase de ejecución, la propia LOGP los sitúa en el fin de custodia (inocuidad) y primordialmente de reeducación y reinserción social, sin perjuicio de la proyección de los fines preventivo-generales propios de la norma penal y de la imposición de la pena. Lo que no puede sostenerse es la inversión de estas prioridades acumulada en los últimos años en relación con el subsistema penitenciario terrorista ni su contaminante generalización.

La reeducación y reinserción social son los únicos fines de las penas privativas de libertad expresamente constitucionalizados, lo cual no obsta, conforme a constante jurisprudencia, que ello ni configura un derecho subjetivo del preso ni establece una declaración sobre los fines de las penas. Junto a esta

⁶¹⁹ Para una mayor profundización en estos conceptos véase TAMARIT SUMALLA - GARCÍA ALBERO - SAPENA GRAU - RODRÍGUEZ PUERTA (2012).

finalidad, que en todo caso debe orientar la política penitenciaria, que no puede marginarse ni excluirse en ningún caso, concurren otras finalidades preventivas: la llamada prevención general y la prevención especial negativa.

Si bien ETA no se ha disuelto ni se han entregado las armas, cabe afirmar que, en el proceso de desaparición de la banda terrorista en que nos encontramos, las necesidades de inocuización —al disminuir el riesgo de reincidencia de los presos que van y vayan siendo excarcelados— y de prevención general negativa —necesidad de intimidar a potenciales futuros autores de este tipo de delitos— irán disminuyendo drásticamente (sin desconocer la creciente relevancia de terrorismos de otro signo).

El Auto 330/2013, de 7 de mayo, de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la concesión de un permiso a uno de los presos de la vía Nanclares, apunta precisamente al valor de las acciones de los presos de la vía Nanclares en relación con el cumplimiento de los fines de la pena⁶²⁰.

En los últimos años, significativamente desde 2003, ha cobrado mayor fuerza en los procesos de reinserción el aspecto de la reparación y satisfacción a las víctimas, de forma vinculada a la llamada “emergencia de las víctimas”⁶²¹ —necesaria, justa y saludable, aunque el fenómeno real tenga sus derivadas menos loables—. Así se observa en la reforma del CP y la LOGP por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de 2003 y también en el papel que se da y se

⁶²⁰ “Ponerse en el lugar de las víctimas, intentar repararlas, ocuparse de su dolor, es una forma espléndida de reeducación del delincuente, de reconocimiento del derecho y de la norma violada (fines de prevención general), de reparación.” “Despojado el hecho de su justificación política, queda sólo, de manera difícil de asumir, el acto violento contra la persona, el crimen.” “El sistema penitenciario debe ejemplificar la conducta y el comportamiento de los condenados que intentan reintegrarse al orden jurídico, respetar las normas y reconocer a sus víctimas, más si se trata de delitos muy graves, y reconocer el esfuerzo rehabilitador, cuando es sincero y expresivo de una transformación. Casos como el que nos ocupan, por su excepcionalidad —como contraste véase la actitud de la mayoría de los presos por delitos terroristas, que no reconocen el dolor producido a las víctimas ni se preocupan por ellas—, pueden erigirse en modelo de un sistema que persigue, entre otros fines, la rehabilitación de los condenados.” Se puede encontrar el Auto en http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/05/07/permiso_lasarte.pdf.

⁶²¹ Véase, entre otras obras de MATE RÚPEREZ (2008).

quiere dar a las víctimas en los procesos penales e incluso en la ejecución de las penas.

La *emergencia de las víctimas* en el derecho penal se observa también en la tendencia a condicionar la respuesta penal a la satisfacción de la responsabilidad civil, en la exigencia de “petición expresa de perdón a las víctimas de su delito” para poder acceder al tercer grado —régimen abierto— (art. 72.6º LOGP) y a la libertad condicional (art. 90.1 último párrafo CP 2003), así como en la posibilidad de adelantar la libertad condicional en 90 días por año de cumplimiento efectivo por “la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas” del art. 91.2º CP 2003, de la cual, a mi juicio en perjuicio de las víctimas del terrorismo, se excluye a los autores de estos delitos de terrorismo.

En otro orden de cosas, si contamos con que cada una de las aproximadamente 500 personas presas en España y Francia tiene en su mayor parte pareja, hijos e hijas, padre y/o madre, hermanos y hermanas y otra familia cercana y círculo de amistades —con variadas situaciones personales y adscripciones ideológicas y políticas, pero en una gran parte vinculadas a la izquierda abertzale— podemos calcular que miles de personas en Euskadi tienen un vínculo afectivo más o menos importante al margen de la afinidad ideológica o de pensamiento en general. En mi opinión este es un vínculo importante a considerar y que sigue ligando a la izquierda abertzale con ETA. Aventuro que según vaya disminuyendo el número de personas presas y deshaciéndose y diluyéndose este aspecto emocional, la izquierda abertzale podría avanzar más en algunos aspectos. Que los presos, sin impunidad, vayan “saliendo a la calle” y, sobre todo, cómo, con qué actitud y valores, con qué discurso, será un elemento central para superar nuestra historia reciente y salir de ella fortalecidos.

Como apuntaba anteriormente, a comienzos del año 2011 surgieron en el seno de la *vía Nanclares* dos programas en mi opinión de extraordinaria importancia cualitativa: los encuentros restaurativos individuales entre personas presas y víctimas de ETA y el taller de convivencia.

En los meses de octubre y noviembre de 2011 se pudo celebrar en el C.P. Nanclares un espacio de debate al que se denominó Taller de Convivencia. La necesidad y el deseo de contar con un espacio de reflexión y debate, de

contacto con el exterior, de aprendizaje, había sido puesta de manifiesto a la dirección de la prisión por algunas de las personas presas en Nanclares. A partir de unas primeras entrevistas que mantuve con algunas de ellas en la primavera de 2011, con la autorización, dirección y participación de la Secretaría General de II.PP, así como de la Dirección de Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco, y de forma dialogada con las personas presas —elemento a mi juicio clave para el éxito de un programa así—, se comenzó a diseñar el taller, los objetivos, las personas del exterior que acudirían, a contactar con ellas..., de modo que, con la autorización de la Secretaría General y la discreción imprescindible, el taller pudo hacerse realidad.

En esos dos meses se celebraron doce ponencias, a cargo de especialistas en diversas cuestiones, periodistas, víctimas de ETA, filósofos, representantes de asociaciones u otras personas significadas de la sociedad vasca⁶²². Acudieron regularmente al mismo 10 personas presas, aunque una de ellas, al obtener un régimen de semilibertad, no volvió a las sesiones.

En la definición del Taller se habían establecido como objetivos:

- Proporcionar la formación e información demandada por los internos
- Profundizar en las vinculaciones entre los encuentros restaurativos individuales (directos o indirectos) y las reflexiones y acciones colectivas
- Permitir un debate informado entre los internos y con agentes externos
- Facilitar la concreción de propuestas en torno a la contribución que el colectivo puede realizar a la reconstrucción de la convivencia social en Euskadi

Considero que los objetivos se cumplieron sobradamente, aunque por el momento no se concretaron propuestas más allá de que los internos manifestaron su intención de que el “Grupo de presos comprometido con el irreversible proceso de paz” aportara a la revisión crítica del pasado (“lo que no

⁶²² Véanse los artículos de Mónica Ceberio en diario El País de 8 de febrero de 2012.

debía haber pasado”) y ‘la mentalidad’ con que se hizo; y al reconocimiento y reparación a las víctimas, mediante la concesión de entrevistas, publicación de artículos y comunicados, participación en homenajes a víctimas de ETA, participación en foros públicos...

Además, se produjeron efectos muy relevantes en relación con la sensibilización respecto al sufrimiento de las víctimas de ETA. El taller supuso también, a mi juicio, sobre todo las sesiones con las víctimas de ETA, una importante motivación y preparación para participar en encuentros restaurativos individuales. Así mismo, aunque fuera un efecto no buscado, permitió acercar a importantes creadores de opinión en Euskadi al conocimiento de “la vía Nanclores” y de las reflexiones de este relevante grupo de exmiembros de ETA.

Desde el inicio se constató la disposición al debate y al diálogo así como el interés por la formación y la información de los presos participantes.

Para que talleres similares tuvieran éxito en otros centros penitenciarios como Zuera o Villabona serían imprescindibles la información y el trabajo previo de la dirección del centro penitenciario y los funcionarios en contacto con los presos; y que exista una persona ajena al centro que coordine el taller y que se organice en diálogo, confianza y respeto con los internos.

La sesión en la que participaron dos víctimas de ETA fue una experiencia emocional intensa, de gran impacto para todos los asistentes, especialmente para algunos internos, motivadora de una importante evolución personal en algunos de ellos, en sí misma una práctica restaurativa, muy motivadora para que se implicaran en encuentros restaurativos individuales, así como una fuente de información y emoción muy importante para comprender el sufrimiento de las víctimas de ETA, la revictimización por el entorno *abertzale* y la sociedad y de este modo permitirles profundizar en su objetivo de reconocer y reparar a las víctimas. Para los que pudimos asistir a la primera sesión con víctimas fue una experiencia privilegiada, de una enorme intensidad emocional en un clima de profundo respeto.

A mi juicio el taller supuso una transformación personal y grupal para los internos, las relaciones entre ellos, su expresión en público, los liderazgos, etc.

La dispersión, en la actualidad, y la prisionización son a mi juicio hoy día elementos negativos para la reinserción; instrumentos como los talleres pueden

favorecer la reflexión individual y grupal y por ende la evolución en las convicciones de las personas presas.

En conclusión, en mi opinión la administración penitenciaria debería apostar por la vía de la reinserción individual, se denomine como se denomine en el futuro, no sólo como vía utilitarista a la libertad, sino como referencia ética en la revisión crítica del pasado y el reconocimiento de las víctimas del terrorismo independentista.

Los presos de Nanclores podrían ser un agente político y social importante en el reconocimiento del daño causado y la revisión crítica del pasado, con un 'potencial de discurso' que hay que poner en valor. Por un lado, dicho reconocimiento y revisión, viniendo precisamente de ellos y de la forma en que lo hacen, sería bien recibido por la opinión pública y permitiría avanzar con más valentía en la vía de salidas legales para los presos que opten por este vía. Por otro lado, esta voz podría empujar otros a una auténtica revisión crítica de su pasado y a un reconocimiento aceptable del daño causado. Por ello es importante que se pueda dar a conocer a la opinión pública el discurso del 'grupo de Nanclores'.

Para ello sería necesario ayudar a este grupo a convertirse en un agente político público, para lo cual habría que, como se decía, abrir la prisión, ponerles en contacto con creadores de opinión, facilitarles el acceso a medios de comunicación, coordinar las salidas (permisos o salidas programadas) con actividades en exterior, permitir la visualización de su discurso, etc.

Sin embargo, en el mes de abril de 2012 se conoció el *Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley* elaborado por los nuevos responsables del Ministerio del Interior⁶²³.

Ciertamente el modo de darlo a conocer, casi como si se tratara de una filtración, con el Ministro fuera de España, en lugar de hacerlo mediante una

⁶²³ Se analiza críticamente por MANZANARES SAMANIEGO (2012) desde la preocupación de que se favorezca la reinserción marginando las exigencias legales, para señalar límites legales y político-criminales a la acción de gobierno.

presentación pública a cargo del Ministro o en una comparecencia o en algún otro formato que hubiera dado al programa un sello y un respaldo institucional y hubiera permitido aclarar las dudas que genera el texto, siembra dudas sobre la naturaleza y los objetivos del programa. Por otra parte, dio lugar a interrogantes y reacciones contrarias, por ejemplo de algunas asociaciones de víctimas, que exigieron una reunión inmediata con el Ministro para recibir explicaciones.

El Programa podría haber sido el esqueje de una política penitenciaria adecuada a los nuevos tiempos, si bien lo cierto es que desde entonces se enterró la política de reinserciones individuales y de justicia restaurativa que había comenzado tres años antes y se abrió un periodo de silencio e inmovilidad respecto a la política penitenciaria. Nada se ha vuelto a saber del programa ni de su implementación; no consta que el Ministerio haya realizado ninguna evaluación del mismo —aunque el propio Programa recoge que los Equipos de Tratamiento realizarán un seguimiento minucioso de las actividades, evaluando la evolución de los integrantes y documentando las observaciones y conclusiones—.

Por otro lado, con el tiempo hemos podido llegar a la conclusión de que desde el principio el Ministerio intentó dar por amortizada la *vía Nanclares*, como finalmente se reconoció⁶²⁴. En el Programa se observa claramente que los objetivos y los medios son muy similares a lo que se venía haciendo en la segunda legislatura de Rodríguez Zapatero, pero con una apariencia distinta, a fin de dar impresión de ruptura con la estrategia seguida en la época de Gallizo Llamas al frente de la SGIIPP.

Con todo, merece la pena destacar y analizar algunos de los elementos del Programa. En primer lugar, que para entrar en él se exige voluntariedad y un previo “rechazo de la violencia y su desvinculación de la organización criminal”. Es decir, el Programa no contempla las estrategias y acciones dirigidas a que los presos rechacen la violencia y se desvinculen de ETA y del autodenominado EPPK (Colectivo de Presos Políticos Vascos en sus siglas en euskera) y

⁶²⁴ Véase la noticia “Interior frena el tercer grado propuesto por la cárcel de Zaballa para varios disidentes de la ‘Vía Nanclares’”, en Europa Press, 24 de marzo de 2013.

tampoco incluye una reflexión sobre la compatibilidad actual de la política de dispersión con los objetivos del Programa, lagunas que a mi juicio lastran la efectividad del Programa, puesto que quizás lo más difícil sea precisamente llegar a ese punto.

En segundo lugar, que engloba todos los autores de actos terroristas, lo cual resulta un elemento dudoso. Piénsese en la gran diferencia que puede haber en el tratamiento penitenciario y los procesos de reinserción de presos islamistas de origen extranjero y los presos por terrorismo etarra, que son ciudadanos españoles, cuyo riesgo de reiteración delictiva es pequeño, sobre todo con el progresivo desmembramiento de ETA, que cuentan con apoyo familiar y social en el País Vasco y que algún día se reintegrarán a la sociedad vasca. Probablemente son realidades que merecen un abordaje diferenciado.

En tercer lugar, se indica que la fase de incorporación se realizará en los centros penitenciarios en que se encuentren y el avance dentro del programa supondría el destino a un centro del País Vasco o cercano.

La mayor parte de los fines y objetivos del programa se sitúan por un lado en el ámbito de la concienciación del daño causado, asunción de responsabilidad, superación de los mecanismos de justificación, asunción de valores cívicos y por otro en la preparación de la vida en libertad, adquisición de habilidades y capacitación socio-laboral.

En relación con el primer aspecto, de lleno en el terreno de los valores, la conciencia y la convicción, el Programa propone la realización de *Aulas para la convivencia*, que en apariencia no son sino una variación sobre el Taller de convivencia desarrollado en Nanclares de la Oca en octubre y noviembre de 2011. No obstante, parecen apuntar a una naturaleza más de adoctrinamiento que de reflexión y debate. Conviene detenerse en este punto, también para recordar algunas de las conclusiones extraídas del Taller de Nanclares. Como ya se ha dicho, al entrar en la conciencia y los valores de las personas, debe hacerse con prudencia y respeto al derecho a la libertad de conciencia y de expresión. Además, la eficacia también depende de esta prudencia y este respeto. No sería por tanto ni eficaz ni respetuoso con los derechos de las personas pretender un adoctrinamiento, por esto entiendo que la vía correcta es la de ofrecer elementos de reflexión, poner en contacto con la realidad de la victimización causada, dar la posibilidad de contrastar las propias convicciones,

que el taller o las aulas sean diseñadas con participantes plurales, de un modo dialogado, es decir, el modelo que se siguió en el Taller de Convivencia.

Otro elemento que se había desarrollado en la legislatura anterior, durante el año 2011, los Encuentros restaurativos individuales, también tiene cabida en el Programa, si bien de nuevo con algunas variaciones. Se cambia la denominación por Encuentros de reparación a las víctimas, lo cual indica más la intención de darles un nuevo enfoque que el hecho de que unos y otros encuentros pudieran tener contenidos distintos. Se enfocan al cumplimiento de la exigencia legal de petición de perdón, lo cual la experiencia desarrollada hasta ahora demuestra que no es el único objetivo ni el más importante de un encuentro, ni por otro lado se necesitan encuentros para realizar esa petición de perdón por escrito. En los encuentros desarrollados en 2011 el encuentro era posterior al escrito e iba mucho más allá que este; son cosas distintas. Por otro lado, se exige que la aceptación del encuentro parta de la víctima, lo cual es un nuevo error, y que serán siempre víctimas directas —no se explica por qué se rechazan los encuentros indirectos, que tan positivos han sido—, lo cual puede ser imposible y generar frustración en las víctimas que deseen un encuentro restaurativo. Los mecanismos restaurativos nunca pueden concebirse rígidamente⁶²⁵. Queda sin recoger cómo se trabaja previamente con los victimarios, cómo se accede a las víctimas, la cualificación profesional de los facilitadores, etc.

El último aspecto del Programa sería el de la preparación de la vida en libertad, la capacitación profesional y el acceso a recursos extrapenitenciarios, dirigido todo ello a la inserción social, en coordinación con los ejecutivos de las comunidades autónomas.

Se echa en falta —máxime a la vista del nombre de *reinserción individual en el marco de la ley*— una planificación del uso de los instrumentos de reinserción de los que dispone la legislación penitenciaria: salidas programadas, permisos, clasificación, libertad condicional, de modo que quedaran claros, en el marco de la ley, los requisitos de acceso a cada uno de esos pasos para la preparación de

⁶²⁵ Como afirma TAMARIT SUMALLA (2012a, p. 77) un principio de la justicia restaurativa es no introducir restricciones *a priori*.

la vida libre y los presos que entraran o se plantearan entrar en el Programa lo tuvieran claro; y que dicho proceso se fuera aplicando a los presos que ya han realizado estas actividades de tratamiento dentro de la vía Nanclares.

Lo que hemos vivido y conocido es tan grande que resulta difícil de explicar, de transmitir. Entiendo que haya personas a las que les cueste creer y asumir; solamente les pido que no se encierren en sus juicios previos, que no es necesario renunciar a las convicciones morales para aceptar que es posible —aunque resulte difícilmente comprensible o pensable *a priori*— que autores de crímenes insoportables puedan cambiar, profundamente, y sean capaces de pedir perdón y convertirse en agentes de verdad y justicia y que víctimas del asesinato de un padre o esposo, de intento de asesinato, de secuestro... —en cuyo lugar sólo nos podemos imaginar sintiendo un odio profundo e interminable— quieran —“¿para qué?”, nos decimos— y puedan encontrarse con aquellos a quienes odiaron y escucharles, hablarles, preguntarles, responderles, comprenderles y reprocharles y aceptar su transformación y su petición de perdón. Para mí, contar con el afecto y la amistad de personas de tal altura personal es un valioso regalo de la vida.

Lo que no nos podemos permitir es que siga pasando el tiempo sin avances en este terreno⁶²⁶.

⁶²⁶ En este sentido entiendo que hay que acoger con esperanza las declaraciones de la Presidenta del PP del País Vasco, Arantza Quiroga: “La presidenta del PP vasco, Arantza Quiroga, ha abogado porque Mariano Rajoy lidere en la próxima legislatura una etapa “de fin de ETA” desde el Gobierno central y ha advertido al PNV de que él solo no logrará la convivencia” (véanse por ejemplo en el diario Noticias de Gipuzkoa de 17 de agosto de 2015).

CONCLUSIONES

I.1.- Han transcurrido casi cuatro años de evolución desde la declaración de cese definitivo del terrorismo de 20 de octubre de 2011 por parte de ETA (m), de modo que se puede considerar casi definitivamente cerrado este violento periodo de nuestra historia. La organización terrorista se encuentra en situación agónica y en trance de desaparición. En consecuencia, respecto de la situación penitenciaria de las personas presas por delitos de terrorismo independentista se puede afirmar que la peligrosidad objetiva que cabía atribuirles ha disminuido, sin perjuicio de las consideraciones individuales, de modo casi completo, lo cual ha de ser tomado en consideración y tener consecuencias en la interpretación y aplicación de las normas que guardan relación con el principio de resocialización y reinserción.

I.2.- La evolución legal de las normas relativas a la acumulación y ejecución de las penas desde 1995 hasta la actualidad denota una marcada tendencia a prolongar la duración de la condena y su cumplimiento en régimen cerrado u ordinario sin salidas. Desde las reformas penales y procesales de 2003 se puede afirmar que se introduce en el ordenamiento jurídico penal y penitenciario ordinario un subsistema legal principalmente antiterrorista, aunque también arrastra en mayor o menor medida a los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales y otros relacionados con la libertad e indemnidad sexual de los menores. Se trata de un régimen especial formalmente ordinario, puesto que no se fundamenta en el régimen de excepción que habilita el art. 55.2º CE, pero materialmente excepcional, puesto que se basa en reglas que acumulativamente exasperan la duración de la privación de libertad y su afflictividad con base en la consideración de las finalidades terroristas. Comparativamente con el régimen excepcional antiterrorista del Derecho penal sustantivo y procesal en el ámbito de investigación y enjuiciamiento de los delitos terroristas, la excepcionalidad material llegó tarde al ámbito de la ejecución de

las penas, en 2003. En consecuencia, la mayor parte de los delitos más graves de terrorismo, que dan lugar a las condenas más altas, no están sometidas a un régimen excepcional de ejecución penal y penitenciaria. Así, los delitos cometidos antes del 2 de julio de 2003 no se ven sometidos: al periodo de seguridad (art. 36.2º CP), a la superación del límite de acumulación jurídica en 30 años (art. 76.1º CP), a la regla del cómputo de los permisos, progresión a tercer grado y libertad condicional sobre la suma total de las penas impuestas (art. 78.2º CP) ni a la prohibición de adelantamiento de la libertad condicional a las dos terceras partes de las penas o del máximo de cumplimiento (art. 90.8º CP). Esto posibilita que respecto a la mayor parte de las personas presas sea posible abordar una política penitenciaria dirigida a la resocialización y a la reinserción social sin las cortapisas surgidas posteriormente. En la gran mayoría de los delitos más graves no hay obstáculos legales para la resocialización y reinserción. Los impedimentos relativamente más importantes, el art. 36.2 y el 78 CP 2003, solo afectan al 10% de los asesinatos cometidos por ETA y el art. 78 CP 1995 no se ha aplicado a todas las condenas a las que se podía haber aplicado y además no cierra o restringe la vuelta al régimen general.

I.3.- El subsistema antiterrorista de ejecución penal y penitenciaria creado en 2003 responde a un punto de equilibrio distinto al que configuró el pacto constitucional entre las funciones que se asignan a la pena. La evolución legal y jurisprudencial hacia el incremento de la duración del encarcelamiento, aunque se reduzca la peligrosidad de la persona penada y se pueda afirmar su resocialización, se enmarca en el denominado Derecho penal del enemigo, esto es, en un régimen materialmente excepcional no coyuntural dirigido a delincuentes considerados enemigos del sistema porque se oponen con carácter duradero a mantenerse “fieles al Derecho”; consideración que legitima que su régimen penal, procesal y penitenciario se sustente en principios diferentes a los ordinarios y restrinja el alcance de los derechos que se reconocen al resto de la ciudadanía. Con la agravante de que al no haberse separado ese régimen excepcional del régimen ordinario, se produce una contaminación de este y

consecuentemente una tendencia hacia un cambio de paradigma global en punto a la ejecución de las penas. El nuevo paradigma se asentaría en el prestigio del uso de la prisión, en el populismo punitivo, en unas funciones principales simbólicas de la ejecución de la pena de prisión dirigidas a satisfacer demandas vindicativas, más allá de la retribución de la culpabilidad o de las funciones preventivo-generales positivas de estabilización normativa de confirmación de la vigencia de la norma, así como la renuncia a la eficacia tradicional de los principios de humanidad y resocialización y reinserción social en la ejecución de las penas de prisión. Uno de los elementos principales de este subsistema es que las penas han de cumplirse en régimen de encarcelamiento, durante unos periodos tremendamente prolongados, aunque la persona presa presente un pronóstico favorable de reinserción social en el sentido de poder vivir en sociedad respetando la ley penal. De este modo se reduce el mandato constitucional de resocialización y reinserción social a una mera expresión negativa, esto es, a que se respeta con que no se excluya la posibilidad de liberación anticipada, aunque sea en unos plazos desproporcionados respecto a la duración de la vida humana. Se ignora así el contenido del mandato constitucional incluso en su interpretación más modesta de procurar la no desocialización del penado.

I.4.- Aunque en el conjunto del sistema penal pueda afirmarse la existencia de un modelo penal de la seguridad, esto es que busca satisfacer las demandas sociales de seguridad a costa del infractor, en el ámbito del terrorismo a mi juicio la evolución paralela de la disminución del peligro terrorista y el incremento de la excepcionalidad en el ámbito de la ejecución de las penas denota que el fundamento principal de esta tendencia es casi exclusivamente vindicativo.

I.5.- La jurisdicción de menores fue campo de experimentación de esta tendencia político-criminal antiterrorista. Con base en una presunción criminológica falsa sobre la gravedad y extensión de los delitos de terrorismo cometidos por menores de 18 años, se construyó un régimen excepcional de enjuiciamiento, de

sanción y de cumplimiento de las medidas juveniles privativas de libertad que entre otras cuestiones introdujo ya en 2000 el periodo de seguridad y en 2003 la participación procesal de la víctima, en este caso con su personación en el proceso, en la fase de ejecución.

I,6.- La sucesión de reformas legales —principalmente el CP 1995, la LO 7/2003, la LO 5/2010 y la LO 1/2015— y de reinterpretaciones jurisprudenciales, más las dudas sobre la aplicación temporal de algunas disposiciones, en la medida en que configuran distintos regímenes de cumplimiento en función del momento de comisión de los hechos, de su calificación jurídica en cada momento y de la determinación de los delitos a los que los regímenes resultan aplicables genera un alto grado de inseguridad jurídica y exige una detallada atención a las normas aplicables a cada caso.

II.1.- La creación de un juzgado central de vigilancia penitenciaria por LO 5/2003 y la atribución de la competencia jurisdiccional en materia de ejecución de penas en delitos cuya instrucción y enjuiciamiento es competencia de la Audiencia Nacional a este Juzgado y a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, motivada por la pretensión del poder ejecutivo de evitar resoluciones judiciales incómodas que se habían producido, genera un régimen excepcional para los delitos de terrorismo y de organizaciones y grupos terroristas —y por arrastre de los restantes delitos aludidos— que si bien favorece la unidad de la jurisprudencia en relación con las personas presas por estos grupos de delitos, supone la pérdida de la riqueza interpretativa que aportaría la competencia territorial de los juzgados de vigilancia penitenciaria, de las audiencias provinciales y del recurso de casación para unificación de doctrina que rige para las demás personas presas, aleja el control jurisdiccional de la ejecución de los lugares de cumplimiento de las penas y favorece la politización de las resoluciones judiciales en la materia.

II.2.- La apertura a la participación de la víctima en el procedimiento de ejecución de la pena (art. 13 LEVD) no se puede calificar *per se* como contraria a los principios que han de regir la misma, pero genera un riesgo de contaminación de la ejecución de la pena con intereses no reconocibles jurídicamente y de someter a los órganos judiciales de la Audiencia Nacional competentes a una presión pública que comprometa su independencia e imparcialidad.

III.1.- El incremento de la duración del máximo de cumplimiento en los concursos de delitos (art. 76 CP), excepcional en los delitos de terrorismo, así como del modo de cumplimiento de ese máximo (art. 78 CP), también excepcional en los delitos de terrorismo, así como la prisión permanente, asimismo con presupuestos excepcionales para su aplicación y ejecución en delitos de terrorismo (art. 573.bis.1.1º, 36.1º y 92 CP), comprometen el respeto a los principios de resocialización y reinserción social y humanidad de las penas, además de que, al acumularse a las ya exasperadas penas por terrorismo y a la punición autónoma y acumulable de la integración en organización o grupo terrorista, genera una punición reiterativa basada en el mismo desvalor difícilmente compatible con el principio *non bis in ídem*.

III.2.- La modificación de la ley de trasposición de la DM 675/2008 en el Senado junto con la interpretación dada por el TS a partir de la STS 874/2014 —de nuevo en un contexto de presión política y mediática— supone, por un lado, un vaciamiento del principio de equivalencia establecido por la DM no permitido por la misma, por lo cual se está vulnerando el ordenamiento comunitario y quebrando el Espacio común de libertad, justicia y seguridad y, por otro, un desprecio a los principios de humanidad de las penas y resocialización y reinserción social que fundamentan y orientan la interpretación teleológica de la institución de la acumulación jurídica de las penas por delitos temporalmente conexos (art. 76 CP). En consecuencia, entiendo que se debía haber inaplicado

el art. 14 LO 7/2014 en este punto o cuando menos haber sometido la interpretación de su compatibilidad con la DM mediante la preceptiva cuestión previa ex art. 267 TFUE. Además, la eficacia retroactiva dada por el TS a la LO 7/2014 infringe la prohibición de retroactividad de las normas penales (arts. 9.3º y 25.1º CE) porque produce una prolongación del máximo de cumplimiento efectivo aplicable antes de la entrada en vigor de la LO 7/2014.

IV.1.- La clasificación generalizada de las personas presas por delitos de terrorismo de ETA en primer grado (con base en el art. 102.5º RP), las consecuencias de la inserción en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento, la intervención generalizada de las comunicaciones y el programa de separación conocido como dispersión configuran un régimen de encarcelamiento de hecho excepcional respecto a los principios generales de la ejecución penitenciaria. Esta excepcionalidad no resulta justificada ni en razones de seguridad ni de utilidad tratamental, máxime con la organización terrorista ETA en trance de desaparición. Según mi interpretación del art. 102.5º RP, dada la ausencia actual de peligrosidad objetiva, externa e interna, se debe proceder con carácter general a la progresión a segundo grado.

IV.2.- Tal como está configurado este subsistema de ejecución penal y penitenciaria, se desincentivan los procesos de resocialización, de repudio de la violencia, de desvinculación del grupo que le da apoyo y de reparación a las víctimas puesto que se priva a estos elementos de efectos sobre el cumplimiento de la pena (art. 36.2º y 78 CP). En definitiva, se reducen las opciones de definición de la política penitenciaria en el marco de la ley conforme al principio rector de orientar el cumplimiento de la pena a la resocialización y a la reinserción social.

IV.3.- La expuesta evolución legal y jurisprudencial —con hitos como la STS 748/2006, de 12 de junio, y la STEDH en el asunto Inés del Río Prada c.

España— tiene como consecuencia que los aspectos de la ejecución relativos a permisos, progresión a tercer grado y libertad condicional (los plazos y los requisitos previstos en los arts. 36.2º, 78 y 90 CP y 72.6º LOGP) no se sustraigan al alcance del principio de legalidad del art. 25.1º CE y en concreto a la prohibición de retroactividad. El derecho fundamental a la irretroactividad comprende no solo la pena imponible en cuanto a su duración sino también en cuanto al modo de cumplimiento, afectando por tanto a cuestiones como el periodo de seguridad para el acceso al tercer grado o los plazos excepcionales para permisos, tercer grado o libertad condicional en los casos de concurrencia de penas de larga duración. Por otro lado, el principio de legalidad no se refiere únicamente a la ley formal sino material, en el sentido de la accesibilidad y previsibilidad de las consecuencias jurídicas aplicables a los hechos delictivos.

IV.4.- Los criterios específicos para la clasificación en tercer grado y para afirmar el pronóstico individualizado favorable de reinserción social en delitos de terrorismo introducidos en 2003 (art. 72.6º LOGP y 90 CP 2003), por su confusa redacción y por sus referencias a elementos como “abandono de los fines”, “repudio de sus actividades delictivas”, “petición expresa de perdón” o desvinculación “del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales” dan lugar, en primer lugar, a un riesgo cierto de arbitrariedad en la aplicación de la norma incompatible con el mandato constitucional de certeza del principio de legalidad y con el principio de seguridad jurídica, reforzados en relación con instituciones que afectan al contenido esencial del derecho fundamental a la libertad, de tal modo que hacen aconsejable la derogación o modificación sustancial de los preceptos aludidos. En todo caso, por fines únicamente puede interpretarse como referido a las finalidades terroristas del art. 573 CP; por entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales solamente puede entenderse la integración o colaboración con asociaciones, colectivos o actividades penalmente ilícitas. Por su parte, la exigencias de repudio de sus actividades delictivas no puede interpretarse como exigencia de cariz ideológico hacia el pasado sino como garantía de no repetición hacia el futuro. La petición

de perdón a las víctimas puede ser un elemento de valoración positiva del pronóstico de reinserción pero no cabe anudar consecuencias negativas a su ausencia.

IV.5.- Además, la aplicación que se haga de dichos preceptos puede dar lugar al quebranto del derecho a la libertad ideológica en la medida en que implique la introducción de criterios ideológicos en el acceso a la semilibertad y libertad condicional.

IV.6.- Siendo el tratamiento penitenciario la concreción del mandato de resocialización y reinserción social en el ámbito penitenciario y teniendo aquel como único contenido posible la preparación de la persona privada de libertad para ser capaz y tener voluntad de vivir en libertad respetando la ley penal (arts. 59 y 61 LOGP), todo lo que signifique exigencias no reconducibles a esta concepción basada en la idea de ausencia de peligrosidad criminal individual debe ser tenido por ilegítimo. Por tanto, estos vidriosos elementos de los arts. 72.6º LOGP y 90 CP, la exigencia de colaboración activa con las autoridades y el conjunto de estos preceptos deben interpretarse conforme a estos parámetros para no incurrir en inconstitucionalidad.

IV.7.- Además, la confusión de los requisitos con los medios de prueba, la introducción en los medios de acreditación de elementos que no forman parte de los requisitos, la indeterminación e inidoneidad de los medios de prueba generan un riesgo cierto de indefensión.

IV.8.- Dado que la Disposición Transitoria de la LO 7/2003 expresó que los arts. 72.6º LOGP y 90 CP 2003 serían de aplicación sin consideración a la fecha de comisión de los delitos o a la fecha de la condena, se plantea si dicha disposición transitoria es constitucional. A la vista de la más reciente comprensión del principio de legalidad penal, a mi juicio solamente cabría afirmar su constitucionalidad si los preceptos referidos no se interpretan de modo que

impidan el acceso a la semilibertad y libertad con base en criterios inexistentes antes de la LO 7/2003.

IV.9.- Siendo el abandono de los medios y las finalidades terroristas —las que convierten un delito en terrorista conforme a la definición legal de terrorismo del art. 573 CP— elemento consustancial de la resocialización del penado por terrorismo, es específicamente la exigencia de colaboración activa y su régimen de prueba la que, por un lado, resulta político-criminalmente inadecuada, por el demostrado fracaso de la vía de los *pentiti*, porque habiendo sido formulada en un periodo 2000-2003 de repunte de la actividad terrorista de ETA no se adapta a la situación actual en que la organización terrorista tiende a la desaparición y *de lege lata* porque es ajena al fundamento de preparar a la persona presa para una vida en libertad con la capacidad y la voluntad de respetar la ley penal. Los arts. 72.6º LOGP y 90 CP 2003 perderían prácticamente todo su sentido si ETA se disolviera y entregara las armas, si desapareciera; una desaparición lenta y no verificable sería un problema para su aplicación. Por otro lado, si se interpreta como exigencia insoslayable junto con y además del abandono resulta ser una exigencia inexistente antes del 2 de julio de 2003 y por tanto inaplicable retroactivamente porque restringe el derecho fundamental a la libertad respecto a la configuración legal de la ejecución de la pena en el momento de comisión de los hechos. Por último, la inadecuación del contenido de la colaboración al contexto actual, los perfiles indeterminados de la misma, la eventual imposibilidad de prestarla y la ambigüedad de los aspectos probatorios suponen un riesgo cierto de indefensión y discriminación. Me inclino por una interpretación del art. 90 CP de modo que el abandono y la colaboración sean elementos a valorar como positivos de cara al pronóstico favorable de reinserción sin que la ausencia o no constancia de colaboración pueda ser interpretada como un requisito-obstáculo impeditivo. Las resoluciones judiciales del JCVP que acuerdan la libertad condicional de conformidad con el informe pronóstico favorable emitido por las instituciones penitenciarias durante los años 2012 a

2015, sin que en ellos conste acreditada colaboración activa con las autoridades, demuestran que es la interpretación constante del JCVP.

IV.10.- La exclusión del beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional (art. 91 CP 2003 y 90.8º CP 2015) al cumplimiento de las dos terceras partes de la pena o del máximo de cumplimiento y la pérdida del tiempo cumplido en libertad condicional (art. 93.3º CP 2003) solamente son aplicables a los delitos de terrorismo cometidos a partir del 2 de julio de 2003 y a los de integración en organización o grupo terrorista a partir de 23 de diciembre de 2010. Por otro lado, es de nuevo una excepcionalidad no justificable cuyo régimen debería ser sometido a las mismas reglas y principios que para el resto de las personas penadas.

IV.11.- Resulta especialmente contraproducente la exclusión del adelantamiento de 90 días por año con base en la participación en programas de reparación a las víctimas (art. 91 CP 2003 y 90 CP 2015) por los argumentos esgrimidos en relación con las exclusiones y restricciones anteriores y en este caso además porque desincentiva y priva de efectos a la reparación a las víctimas del terrorismo, afectando por tanto a sus derechos o legítimas expectativas.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

ACALE SÁNCHEZ, María (2004): "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas", en FARALDO CABANA (Dir.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 341-380.

ALBRECHT, Peter-Alexis (1990): *El Derecho penal de menores*. Traducción de Juan Bustos. Barcelona: PPU.

ALBRECHT, Peter-Alexis (2000): "El derecho penal en la intervención de la política populista", en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.), Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*. Granada: Comares, páginas 471-487.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2012a): "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, páginas 2-31.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2012b): "La "Doctrina Parot" ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, Nº 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la Jurisprudencia y la ejecución de las Sentencias del TEDH", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43, páginas 929-952.

ALCALÁ PÉREZ – FLORES - JAÉN VALLEJO - ARRIETA MÁRQUEZ PRADO - PERRINO PÉREZ (2015a): "La reforma del Código Penal: Introducción. Principales modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11, del Código penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo)", en *El derecho*. http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Codigo-Penal_11_798805004.html

ALCALÁ PÉREZ – FLORES - JAÉN VALLEJO - ARRIETA MÁRQUEZ PRADO - PERRINO PÉREZ (2015b): "La reforma del Código Penal. Parte general: La «prisión permanente revisable»", en *El derecho*. http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Codigo-Penal-Parte-General_11_801055002.html

ALCALÁ PÉREZ – FLORES - JAÉN VALLEJO - ARRIETA MÁRQUEZ PRADO - PERRINO PÉREZ (2015c): “La reforma del Código Penal. Parte general: Libertad condicional”, en *El derecho*. http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Codigo-Penal-Parte-General_11_801055002.html

ALGORA WEBER, María Dolores (2005): *Terroristas y terrorismo: enfoques y percepciones*. Madrid: Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos.

ALONSO – DOMÍNGUEZ - GARCÍA REY (2013): *Vidas rotas. Historia de los hombres, mujeres y niños víctimas de ETA*. Madrid: Espasa.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (2014): “La nueva reforma de 2013”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 6, páginas 18-71.

AMBOS, Kai (2009): *Terrorismo, tortura y derecho penal: respuestas en situaciones de emergencia*. Barcelona: Atelier.

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2007): *Sal en la herida. Impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos*. Madrid: Amnistía Internacional. https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Sal_en_la_herida.pdf

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2009): *España: Salir de las sombras. Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación*. Índice al: EUR 41/001/2009
https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Salir_de_las_sombras.pdf

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2012): *Actuación policial en las manifestaciones en la Unión Europea. 2012*. (EU: 01/022/2012). <http://cdn.20m.es/adj/2012/10/25/1941.pdf>

ARARTEKO (1998): *Intervención con menores infractores*. Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco. Vitoria-Gazteiz: Ararteko.

ARCE, Marta (2002): “Todos contra ETA”, en *Cambio 16*, núm. 1620, páginas 16-18.

ARMAZA, Emilio José (2013): *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada: Comares.

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA - RODRÍGUEZ RAMÍREZ (2011): *Reglamento penitenciario. Análisis sistemático, comentarios, jurisprudencia*. 2ª ed. Madrid: Colex.

ARROYO ZAPATERO, Luis (1985): "Terrorismo y sistema penal", en *Reforma política y Derecho Actas del curso celebrado en la Universidad internacional "Menéndez Pelayo"*.. Madrid: Colección de temas constitucionales; Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones, páginas 153-210.

ARTETA – GALLETERO - GARZÓN - ARREGI (2006): *Olvidados*. Las Rozas: Adhara.

ASOCIACIONES Y FUNDACIONES DE VÍCTIMAS DEL TERRORISMO (2010): *Principios rectores para un final de ETA sin impunidad, suscrito por las asociaciones y fundaciones de víctimas del terrorismo*, firmado en Madrid el 23 de noviembre de 2010.

ASÚA BATARRITA, Adela (1986): "Problemas jurídicos en el tratamiento de la inadaptación infanto-juvenil", en *Estudios de Deusto*, vol. XXXIV, páginas 9-47.

ASÚA BATARRITA, Adela (1990): "Cárceles, ¿para qué? La permanente contradicción entre los fines teóricos de la pena y los efectos reales de la prisión", en *Juventud y sociedad, del neón al neolítico, crisis social*. Servicio de Juventud del Ayuntamiento de Zaragoza,

ASÚA BATARRITA, Adela (1998): "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 3, páginas 1638-1646.

ASÚA BATARRITA, Adela (2002): "Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental", en ECHANO BASALDÚA (Ed.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto, páginas 41-85.

ASÚA BATARRITA, Adela (2006): "El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, "finalidades terroristas", y conductas periféricas", en CANCIO MELIÁ, Manuel• /GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coords.) (2006): *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. I, Madrid, etc.: Edisofer, páginas 239-276.

- AULESTIA, Kepa (2005): *Historia general del terrorismo*. Madrid: Aguilar.
- ÁVILA, Humberto (2012): *Teoría de la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- BAGLIETTO, Pedro Mari (1999): *Un grito de paz: autobiografía póstuma de una víctima de ETA*. Madrid: Espasa-Calpe.
- BARAS GONZÁLEZ, Marcos (2013): *El espacio penitenciario europeo*. Colección Premios Victoria Kent. SGIIPP. Madrid: Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica.
- BARBER BURUSCO, Soledad (2014): *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión*. Madrid: Dykinson.
- BARBERET – RECHEA – MONTAÑÉS – HAEN (1993): “Estudio internacional sobre delincuencia mediante autoinforme en Albacete, España y Omaha, Nebraska, Estados Unidos (Estudio piloto)”, en *Estudios criminológicos I*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, páginas 161 ss.
- BARQUÍN SANZ, Jesús (2015): “De las formas sustitutivas de la prisión y de la libertad condicional”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.) (2015): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, páginas 223-265.
- BARREDA HERNÁNDEZ, Armando (2001): “La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil”, en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. Cuadernos de Derecho judicial, t. III. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, páginas 513-588.
- BARRIOCANAL, Albano (1997): “La Ley penal juvenil pendiente de promulgación”, en *Panóptico. Ley Penal Juvenil: visiones críticas*, núm. 4, páginas 79-81.
- BAUCELLS i LLADÓS, Joan (2000): *La delincuencia por convicción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BENEDI, Manuel (1997): “La propuesta de nueva Ley Penal Juvenil”, en *Panóptico. Ley Penal Juvenil: visiones críticas*, núm. 4, páginas 66-70.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco (2004): *El colaborador con la justicia: aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*. Madrid: Dykinson.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE - ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2001): *Manual de derecho penitenciario*. Madrid: Colex.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ET ALTER (2010): *Curso de derecho penal: parte general*. 2ª edición. Barcelona: Ediciones experiencia.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio (1991): “Aproximación jurídica, criminológica, victimológica y teológica a los jóvenes infractores (El Derecho penal frente a la delincuencia juvenil)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, t. VII. páginas 7-40.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio (2007): *Victimas del terrorismo: nueva justicia, sanción y ética*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BILBAO ALBERDI – ETXEBERRIA MAULEÓN – ECHANO BASALDUA – AGUIRRE MONASTERIO (1999): *El perdón en la vida pública*. Bilbao: Universidad de Deusto.

BILBAO ALBERDI, Galo (Coord.) (2014): *Justicia, verdad y reparación. De los derechos de las víctimas a las tareas de la sociedad*. Vitoria-Gasteiz: Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco.

BLANCO ABRACA, Amalio (2008): “La condición de ‘enemigo’, el ocaso de la inocencia”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y POZUELO PÉREZ, Laura (Coords.) (2008), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Cizur Menor: Thomson-Civitas. Aranzadi, páginas 257-306.

BOBILLO DE LA PEÑA, Francisco Javier (1985) “Constitución y legislación antiterrorista”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, páginas 47-76.

BONA i PUIGVERT, Remei (1995): “Clasificación y tratamiento penitenciario. Traslados y permisos de salida: su control jurisdiccional”, en *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. XXXIII, *Derecho penitenciario*. Madrid: CGPJ, páginas 245-275.

BRANDÁRIZ GARCÍA, José Ángel (2007): “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.) (2007), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 139-160.

BUENO ARÚS, Francisco (1980): “Aspectos jurídicos del terrorismo”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1980, núms. 228-231, páginas 51-89.

BUENO ARÚS, Francisco (2001): “Aspectos sustantivos de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *ICADE*, núm. 53, páginas 61-75.

BUENO ARÚS, Francisco (2009): *Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BUENO CASTELLOTE, José María (1999): *La liquidación de condenas y otras instituciones del derecho penitenciario práctico, clasificación, permisos y libertad condicional*. Valencia: Ed. Revista General de Derecho.

BUESA BLANCO, Mikel (2010): “¿Reinsertar a los presos de ETA? Una crítica de la política penitenciaria española”, en *Documento de Trabajo*, nº 9 – Septiembre, 2010. Cátedra de Economía del Terrorismo Universidad Complutense de Madrid Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. <http://pendientedemigracion.ucm.es/>

BUJOSA VADELL, Lorenzo (1997): *Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Ordenamiento Español*. Madrid: Tecnos.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1989): “Imputabilidad y edad penal”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*. Donostia-San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, páginas 471-482.

CALLEJA - SAVATER (1997): *Contra la barbarie: un alegato en favor de las víctimas de ETA*. Madrid: Temas de hoy.

CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio (2013): “Conferencia inaugural”, en JUANATEY DORADO (Dir.), *El nuevo panorama del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social*. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, páginas 25-37.

CAMARENA GRAU – ORTEGA LORENTE (2015): “Disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales”, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 1375-1432.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2002): “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, páginas 19-26.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2003): “¿Derecho penal de enemigos?”, en JAKOBS – CANCIO MELIÁ (2003), *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, páginas ---. 57 -102.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2006a): “Prólogo”, en JAKOBS – CANCIO MELIÁ (2006), *Derecho penal del enemigo*. 2ª edición. Madrid: Civitas, páginas 18-20.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2006b): “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS – CANCIO MELIÁ (2006), *Derecho penal del enemigo*. 2ª edición. Madrid: Civitas, páginas 85-152.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2007): “Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación”, en: FARALDO CABANA, Patricia (Dir.) (2007): *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 161-170.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2008): “Terrorismo y Derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho”, en CANCIO MELIÁ – POZUELO PÉREZ (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Cizur Menor: Thomson-Civitas. Aranzadi, páginas 307-324.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2007): “¿Clemencia o justicia? Sobre las reticencias existentes en Alemania a la hora de poner en libertad los últimos terroristas de la RAF”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, páginas 1-23.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2012): “El régimen penitenciario de los terroristas de ETA: ¿Mantenimiento, supresión o modificación?”, en *Diario La Ley*. Nº 7821, de 20 de marzo, páginas 1-4.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2012): Régimen penitenciario de los terroristas en España: la prisión como arma para combatir a ETA. Madrid: Dykinson.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2015): “La reforma de los delitos de terrorismo”, en MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, páginas 905-951.

CAPITA REMEZAL, Mario (2007): *El concepto jurídico de terrorismo. Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995, un análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial referencia al terrorismo individual*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III, Madrid.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos (2015): “Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*. 2º edición. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 211-222.

CARBONELL MATEU, Juan-Carlos (2006) “Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal”, en CAMPO MORENO, J. C. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Madrid: GGPJ, Centro de Documentación Judicial, páginas 49-57.

CARMENA – LANDA – MÚGICA - URIARTE (2013): *Informe-base de vulneraciones de derechos humanos en el caso vasco*. Vitoria-Gasteiz: Secretaria General de Paz y Convivencia. <http://www.irekia.euskadi.net/uploads/>

CARMONA, L. M. (2004). *El terrorismo y E.T.A. en el cine*. Madrid: Capitel.

CARRETERO, Mario (1985): El desarrollo cognitivo en la adolescencia y la juventud: las operaciones formales, en MARCHESI – CARRETERO – PALACIOS, *Psicología evolutiva*. Vol. III. Madrid: Alianza.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (2003): *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Tecnos.

CASES MÉNDEZ, José Ignacio (2007): “Los libros de ETA”, en *Leer*, núm. 179, páginas 24-26.

CASTAÑÓN ÁLVAREZ, M^a José (2012): *Protección penal de las víctimas en los delitos de terrorismo*. Tesis doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia., Madrid.

CASTIÑEIRA – RAGUÉS (2004): “Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 14, páginas 59-85.

CASTRO ANTONIO, José Luis (2003): “Fundamentos sobre la irretroactividad”, en *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho judicial*. Núm.17. Madrid: CGPJ, páginas 175-184.

CASTRO ANTONIO, José Luis (2010): “La ejecución de la pena en materia terrorista”, en MIR PUIG - QUERALT JIMÉNEZ (Dir.): *La seguridad pública ante el Derecho penal*. Madrid-Montevideo-Buenos Aires: Edisofer-Bdef, páginas 191-250.

CASTRO ANTONIO, José Luis (2013): “Tratamiento penitenciario en casos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales” (transcripción de la conferencia), en JUANATEY DORADO (Dir.), *El nuevo panorama del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social*. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, páginas 123-134.

CELDRÁN KUHL, Christian (2004): *España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores. Escuela Diplomática.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta (2006): *Derecho Penitenciario*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta (2015): “Prisión permanente revisable II (art. 36)”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*. 2^o edición. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 223-240.

CHOZAS ALONSO, José Manuel (2015): “El nuevo Estatuto de la Víctima del Delito en el proceso penal”, en CHOZAS ALONSO (Dir.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*. Madrid: Dikynson, páginas 193-254.

CID MOLINÉ - TÉBAR VILCHES (2010): “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 8, páginas 1-20, <http://www.criminologia.net>

CID MOLINÉ, José (2002): "El sistema penitenciario en España", en *Jueces para la Democracia*, núm. 45, páginas 15-27.

CID MOLINÉ, Josep (2008): "El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios", en *Revista española de investigación criminológica*, núm. 8, páginas 1-31. <http://www.criminologia.net>

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. NACIONES UNIDAS (2004): *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, Theo Van Boven sobre la visita a España del 5 al 10 de octubre de 2003*. 60º período de sesiones. (E/CN.4/2004/56/Add.2).

COMITE DE DERECHOS HUMABOS. NACIONES UNIDAS (2013): *Dictamen* aprobado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su 107º período de sesiones, de 27 de marzo de 2013, Comunicación Nº 1945/2010, en el caso María Achabal (CCPR/C/107/D/1945/2010).

COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA (1987): *Rec. (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*.

COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA (1988): *Rec. (88) 6, de 18 de abril de 1988, sobre las reacciones sociales ante el comportamiento delictivo de jóvenes descendientes de familias migrantes*.

COMITÉ EUROPEO DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS DEGRADANTES (2012): *Informe al Gobierno español sobre la visita llevada a cabo del 30 al 13 de junio de 2011*. (CPT/Inf (2013) 6), en <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2013-06-inf-esp.pdf>

CONSEJO DE ESTADO (2013): *Dictamen 798/2013 del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*, de 28 de noviembre.

CONSEJO FISCAL (2013): *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*, de 20 de marzo.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2000): *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal y de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores en materia de delitos de terrorismo y conexos*, de 27 de septiembre de 2000.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2002): *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder judicial y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y planta judicial*. 19 de noviembre de 2002.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2003): *Acuerdo de 29 de mayo de 2003, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye las funciones del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria* (BOE nº 130 de 31 de mayo de 2003).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2003): *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, de 4 de febrero de 2003.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL(2013): *Informe al Anteproyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea y al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la anterior por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial*, de 11 de abril de 2013.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL(2014): *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las víctimas del delito*, de 31 de enero de 2014.

COORDINADORA PARA LA PREVENCIÓN Y DENUNCIA DE LA TORTURA (2013): *La Tortura en el Estado Español*. Informe de 2012. Barcelona.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2006): “Sistema de penas y líneas político criminales de las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho Penal hacia un ‘Derecho Penal de dos velocidades’?”, en CANCIO MELIÁ / GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Madrid, etc.: Edisofer, páginas 383-413.

CORTE IBÁÑEZ, Luis (2006): *La lógica del terrorismo*. Madrid: Alianza Editorial.

CRUZ VILLALON, Pedro (1981): "El nuevo derecho de excepción", en *Revista española de Derecho constitucional*, vol. 1, núm. 2, páginas 93-128.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín (2000): *El nuevo Derecho penal de menores*. Madrid: Civitas.

CUERDA ARNAU, M^a Luisa (1995): *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Centro de Publicaciones.

CUERDA ARNAU, María Luisa (1995): *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terroristas*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones.

CUERDA ARNAU, María Luisa (2006) "El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna", en GÓMEZ COLOMER – GONZÁLEZ CUSSAC (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 129-176.

CUERDA ARNAU, María Luisa (2007) "El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión", en CAMPO MORENO - GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, páginas 91-121.

CUERDA ARNAU, María Luisa (2013): "Delitos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales", en JUANATEY DORADO, Carmen (Dir.), *El nuevo panorama del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social*. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante. páginas 111-121.

CUERDA RIEZU, ANTONIO (1996): "El rotundo fracaso legislativo del llamado "cumplimiento efectivo" de las penas y otros aspectos del concurso de delitos", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 1, 1997, páginas 1806-1810.

CUERDA RIEZU, ANTONIO (2006): "El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot: observaciones legales y constitucionales", en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal. Cuadernos de derecho judicial*, núm. VII, páginas 215-296.

CUERDA RIEZU, ANTONIO (2011): *Cadena Perpetua y las Penas muy Largas de Prisión: por qué son Inconstitucionales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CUERDA RIEZU, ANTONIO (2012): “La necesidad de modificar la normativa antiterrorista por motivos constitucionales tras el fin de la actividad armada de ETA”, en *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria = revista de pensamiento e historia*, núm. 42, páginas 32-40.

CUESTA ARZAMENDI - GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER (1998): “Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I. Valencia: Universidad de Valencia. Instituto de Criminología, páginas 539-567.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la (1986): “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, páginas 559-602.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis De la (1998): “La justicia juvenil en España: regulación actual y proyectos en curso”, *Azpilikueta. Cuadernos de derecho, Eusko Ikaskuntza*, Donostia, páginas 7-24.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis De la (1999): “El abandono del sistema tutelar: evolución del Derecho penal español en materia de protección y tratamiento de menores delincuentes en peligro”, en *Anales Internacionales de Criminología*, páginas 101 y ss.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la (2003): “Legislación antiterrorista en España”, en DOUCET, Ghislaine, *Victimes et responsabilité pénale internationale*. Paris: SOS Attentats, S.O.S. Terrorisme.

DAZA BONACHELA, María del Mar (2014a): *Victimología hoy, Derecho victimal europeo y español y atención a las víctimas de delitos en España*. Granada: Editorial Universidad de Granada. <http://digibug.ugr.es/>

DAZA BONACHELA, María del Mar (2014b): “Comentario al Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito”. *Noticias jurídicas*, 4 de diciembre de 2014.

DE LEO, Gaetano (1985): *La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*. Traducción y epílogo de González Zorrilla. Barcelona: Editorial Teide.

DÍAZ CREGO, María (2013), “Cuando Parot llegó a Estrasburgo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 31, páginas 573-612.

DÍAZ GÓMEZ, Andrés (2012): “Acumulación y refundición de penas: notas sobre la necesidad de superar estos conceptos”, en *Revista Electrónica de la Universidad de la Rioja*, núm. 10, páginas 311-323.

DÍAZ GÓMEZ, Andrés (2013): “Los efectos de la llamada “doctrina Parot” sobre las fechas de repercusión penitenciaria y su aplicabilidad sobre el Código Penal derogado y vigente”, en *Revista del Instituto Universitario de investigación en criminología y ciencias penales de la UV*, núm. 10, páginas 76-109.

DÍAZ GONZÁLEZ, Francisco Javier (2004): “Los delitos de terrorismo y la creación de la Audiencia Nacional (1977-1978)”, en *La transición a la democracia en España: actas de las VI Jornadas de Castilla-La Mancha sobre Investigación en Archivos*: Guadalajara, 4-7 de noviembre 2003, vol. 2, páginas 22 ss.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (2001): “Notas sobre la propuesta de tipificación de la apología del terrorismo”, en *Eguzkilo*, núm. 15. páginas 183 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS - GARCÍA ESPAÑA (2009): *Encuestas a víctimas en España*. Málaga: Instituto Andaluz interuniversitario de criminología.

DÍEZ RIPOLLÉS (2006), “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en CANCIO MELIÁ, Manuel – GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*.t. I. Madrid:.. Edisofer. Páginas 553-602.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís (2001): “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad penal*, núm.1, páginas 1-22.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2003). *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2005): “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, páginas 1-37.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2007): *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires – Montevideo: Ed BdF.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2012): “Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 16, páginas 31-54.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús (2000): *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero)*. Valencia: Ediciones Revista General de Derecho.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús (2009): “La actuación del Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad de las víctimas del terrorismo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 5., páginas 1659-1670.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a (2015): “El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, páginas 131-156.

DONINI, Massimo (2007): “El Derecho penal frente al ‘enemigo’”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 15-89.

ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (2002): “¿Hay lugar para el perdón en derecho penal?”, en ECHANO BASALDÚA, Juan I. (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, páginas 153-188.

ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (2010a): “La política criminal securitaria en la reforma penal de 2010”, en *Estudios Deusto*, vol. 58/2, páginas 173-204.

ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (2010b): “Acusación popular. ¿Legitimación de las personas jurídico-públicas y de los partidos políticos?”, en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales. Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 7, páginas 155-186.

ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (2012): “Justicia restaurativa y justicia transicional en los delitos de terrorismo: algunas reflexiones”, en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*. Bilbao: Universidad de Deusto, páginas 123-130.

ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (2013): “Sobre el derecho penal ante el final de ETA”, en *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria = revista de pensamiento e historia*, núm. 45, páginas 52-59.

EIRENE DE PRADA, PILAR (2015) “Buscando la paz positiva en Euskadi”, en *El diario*.
http://www.eldiario.es/contrapoder/paz_positiva_Euskadi_6_379072104.html

ELZO IMAZ, Javier (2015): *Tras la losa de ETA. Por una sociedad vasca justa y reconciliada*. Madrid: PPC.

ERICE MARTINEZ, Esther (2014): “La libertad condicional de personas penadas por delitos de terrorismo”. *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria = revista de pensamiento e historia*, núm. 47. páginas 50-57.

ESPINA RAMOS, Jorge Ángel (2004): “La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 11, vol. 1, páginas 23-37.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier (1999): “La responsabilidad penal de niños y jóvenes”, en *Revista de Sentencias de TSJ, AP y otros tribunales*, núm. 11, Pamplona: Aranzadi, páginas 9-40.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier (2000): “En torno a la naturaleza de la justicia juvenil”, en *Un cacheo a la cárcel, Textos de las Jornadas de Derecho penitenciario de la Universidad de Barcelona*. Barcelona: Asociación contra la Cultura Punitiva y de Exclusión Social.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier (2001): “Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su reforma en materia de terrorismo”, en *Revista de la Universidad Pontificia de Comillas*, núm. 53, páginas 77-120.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier (2012a): “Justicia restaurativa y fines del derecho penal”, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Barcelona: Reus.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier (2012b:) “Justicia para la convivencia”, en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*. Bilbao: Universidad de Deusto, páginas 145-150.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier (2012c:) “Perspectiva restaurativa ante el fin de ETA”, en *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria = revista de pensamiento e historia*, núm. 42, páginas 66-72.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier (2013): “La recuperación del victimario”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. 2ª edición. Santander: Sal Terrae.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier (2014): “La reinserción social de los victimarios desde la perspectiva de las víctimas”, en *Verdad, justicia y reparación: de los derechos de las víctimas a las tareas de la sociedad*. Seminario de víctimas del terrorismo residentes en la CAPV. Donostia, 19 de noviembre de 2013. Vitoria-Gasteiz: Eusko Jauriaritza – Gobierno Vasco, páginas 42-57.

ETXEBERRIA MAULEÓN, XABIER (2007a): *Participación social y política de las víctimas del terrorismo*. Bilbao: Bakeaz.

ETXEBERRIA MAULEÓN, XABIER (2007b): *Dinámicas de la memoria y víctimas del terrorismo*. Bilbao: Bakeaz.

FARALDO CABANA, Patricia (2004): “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.),: *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 299-340.

FARALDO CABANA, Patricia (2006): “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción», en CANCIO MELIÁ• - GÓMEZ-JARA

DIEZ, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Madrid, etc., páginas 757-798.

FARALDO CABANA, Patricia (2013): “El papel de la víctima durante la ejecución de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo en España”, en *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. VII, n. 1, páginas 18-42.

FERNÁNDEZ – HERREROS – SÁENZ ABUJETA – VALERO SÁNCHEZ – VEGAS NAVAS (1995): “Imagen del delito en la prensa española”, en *Boletín Criminológico*, núm. 10, páginas 1-4.

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel (2004): “La satisfacción de la responsabilidad civil y su incidencia en el ámbito penitenciario”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 74, páginas 47-64.

FERNANDEZ ARÉVALO - MAPELLI CAFFARENA (1995): *Práctica Forense Penitenciaria*. Madrid: Civitas.

FERNÁNDEZ ARÉVALO - NISTAL BURÓN (2012): *Manual de derecho penitenciario*. 2ª ed. Cizur Menor: Aranzadi.

FERNÁNDEZ ARÉVALO - NISTAL BURÓN (2014): “Doctrina Parot y asunto Del Río Prada: consecuencias en nuestro sistema de ejecución de pena”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 110, páginas 1 ss.

FERNANDEZ ARÉVALO, Luis (2006): “Retos actuales del sistema penitenciario español”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm.705, páginas 10-14

FERNÁNDEZ GARCÍA - PÉREZ CEPEDA - SANZ MULAS - BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coord.) - ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Coord.) (2001): *Manual de derecho penitenciario*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

FERNANDEZ GARCÍA, Emilio Manuel (1998): *Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el estado o la comunidad internacional*. Barcelona: Bosch.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (2015): “Organizaciones y grupos criminales (arts. 570bis, 570ter, 572 y 574)”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.):

Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 1345-1354.

FERNÁNDEZ SOLDEVILLA, Gaizka (2013): *Héroes, heterodoxos y traidores*. Madrid: Tecnos.

FERNÁNDEZ-PINÓS, José Ernesto (2000): "Acumulación de condenas y refundición de penas", en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 2, páginas 222 ss..

FERRACUTI, Franco (1986): "Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico 11, páginas 303 y ss.

FERRAJOLI, Luigi (1987): "La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza", en *Questione giustizia*, núm. 2, páginas 268-277.

FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Circular 1/2014, sobre la acumulación de condenas*, de 5 de diciembre.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Circular 3/2015, de 22 de junio, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015*, de 22 de junio.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Información para la protección y seguridad de las víctimas en la ejecución de algunos procesos penales*, en www.fiscal.es

FONSECA, Carlos (Coord.) (2014): *Informe sobre la situación procesal de los atentados perpetrados por organizaciones terroristas con resultado de muerte entre 1960 y 2014. Caso vasco*. Vitoria: Secretaría para la Paz y Convivencia. Gobierno Vasco, en <http://www.irekia.euskadi.eus/>, última consulta 4 de agosto de 2015.

FOUCAULT, Michel (1988): *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI.

FRÍGOLS i BRINES, Eliseu (2004): *Fundamento de la sucesión de leyes en el derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*. Barcelona: J.M. Bosch.

FUNES ARTIAGA – GONZÁLEZ ZORRILLA (1987): “Delincuencia juvenil, Justicia e Intervención comunitaria”, en *Papers d’estudis i Formació*, núm. 2, páginas 19-33.

GALLEGO SÁNCHEZ, Gemma (2011): “La reforma del Código Penal: LO 5/2010 (I y II)”, en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 4.

GARCÍA ALBERO - TAMARIT SUMALLA (2004): *La reforma de la ejecución penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA ALBERO, Ramón (2010): “La reforma de los delitos de terrorismo (arts. 572, 573, 574, 575, 576, 576bis, 577, 578, 579 CP)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Cizur Menor: Aranzadi. Thomson Reuters, pp. 369-378.

GARCÍA ARÁN – BOTELLA CORRAL (Dir.) (2008): *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA ARÁN, Mercedes (2003): “Castigo satisfactorio o reinserción eficaz”, en *El Periódico*, 7 de enero (www.elperiodico.es).

GARCÍA CASTAÑO, Carlos (2009) “Las largas condenas”, en *La Revistilla*, páginas 1-10, en www.larevistilla.org

GARCÍA ESPAÑA - DÍEZ RIPOLLÉS - PÉREZ JIMÉNEZ - BENÍTEZ JIMÉNEZ - CEREZO DOMÍNGUEZ (2010): “Evolución de la delincuencia en España: Análisis longitudinal con encuestas de victimización”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 8, páginas 1–27.

GARCÍA MONTES – IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS (2007): “La sentencia de 20 de julio de 2006 del Tribunal Supremo en el caso del ‘talibán español’”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 1, páginas 1526-1531.

GARCÍA RIVAS, Nicolás (1984): “Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político”, en *Poder Judicial*, núm. 10, páginas 107 ss.

GARCÍA SAN PEDRO, José (1990): “Atenuación, remisión de penas y libertad condicional”, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios a la Legislación penal, t. XI La reforma penal y procesal los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*. Madrid: Ed. Rev. De D. Privado, páginas 37-68.

GARCÍA SAN PEDRO, José (1993): *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales.

GARCÍA VALDÉS, Carlos (1992): “La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas”, en GARCÍA VALDÉS, C., *Temas de Derecho penal*. Madrid, páginas 293-303.

GARCÍA VALDES, Carlos (1997): “Terrorismo y Derecho”, en *ICADE*, núm. 42, páginas 155-159.

GARLAND, David(2005): *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.

GARRO CARRERA - ASÚA BATARRITA (2008): *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GARRO CARRERA, Enara (2005): *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española*. Bilbao: Universidad del País Vasco.

GARRO CARRERA, Enara (2009): “La atenuante de confesión: discusión sobre su fundamento”, en ASÚA BATARRITA - GARRO CARRERA (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Bilbao: Universidad del País Vasco, páginas 157-196.

GARRO CARRERA, Enara (2013): “Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa Claves para una reelaboración”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, páginas 1-31.

GIACOPUZZI, Giovanni (2006): *Historia política de una lucha armada*. 5º edición. Barcelona: Txalaparta.

GILBERT, Paul (1998): *Terrorismo, nacionalismo, pacificación*. Madrid: Cátedra.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2004): “Prólogo a la novena edición”, en *Código Penal*, Ed. Tecnos, páginas 17-21.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther (Dir.) (1999): *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

GIMENO SENDRA, Vicente (2014): “La doctrina Parot y el principio de legalidad”, en *Diario La Ley*, Nº 8307, 9 de Mayo de 2014, páginas 1-13.

GINÉS SANTIDRIÁN, Emilio (2008): “Derecho a la justicia, derecho a la verdad y derecho a obtener una reparación”, en SALADO OSUNA, Ana (Coord.), *Los derechos humanos aquí y ahora, 60 años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Madrid: Dirección General de Naciones Unidas, Asuntos Globales y Derechos Humanos. Oficina de Derechos Humanos. Gobierno de España. Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (2014): “Comentarios sobre el informe preliminar”, en www.irekia.euskadi.eus , páginas 1-14.

GÓMEZ COLOMER - GONZÁLEZ CUSSAC (2006): *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (1996): *Constitución y proceso penal: análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid: Tecnos.

GÓMEZ RECIO, Fernando (2000): “Dudas de constitucionalidad y problemas prácticos: La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años”, en *Diario Jurídico Aranzadi*, 4 de septiembre.

GONZÁLEZ CANO, María Isabel (2002), en MAPELLI – GONZÁLEZ – AGUADO, *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000*. Sevilla: IAAP. Junta de Andalucía.

GONZÁLEZ CUSSAC - CAMPO MORENO (2007): *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2003): “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xuridica Galega*, núm. 38, páginas 22 ss.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2005): *El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*. Castellón de la Plana: Servei de Comunicació i Publicacions.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2006): “El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en GÓMEZ COLOMER – GONZÁLEZ CUSSAC (2006) *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 57-127.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo (2003): “Acotaciones al apartado 2º del art. 36 del vigente Código penal”, en *Derecho Penitenciario II Cuadernos de Derecho Judicial.*, núm. XVII, páginas 599-608.

GONZÁLEZ PASTOR, Carmen Paloma (2003): “Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Examen de constitucionalidad”, en *Actualidad Penal*, núm. 40, páginas 1.009-1.028.

GONZÁLEZ TAPIA, M^a Isabel (2015): “Régimen transitorio de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, páginas 3-20.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1999): *Proyecto alternativo a la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. A partir del Manifiesto sobre justicia juvenil* (Valencia 26 de septiembre de 1998). Fotocopia. Toledo, 16 de octubre de 1999.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2000): *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los Menores*. Grupo de estudios de política criminal.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2013): *Una propuesta de renovación de la política criminal sobre terrorismo*. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid.

http://www.gepc.es/web/sites/default/files/ficheros/Libro%20Renovacion%20terrorismo_0.pdf

GUARDIOLA GARCÍA, Javier (2015): “Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (arts. 76 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*. 2º edición. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 289-324.

GUISASOLA LERMA, Cristina (2015): “Libertad condicional (arts. 90, 91, y 92)”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*. 2º edición. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 377-392.

HASSEMER – MUÑOZ CONDE (1989): *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

HAVA GARCÍA, Esther (2014): “Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas y sus consecuencias”, en *Eunomía: Revista en Cultura de Legalidad*, núm. 6, páginas 153 – 173.

HERRERA CUEVAS, Edorta J. (2002): “La jurisdicción de vigilancia antiterrorista”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 7, páginas 1602-1608.

HERRERO BERNABÉ, Irene (2012): *El derecho de gracia: indultos*. Tesis doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

HUMANS RIGHTS WATCH (2005): “¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España”, vol. 17, núm. 1(D).

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel (2005a): “Algunas reflexiones sobre la retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 6, páginas 13-55.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel (2005b): “La dudosa legitimación de la figura del delincuente arrepentido-colaborador como medio de investigación criminal”, en www.datadiar.com

IGLESIAS RIO, Miguel Ángel (2012). “Rearme punitivo en la moderna sociedad del riesgo. Garantismo versus utilitarismo, los casos paradigmáticos de la lucha frente al terrorismo y la criminalidad organizada”, en *Revista General de*

http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411791

IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, Jesús María (2001) “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal antiterrorista a la luz de la Ley de responsabilidad penal del menor”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 1, páginas 1809-1815.

JAÉN VALLEJO – PERRINO PÉREZ (2015): *La reforma penal de 2015 (Análisis de las principales reformas introducidas en el Código penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*. Madrid: Dykinson.

JAÉN VALLEJO, Manuel (2002): “Órgano competente para conocer de los recursos ordinarios respecto a la clasificación de los penados (art. 82.1.3º LOPJ): Nota sobre el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 4, páginas 1-3.

JAKOBS, Günther (1996): *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Cuadernos de conferencias y artículos nº 13. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

JAKOBS, Günther (2000): *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Cuadernos de conferencias y artículos nº 24. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

JAKOBS, Günther (2003): “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, Günther - CANCIO MELIÁ, Manuel (2003), *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson-Civitas, páginas 19-56.

JAKOBS, Günther (2006a): “Prólogo”, en JAKOBS - CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*. 2ª edición. Madrid: Thomson-Civitas, páginas 15-18.

JAKOBS, Günther (2006b): “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS - CANCIO MELIÁ (2006), *Derecho penal del enemigo*. 2ª edición. Madrid: Thomson-Civitas, páginas 21-56.

JAKOBS, Günther (2006c): “¿Terroristas como personas en derecho?”, en JAKOBS - CANCIO MELIÁ (2006), *Derecho penal del enemigo*. 2ª edición. Madrid: Thomson-Civitas, páginas 57-83.

JAUREGUI BERECIARTU, Gurutz (1985): *Ideología y estrategia política de ETA: análisis de su evolución entre 1959 y 1968*. Madrid: Siglo Veintiuno de España.

JIMÉNEZ FRANCO, Daniel (2005): “El enemiguito. Justicia penal para niños”, en *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 21, páginas 275-299.

JIMÉNEZ FRANCO, Daniel (2006): *La proyección de la lógica del enemigo en la responsabilidad penal del menor*. Universidad de Zaragoza: Programa de doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas Línea de investigación: Políticas sociales y sociedad del riesgo.

JUANATEY DORADO, Carmen (1990): “La redención de penas por el trabajo. Una propuesta de reforma de los arts. 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 43, Fasc./Mes 3, páginas 879-907.

JUANATEY DORADO, Carmen (2012): “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. LXV, páginas 127-153.

JUANATEY DORADO, Carmen (2013a): *Manual de Derecho penitenciario*. 2ª edición. Madrid: Iustel.

JUANATEY DORADO, Carmen (2013b): “Una moderna barbarie: la prisión permanente revisable”, en *Revista General de Derecho penal*, núm. 20, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&numero=20

JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA: *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2009 (Texto refundido y depurado actualizado a junio de 2009)*, <http://www.internet2.scjn.gob.mx/seminario/docs/Art-2.pdf>

JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA: *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en*

sus xviii reuniones celebradas entre 1981 y 2010 (Texto refundido y depurado actualizado a mayo de 2010), <http://juristadeprisiones.com/wp-content/uploads/2014/02/Criterios-actuaci%C3%B3n-JVP-actualizados-a-2010.pdf>

KAISER, Günther (1988): *Introducción a la Criminología*. 7ª edición. Madrid: Dykinson.

KOHLBERG, Lawrence (1992): *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclee de Brouwer.

LAMARCA PÉREZ, Carmen (1985) *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Colección de Temas Penales.

LAMARCA PÉREZ, Carmen (1989): “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XLII, páginas 955-988.

LAMARCA PÉREZ, Carmen (2001): “Análisis de los proyectos en materia de terrorismo”, en ZUÑIGA RODRÍGUEZ – MÉNDEZ RODRÍGUEZ – DIEGO DÍAZ-SANTOS (Coords.), *Derecho penal, Sociedad y Nuevas tecnologías*. Madrid: Colex, páginas 101-107.

LAMARCA PÉREZ, Carmen (2007a): “La regulación del terrorismo en el Código Penal español”, en PÉREZ ÁLVAREZ – NÚÑEZ PAZ – GARCÍA ALFARAZ (Coords.), *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Salamanca: Universidad de Salamanca, páginas 359-372.

LAMARCA PÉREZ, Carmen (2007b) “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 41, páginas 6-18.

LAMARCA PÉREZ, Carmen (2008): “La legislación antiterrorista”, en *Treinta años de derechos humanos en España: balance en el año 2007*, Barcelona: Icaria, páginas 57-68.

LAMARCA PÉREZ, Carmen (2010): “Análisis de las reformas penales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo: el caso español”, en SERRANO

PIEDECASAS – DEMETRIO CRESPO (Coords.): *Terrorismo y estado de derecho*, páginas 435-456.

LAMARCA PÉREZ, Carmen (2013) “Noción de terrorismo y clases. Evolución legislativa y político-criminal”, en JUANATEY DORADO (Dir.), *El nuevo panorama del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social*. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, páginas 39-47.

LANDA – BENGOTXEA – ETXEBARRIA – ECHANO - GARRO (2014): *Informe Preliminar al Decálogo para una política penitenciaria conforme a los derechos humanos. El estado actual del derecho penitenciario y su aplicación a los delitos de terrorismo de ETA*. Documento para la Secretaría de Paz y Convivencia del Gobierno Vasco.

LANDA – BENGOTXEA – ETXEBARRIA – ECHANO - GARRO (2015): *Decálogo para una política penitenciaria conforme a los derechos humanos*. Documento para la Secretaría de Paz y Convivencia del Gobierno Vasco.

LANDA GOROSTIZA - MORETIN (2011): “La tortura en la relación a la aplicación de la normativa antiterrorista: una aproximación estadística multifactorial”, en *Eguzkilo*, núm. 25, páginas 49–75.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (2006) “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿hacia dónde?”, en CANCIO MELIÁ -GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Derecho penal del enemigo El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Madrid: Edisofer, páginas. 165-202.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (2010): “La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: Reflexiones críticas”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-10, páginas 1-30.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (2012a): “Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH”, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, páginas 1-25.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (2012b): “Presos: exigencias éticas y jurídicas”, en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*. Bilbao: Universidad de Deusto, páginas 193-202.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (2013): “Paz y Derechos Humanos en Euskadi después del terrorismo de ETA: Hacia la reconciliación”, en JUANATEY DORADO (Dir.), *El nuevo panorama del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social*. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, páginas 155-177.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (2014): *Justicia transicional: Propuestas para el caso vasco*. Pau: Institut Universitaire Varenne.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo (2000a): “La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 4, páginas 1661-1667.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo (2000b): “El marco operativo de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 4, páginas 1667-1673.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo (2003): “El Derecho penal de la seguridad”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 4, páginas 1923-1932.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo (2006): “Réquiem por la Ley Penal del Menor”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 3, páginas 1850-1857.

LAQUEUR - LÓPEZ MUÑOZ (1980): *Terrorismo*. Madrid: Espasa – Calpe.

LAQUEUR, Walter (1997): “El terrorismo postmoderno”, en *Archivos del presente: Revista latinoamericana de temas internacionales*, vol. 3, núm. 9, páginas 37-49.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2004): “¿Qué les corten la cabeza?”, en *Claves de razón práctica*, núm. 145, páginas 34-41.

LEGANÉS GÓMEZ, Santiago (2002): *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*. Madrid: Dykinson.

LLOBET ANGLÍ, Mariona (2007): “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, en *InDret. Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, páginas 1-36.

LLOBET ANGLÍ, Mariona (2010): *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley.

LÓPEZ BOFILL, Héctor (2011): “Prohibición de tortura, violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el punto de vista procedimental”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, páginas 85-94.

LÓPEZ CERRADA, Víctor Manuel (2008): *Acumulación jurídica y fines de las penas*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

LÓPEZ GARRIDO, Diego (1987): *Terrorismo, política y derecho*. Madrid: Alianza editorial.

LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen (2003a): “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, en *Revista española de Investigación Criminológica*, páginas 1-18.

LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen (2003b) “La pena de prisión en España tras las reformas de 2003 y los fines de la pena”, en www.upo.es, páginas 1-14.

LÓPEZ ROMO, Raúl (2014): *Informe Foronda. Los contextos históricos del terrorismo en el País Vasco y la consideración social de sus víctimas 1968-2010*. Eusko Jaurlaritza – Gobierno Vasco/UPV-EHU/Valentín de Foronda.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (2013): “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, páginas 1-22-

MANCO LÓPEZ, Yeison (2010): “El arrepentimiento, la confesión y los premios como prácticas jurídicas en el Derecho Penal”, en *Revista electrónica Facultad de Derecho Ciencias Políticas Universidad Antioquía*, núm. 3, páginas 1-18.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (1981): *Individualización y libertad condicional*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2003): “El cumplimiento íntegro de las penas”, en *Actualidad Penal*, núm. 7, páginas 195-214.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2006): “Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 2, páginas 1325-1331.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2008): *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas*. Granada: Comares.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2011): “Reflexiones sobre el ‘caso Troitiño’, la ‘doctrina Parot’ y los vaivenes jurisprudenciales en materia de terrorismo”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 3, páginas 1531-1540.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2012): “Política penitenciaria, legislación y terrorismo”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 2, páginas 1528-1535.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2014a): “Los beneficios penitenciarios de los terroristas (el comunicado de los presos de ETA)”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 1, páginas 1280-1284.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2014b): “Estatuto de la víctima: comentario a su regulación procesal penal”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 3, páginas 1767-1773.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2015a): *La reforma del Código Penal de 2015*. Madrid: La Ley.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2015b): “La acumulación de penas y la Decisión marco 2008/675/JAI, del Consejo”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 1, páginas 1327-1330.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2015c): “La crisis del sistema penitenciario español de individualización científica”. *Diario La Ley*, Nº 8568 (versión electrónica).

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2015d): *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas*. Granada: Comares.

MAPELLI CAFFARENA - TERRADILLOS BASOCO (1993): *Las consecuencias jurídicas del delito*. 2ª edición. Madrid: Civitas.

MAPELLI CAFFARENA, Borja (1982): *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. Barcelona: Bosch.

MAPELLI CAFFARENA, Borja (2006): "Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas –traducción y comentarios–", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, páginas 1-44
<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>

MAQUEDA ABREU, María Luisa (2003): "Crítica a la reforma penal anunciada", en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, páginas 6-11.

MARCOS RAMOS, María (2011): "Cine documental sobre ETA: una mirada a la realidad", en *Fotocinema. Revista científica de cine y fotografía*, páginas 58-75

MARTÍN BERISTAIN - PÁEZ ROVIRA (2000): *Violencia, apoyo a las víctimas y reconstrucción social: experiencias internacionales y el desafío vasco*. Madrid: Fundamentos.

MARTÍN LÓPEZ, María Teresa (Coord.): *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*. Cuenca: Librería Marcial Pons.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio (2003): "Democracias sin complejos", *El País*, 18 de enero.

MARTINEZ CUEVAS, María Dolores (2002): *La suspensión individual de derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento jurídico español: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*. Madrid: Estudios Jurídicos Comares.

MARTÍNEZ DE MARIGORTA MENÉNDEZ, Alicia (2014): *La doctrina parot*. Trabajo de Fin de Master. Master Universitario en Abogacía. Oviedo, en <http://digibuo.uniovi.es>

MARTÍNEZ GARAY, Lucía – MIRA BENAVENT, Javier (2010): "La responsabilidad penal de las organizaciones terroristas con personalidad

jurídica: especial referencia al caso de los partidos políticos”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14.
http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=409707

MARTÍNEZ GARAY, Lucía (2011): “La reforma “clandestina” del Código Penal por la L.O. 3/2011 y retroactividad de una Ley penal intermedia más favorable en materia terrorista”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 15,
http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=409707

MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, Manuel (1996): “Menores privados de libertad en España”, en *Menores Privados de Libertad*. Cuadernos de Derecho Judicial, t. XV. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, páginas 11-51.

MASFERRER - WALKER (2013): *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law*. UK: Edwar Eldgar.

MATA BARRANCO, Norberto de la (2007): “Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Política criminal y reformas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 11-34.

MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel (2011): “El principio de legalidad en el ámbito penitenciario”, en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 33, núm. 93, páginas 121-166.

MATE RUPÉREZ, Manuel Reyes (2008a): “Reflexiones sobre justicia de las víctimas”, en *Estudios Filosóficos*. Memorias Tercer Congreso Iberoamericano de Filosofía. Universidad de Antioquía, páginas 249-255.

MATE RUPÉREZ, Manuel Reyes (2008b): *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria y reconciliación*. Barcelona: Antrophos.

MATE RUPÉREZ, Manuel Reyes (2012): *Sobre la reconciliación o de la memoria al perdón*”, en *Congreso sobre Memoria y Convivencia*. Bilbao, del 14 al 20 de mayo de 2012, páginas 1-22., en http://www.interior.ejgv.euskadi.eus/r42-440/es/contenidos/nota_prensa/12_ponencias/es_ponencia/ponencias.html
última consulta 21 de junio de 2015.

MATTHEWS, Roger (2009): *Doing Time: An Introduction to the Sociology of Imprisonment*. Second edition. London: Palgrave Macmillan. [Versión en castellano de la primera edición: (2003) *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*]. Barcelona: Bellaterra.

MENDIETA COLMENERO, Javier (2011): *El efecto de las condenas largas de prisión en Cataluña*. Trabajo de Fin de Grado, Universidad Pompeu i Fabra..

MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael (2011): “El caso Troitiño y la doctrina Parot”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 3, páginas 1662-1665.

MESTRE DELGADO, Esteban (1987): *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Madrid: Ministerio de Justicia. Madrid: Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.

MINISTERIO DE JUSTICIA (2005): *Informe evaluación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (ejemplar mecanografiado).

MINISTERIO DEL INTERIOR (2012): *Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley*. Oficina de Comunicación y relaciones Institucionales. www.interior.gob.es (última consulta abril 2012)

MIR PUIG, Santiago (2011): *Derecho penal. Parte general*. 9ª edición. Barcelona: Reppertor.

MIRA BENAVENT, Javier (1995): *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MIRA BENAVENT, Javier (2005): “Un modelo de control penal: el no-Derecho”, en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal. Universidad Internacional de Andalucía, páginas 177-179.

MIRA BENAVENT, Javier (2013a): “La criminalización del entorno político o ideológico de una organización terrorista. Análisis histórico y propuestas para la descriminalización de la Izquierda Abertzale”, en JUANATEY DORADO (Dir.), *El*

nuevo panorama del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, páginas 49-100.

MIRA BENAVENT, Javier: (2013b): “El Derecho penal ante el fin de ETA: la cuestión de la criminalización de su entorno político e ideológico”, *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria = revista de pensamiento e historia*, núm 45, páginas 4-15.

MIRALLES RUIZ-HUIDOBRO - SAURA ESTAPÀ (2013): *Informe “El tiempo de los derechos”*, núm. 31: “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por torturas. Del terrorismo a la criminalización de la disidencia”. Barcelona: Instituto de Derechos Humanos de Cataluña.

MOLINA MANSILLA, María del Carmen (2015): “Comentario a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Los aspectos más destacables de la reforma”, en *Guía práctica sobre la reforma del Código penal por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*. SEPIN, páginas 219-267.

MONTERO HERNANZ, Tomás (2009): “Otros efectos de la “doctrina Parot””, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 3, páginas 1704-1708.

MONTERO HERNANZ, Tomás (2010): “La intervención de comunicaciones en el ámbito penitenciario (a propósito de las escuchas del caso Gürtel)”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 1, páginas 1882-1885..

MORAL GARCÍA, Antonio del (2003): “Recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad”, en *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho judicial*, XVII, páginas 351-414.

MORAL GARCÍA, Antonio del (2011): La intervención de las comunicaciones en centros penitenciarios, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 1, páginas 1718-1720..

MORENO ARRARAS – ZAMORO DURÁN (SIN FECHA): “Las políticas de aislamiento penitenciario La especial problemática del Fichero de Internos de Especial Seguimiento (F.I.E.S)”, en <http://www.grupotortuga.com/IMG/pdf/POLITICAS.pdf>

MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio (2003), “Acerca de las reformas del 2003 al Código Penal español”, en *Nueva Doctrina Penal*, páginas 240 - 241.

MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés (2014): Algunas cuestiones sobre el desarrollo de la Constitución de 1978. Madrid: Dykinson.

MUÑOZ BRUNET, Asunción (2009): *Evolución histórica y legislativa de la libertad condicional en España*. Tesis Doctoral. Universidad de Barcelona.

MUÑOZ CLARES, José (2012): “Sobre la llamada ‘doctrina Parot’”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 18, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=409707

MUÑOZ CONDE, Francisco (1996): “Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada”, en GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI (Dir.), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Sevilla: Universidad de Sevilla, páginas 143-156.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2003): “¿Hacia un Derecho penal del enemigo?”, en *El País* de 15 de enero (www.elpais.com).

MUÑOZ CONDE, Francisco (2005): “El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘derecho penal del enemigo’”, en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal. Universidad Internacional de Andalucía, páginas 167-176.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2007): “Entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, en CAMPO MORENO - GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.). *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, páginas 11-50.

NACIONES UNIDAS (2000): “Las Naciones Unidas y la Justicia de Menores: Guía de las Normas internacionales y las prácticas más idóneas”, en *Revista Internacional de Política Criminal*, núms. 49-50, 1998-1999, Naciones Unidas, Nueva York.

NAVARRO MASSIP, Jorge (2015): “Reforma del Código Penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)”, en *Economist & Jurist*, vol. 23, núm. 190, páginas 14-21.

NIETO GARCÍA, Ángel Juan (2008): “Aspectos jurídicos y criminológicos de la reacción de la sociedad en la ejecución de penas privativas de libertad en el ámbito terrorista”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 2, páginas 1697-1708.

NISTAL BURÓN, Javier (2008): “La “doctrina Parot” un mecanismo necesario para corregir el desajuste entre la pena impuesta y pena cumplida”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 5, páginas 1602-1606.

NISTAL BURÓN, Javier (2009): “El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal. Algunas consideraciones en torno al objetivo prioritario de la pena”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 2, páginas 1535-1547.

NISTAL BURÓN, Javier (2012): “Implicaciones de la justicia victimal en el derecho penitenciario”, en *Eguzkilore*, núm. 26, San Sebastián, páginas 117-129.

NISTAL BURÓN, Javier (2013): “El controvertido periplo judicial de la “doctrina Parot” (De la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional al Tribunal de Estrasburgo)”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 2, páginas 1418-1426..

NISTAL BURÓN, Javier (2015): “La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario”, en *Diario La Ley*, núm. 8555 (versión digital).

OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS (OSPDH). UNIVERSIDAD DE BARCELONA (2012): “Criminalització de la dissidència, expansió del sistema penal i situacions d’abús policial com a respostes davant la situació de crisi econòmica a Catalunya”. 2012. Barcelona: Universidad de Barcelona.
http://www.idhc.org/arxius/recerca/1422615644-20120606_InformeOSPDH.pdf

OLALDE ALTAREJOS, Alberto (2015): *Estudio multidimensional de algunas prácticas de justicia restaurativa en el País Vasco con lentes de trabajo social*. Tesis doctoral. Universidad de Murcia.

OLARIETA ALBERDI, Juan Manuel (1989): “Ley antiterrorista, Audiencia Nacional y derecho de defensa”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 74, páginas 477-504

OLARIETA ALBERDI, Juan Manuel (1994): “La intervención de las comunicaciones del abogado en prisión”, en *Associació Catalana de Juristes democràtes* (Ed.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales: Jornadas Penitenciarias*. Barcelona: J.M. Bosch, páginas 183-194.

OLARIETA ALBERDI, Juan Manuel (1997): “El origen de la Audiencia Nacional”, en *Jueces para la democracia*, núm.29, páginas 29-33.

ORBEGOZO ORONÓZ – PÉREZ MACHÍO – PEGO OTERO (2010): La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo. Especial referencia de la detención incomunicada. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.

ORTS BERENGUER, Enrique (2009) “Comentarios a la STS 197/2006”, en *Revista del Institut Universitari de Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, en www.uv.es/recrim, páginas 27-43.

PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther (2012): *La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador, humano y garantista*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. <http://eprints.ucm.es/16592/1/T33979.pdf>.

PASCUAL RODRIGUEZ, Esther (Coord.) (2013): *Los ojos del otro: encuentros restaurativos entre víctimas y exmiembros de ETA*. Santander: Sal Terrae. Recensión de Margarita Martínez Escamilla en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, núm. 3 <http://www.indret.com/pdf/10060.pdf>

PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther (Coord.) (2014): *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. 2ª edición. Santander: Sal Terrae.

PEITEADO MARISCAL, Pilar (2010): “Instrumentos para la aplicación de la ley penal más favorable: la posible aplicación retroactiva de la LO 5/2010”, en GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (coord.), *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, páginas 267-339.

PÉREZ AGUSTÍ, Adolfo (2003): *El terrorismo*. Madrid: Acento Editorial.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (1995): “Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo”, en FABIÁN CAPARRÓS - DIEGO DÍAZ-SANTOS (Coords.) (1995): *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid: Tecnos, páginas 227-249.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (2006): “El código penal de la seguridad: una involución en la política criminal de signo reaccionario”, en PÉREZ CEPEDA – BERNUZ BENEITEZ (Coords.) *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*. Logroño: Universidad de La Rioja, páginas 223-243.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (2007): “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 95-138.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (2010): “El vigente y autoritario Derecho penal del ‘enemigo’”, en BERNUZ BENEITEZ – SUSÍN BETRÁN (Coord.) *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*. Granada: Comares/Universidad De Zaragoza/Universidad De La Rioja, páginas 45-78.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (2010b): “Definición del delito de terrorismo como un delito internacional”, en SERRANO PIEDECASAS – DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo y estado de derecho*. Madrid: Iustel, páginas 53-80.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (2014): “Justificación y claves político-criminales del proyecto de reforma del Código Penal de 2013”. *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 2, núm. 1, páginas 25-35.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2000): “La discusión actual sobre la delincuencia por convicción”, en *Cuadernos de política criminal*, núm. 71, páginas 373-390.

PÉREZ HERNÁNDEZ - REDONDO-ILLESCAS (1991): “Efectos psicológicos de la estancia en prisión”, en *Papeles del psicólogo*, núm. 48.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1994): *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel.

PÉREZ RIVAS, Natalia (2013): *La víctima y el sistema de ejecución penal en España: referencia a su papel en la ejecución de la pena privativa de libertad*. Tesis Doctoral. Universidad de Santiago de Compostela.

PEREZ RIVAS, Natalia (2014): “Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE”, en *Boletín CeDe UsC. - Editorial*, en revistas.usc.es, páginas 1-10.

PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe (1999): *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*. Granada: Comares.

PLATT, Anthony (1982): *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. México: Siglo XXI editores.

POLAINO NAVARRETE, Miguel (2004): *La reforma penal de 2003. Una valoración crítica*. Madrid: Tecnos.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2002): “La legislación de la lucha contra las no-personas: represión legal del ‘enemigo’ tras el atentado del 11 de septiembre de 2001”, en *Mientras tanto*, núm. 83, páginas 77-91.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2004): “Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo”, en *Jueces para la democracia*, núm. 49, páginas 43-50.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2007): *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant lo Blanch.

QUINTANAR DÍEZ, Manuel (1996): *La justicia penal y los denominados “arrepentidos”*, Madrid: Edersa.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2004): *¿A dónde va el Derecho Penal? Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid: Civitas.

RACIONERO CARMONA, Francisco (2003a): “El proceso de reforma de la ejecución de la pena privativa de libertad: una visión de conjunto”, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 17, páginas 1-3.

RACIONERO CARMONA, Francisco (2003b): "La norma reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria", en *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho judicial*, XVIII, páginas 97-146.

RADBRUCH, Gustav (2005): "El delincuente por convicción". Traducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*. 07-r4, páginas 1- 5.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (2002): "Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del ius puniendi", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 4, 2001-2002, páginas 89-126.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (2007): "Algunos apuntes sobre el carácter retórico de la crítica al Derecho Penal del enemigo", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, págs. 761-774.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (2010): "Una década de mirada problematizada sobre los menores infractores (o lo que subyace a las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 5/200)", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, págs. 665-680.

RANGUGNI, Victoria (1997): "Algunos aspectos de la 'nueva' justicia de menores", en *Panóptico. Ley Penal Juvenil: visiones críticas*, nº 4.

RECHEA – BARBARET – MONTAÑÉS – ARROYO (1995): *La delincuencia juvenil en España: autoinforme de los jóvenes*. Madrid: Universidad de Castilla-La Mancha – Ministerio de Justicia e Interior.

RECHEA ALBEROLA - FERNANDEZ MOLINA (2000): "El reto de la nueva justicia de menores", en *Boletín Criminológico, Instituto Interuniversitario Andaluz de Criminología*, núm. 47, páginas 1-4.

RECHEA, Cristina (1995): *Adolescencia, ¿un sarampión?: delincuencia juvenil en Castilla-La Mancha mediante autoinforme*, Toledo: Consejería de Bienestar Social. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

REDONDO HERMIDA, Álvaro (2009): "La cadena perpetua en el derecho penal español", en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 62, páginas 1-4.

REINARES NESTARES, Fernando (2004): “Ante los desafíos del terrorismo”, en *Tiempo de paz*, núm. 72, páginas 20-27.

REINARES, Fernando (2011): *Patriotas de la muerte. Quiénes han militado en ETA y por qué*. Madrid: Taurus.

REMOTTI CARBONELL - FREIXES SANJUÁN (2009): *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*. Madrid: Colex.

RENART GARCÍA, Felipe (2003): *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico adaptada a la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*. Madrid: Edisofer.

REQUEJO CONDE, Carmen (2000): “Ámbito y aplicación del art. 78 CP”, en *Actualidad penal*, núm. 26, páginas 549-559; y en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2000, t. 5, páginas 1971-1976.

RÍOS GARAIZAR, Paul (2012): “Justicia y convivencia. Memoria y política penitenciaria”, en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*. Bilbao: Universidad de Deusto, páginas 215-224.

RÍOS MARTÍN - CABRERA CABRERA (1998): *Mil voces presas*. Madrid: UPCO.

RÍOS MARTÍN - CABRERA CABRERA (2002): *Mirando el abismo. El régimen cerrado*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

RÍOS MARTÍN – ETXEBARRIA ZARRABEITIA - CASTILLA JIMENEZ – SANTOS ITOIZ - PASCUAL RODRIGUEZ - SANTIESTEVE ROCHE – SEGOVIA BERNABÉ - GALLEGRO DÍAZ (2014): *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la Cárcel*. 7ª edición. Madrid: Colex.

RÍOS MARTÍN - ETXEBARRIA ZARRABEITIA (2012): “El valor de la palabra. Encuentros restaurativos entre víctimas y condenados por delitos de terrorismo”, en *Razón y fe*, t. CCLXV, nº 1359, páginas 71-80.

RÍOS MARTÍN - GALLEGRO DÍAZ (2010): *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

RIOS MARTÍN – OLAVARRIA IGLESIA (2007): “Conclusiones del curso en materia de mediación penal Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España”. Madrid <http://portal.uclm.es/>

RÍOS MARTÍN – SÁEZ RODRÍGUEZ (2014): “Del origen al fin de la doctrina Parot”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, páginas 1-42.

RÍOS MARTÍN *et alter* (2010): “Desenmascarando mitos que sostienen el sistema penal”, primer trimestre, en www.otroderechopenal.com.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos (1993): *El menor infractor ante la ley penal*. Granada: Comares.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos (1995): “Derecho penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones”, en AA VV, *Niños y jóvenes criminales. Prevención. Tipología. Criminología. Procedimiento y Derecho Correccional de menores. Medidas y ejecución*. Granada: Comares.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos (2001): “La ley de Responsabilidad Penal de los Menores, cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligro”, en *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 53, páginas 203-241.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos (2013): *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Donostia-San Sebastián: Gakoa.

RÍOS URIARTE, María Elizabeth (2011): “Bioética y terrorismo”, en *Medicina y ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, vol. 22, núm. 2, páginas 161-171.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (1996). *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*. Barcelona: Bosch.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (2008): *La cuestión carcelaria*. Vol. 2, Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. Buenos Aires: Editores del Puerto.

ROCA AGAPITO, Luis (2003): “Los anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas”, en

La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, t. 2, páginas 1382-1392.

ROCA AGAPITO, Luis (2012): “Análisis del nuevo régimen jurídico-económico de las víctimas del terrorismo”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 1, páginas 1305-1313.

RODRIGO ALSINA, Miguel (1989): “Medios de comunicación y terrorismo: apuntes para un debate”, en *Anàlisi: Quaderns de comunicació i cultura*, núm. 12, páginas 101-110.

RODRIGO ALSINA, Miguel (1999): “El conocimiento del sistema penal: Alarma social y medios de comunicación”, en *Política Criminal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, páginas 73-89.

RODRÍGUEZ AIZPEOLEA - EGUIGUREN IMAZ (2013): *ETA: Las claves de la paz. Confesiones del negociador*. Madrid: Aguilar.

RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel (2013): “Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21/10/2013)”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. LXVI, páginas 251-292.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (2014): “Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Río Prada c. España”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 6, páginas 137-152.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Ana Cristina (2009): «El modelo penitenciario español frente al terrorismo» *La Ley Penal; revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 65, páginas 55-92.

ROLDÁN BARBERO, Horacio (2010): “El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 12-04, páginas 2-16.

ROXIN, Claus (1997): *Derecho penal. Parte general*, Tomo I. Madrid: Civitas.

RUILOBA ALVARIÑO, Julia (2004): “La Sentencia del TEDH en el asunto Martínez Sala y otros c. España, de 2 de noviembre de 2004. Crónica de una

muerte anunciada”, en *Revista española de derecho internacional*, vol. 57, núm. 1, páginas 209-220.

RUIZ MIGUEL, Carlos (1997): *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*. Madrid: Tecnos.

SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón (1996): “El nuevo Código: maximalismo penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 26, páginas 3-7.

SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón (2007) “Juicio penal y excepción. ¿Una involución en el proceso de civilización?”, en CAMPO MORENO - GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, páginas 53-87.

SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón (2011a): “Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos graves. La emergencia de las víctimas”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 8, páginas 71-126.

SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón (2011b): “Notas sobre justicia restaurativa y delitos graves. Dialogando a partir de Reflexiones y su viabilidad”, en MARTÍNEZ ESCAMILLA – SÁNCHEZ ÁLVAREZ (Coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Madrid: Reus, páginas 173-210.

SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón (2012): “En el final del terrorismo: justicia y restauración”. en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*. Bilbao: Universidad de Deusto, páginas 47-66.

SALAS DARROCHA, Josep Tomás (2003): “Notas básicas de la L.O. 7/03 para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas privativas de libertad”, en *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, vol. V, páginas 1-11.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo (2013): “Efectos causados por un legislador compulsivo en el principio constitucional de seguridad jurídica. El ejemplo de las amplificadas tasas judiciales”, en *Estudios de Deusto*, vol. LXI/2, Bilbao, páginas 297-326.

SÁNCHEZ GARCÍA de PAZ, Isabel (1998): *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*. Granada: Comares.

SÁNCHEZ GARCÍA de PAZ, Isabel (2000): “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal*, núm. 33, páginas 699-727.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel (2005): “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7 <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>.

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (2013): “Mis cuatro verdades sobre la doctrina Parot”, en el blog *Al revés y al derecho. Infolibre*, 31-10-2013, http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?page_id=23

SANJUÁN GARCÍA, Pablo (2008): “La redención de penas en la acumulación de condenas”, en *Lex nova: La revista*, núm. 54, páginas 26-27.

SANTANA VEGA, Dulce María (2009): “La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo”, en *Estudios penales*, vol. XXXIX, páginas 447-488.

SANTOS ITOIZ, Eduardo (2008) “Refundición de condena y acumulación jurídica de penas”, en *Legaltoday.com*, <http://www.legaltoday.com>

SANZ DELGADO, Enrique (2007): *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*. Colección Premio Victoria Kent. Madrid: Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

SANZ MORÁN, Ángel (1986): *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. Valladolid: Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones.

SANZ MORÁN, Ángel (2001): “Consideraciones al Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal”, en *Eguzkilore*, núm. 15, páginas 203–212.

SANZ MORÁN, Ángel (2004): “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal*, núm.11, página 11-40.

SANZ MORÁN, Ángel José (2006): “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (A propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo

Penal del Tribunal Supremo, nº 197/2006, de 28 de febrero)", en *Revista de Derecho Penal*, núm. 18, páginas 11-43.

SANZ MULAS, Nieves (2012): "De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günther Jackobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>.

SARMIENTO - MIERES MIERES - PRESNO LINERA (2007): *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Pamplona: Aranzadi.

SAVATER, Fernando (2004): "La lucha contra el terrorismo", en *Archivos del presente: Revista latinoamericana de temas internacionales*, vol. 9, núm. 33, páginas 23-39.

SEGOVIA BERNABÉ, José Luis (2005): "Del sueño de la reinserción a la pura retribución social. Cambio de paradigma y reformas penales", en *Las cárceles de la democracia: del déficit de ciudadanía a la producción de control*. Madrid: Publidisa. Creative Commons, páginas 31-68.

SEGURA GARCÍA, María José (1990): "Reflexiones de urgencia sobre la aplicación de beneficios penitenciarios a reclusos terroristas", en *Cuadernos de política criminal*, núm. 42, páginas 619-634.

SILKE, Andrew (2011): *Psychologie of counter-terrorism*. New York: Routledge.

SILVA SÁNCHEZ - FELIP I SABORIT - ROBLES PLANAS - PASTOR MUÑOZ (2003): "La ideología de la seguridad en la legislación penal", en AGRA *et alter: La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, páginas 113-135.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1997): "El régimen de la minoría de edad penal (art. 19)", en SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: J.M. Bosch, páginas 159-195.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2º edición. Madrid: Civitas.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2012): *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2ª edición. Buenos Aires: B de F.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2015): “¿Legalidad penal líquida?”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, páginas 1-3.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2009): “El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 6, páginas 15–34.

SITARA, Markella (2013): *De los niños en peligro a los niños peligrosos*. Tesis doctoral. Barcelona: Universidad de Barcelona.

SLOAN, Stephen (1998): “Terrorismo y asimetría”, en *Archivos del presente: Revista latinoamericana de temas internacionales*, vol. 4, núm. 15, páginas 125-141.

SOLAR CALVO, Mº del Puerto (2009): “Consecuencias de la Ley Orgánica 7/2003 en el ámbito penitenciario”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 4, páginas 1661-1668.

SOLAR CALVO, Mº del Puerto (2015): “El papel de la libertad condicional tras la última reforma del CP”, en *www.legaltoday.com* , 11 de junio de 2015.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (2006): “Zonas difusas en la configuración del orden contencioso-administrativo”, en *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*. Cuadernos de Derecho Judicial. T. 13. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, páginas 16-67.

SOTO NAVARRO, Susana (2005): “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9 (<http://criminnet.ugr.es>).

SOTO NAVARRO, Susana (2005a): “La delincuencia en la agenda mediática”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 112, páginas 75-130.

SOTO NAVARRO, Susana (2005b): “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-09, páginas 1-46.

STAIGER, Inés (2010): “Restorative Justice and Victims of Terrorism”, en LETSCHERT -STAIGER - PEMBERTON (Eds.), *Assisting Victims of Terrorism – Towards a European Standard of Justice*. Springer, Springer, Dordrecht, London, páginas 267-337.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José (2005): “El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Revista electrónica de ciencia penal criminológica*, núm. 7, páginas 1-20.

TAMARIT SUMALLA - GARCÍA ALBERO - SAPENA GRAU - RODRÍGUEZ PUERTA (2012): *Curso de Derecho penitenciario*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

TAMARIT SUMALLA - GARCÍA ALBERO (2004) *La reforma de la ejecución penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

TAMARIT SUMALLA, Josep (1988): *Libertad ideológica y derecho penal*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

TAMARIT SUMALLA, Josep (1994): *La reparación a la víctima en el derecho penal: estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales*. Barcelona: Fundación Jaume Callís.

TAMARIT SUMALLA, Josep (1998): *La víctima en el derecho penal: de la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima*. Cizur Menor: Aranzadi.

TAMARIT SUMALLA, Josep (2009): “Hechos postdelictivos e individualización de la ejecución”, en ASÚA BATARRITA - GARRO CARRERA (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Bilbao: Universidad del País Vasco, páginas 109-124.

TAMARIT SUMALLA, Josep (2010): “Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición”, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, páginas 1-29.

TAMARIT SUMALLA, Josep (2012a): “Justicia restaurativa y delitos de terrorismo: la respuesta del derecho vigente”, en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*. Bilbao: Universidad de Deusto, páginas.67-86.

TAMARIT SUMALLA, Josep (2012b): “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, núm. 13, páginas 74-93.

TAPIA PARREÑO, José Jaime (2001): “Incidencia de la reforma de la ley penal de menores en materia antiterrorista en los principios inspiradores”, en *Eguzkilore*, núm. 15, páginas 167-182.

TÉBAR VILCHES, Beatriz (2004): *El modelo de libertad condicional español*. Tesis doctoral . Barcelona: Bellaterra.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel (2003): “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 4, páginas 1641-1651.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel (2007): *Las nuevas reglas penitenciarias del consejo de Europa. (Una lectura desde la experiencia española)*. Madrid: Edisofer.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María (1988): *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*. Madrid: Tecnos.

VALBUENA GARCÍA, Esther (2008): “Una paulatina desnaturalización de la Ley del Menor”, en *Foro, Nueva época*, núm. 7, páginas 119-131.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inma (2013): “Tratamiento penitenciario en casos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales”, en JUANATEY DORADO (Dir.), *El nuevo panorama del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social*. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, páginas 135-153.

VALVERDE MOLINA, Jesús (1991): *La cárcel y sus consecuencias*. Madrid: Editorial Popular.

VAN BOVEN, Theo (2003): *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, Theo Van Boven sobre la visita a España del 5 al 10 de octubre de 2003; en el 60º período de sesiones*. (E/CN.4/2004/56/Add.2).

VAQUERO OROQUIETA, Fernando (2012): “¿A quién beneficia la vía Nancrales 2?”, en *Razón española: Revista bimestral de pensamiento*, núm. 174, páginas 100-104.

VARONA MARTÍNEZ, Gema (2012): “Justicia restaurativa en supuestos de victimación terrorista: hacia un sistema de garantías mediante el estudio criminológico de casos comparados”, en *Eguzkilore*, núm. 26, páginas 201-245.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos (2015): *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes orgánicas 1/2015 de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo*, Cizur Menor: Aranzadi.

VEGA ALOCÉN, Manuel (2001): *La libertad condicional en el derecho español*. Madrid: Cívitas.

VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina (2001): *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina (2004): “La libertad condicional y la retroactividad de las disposiciones que la regulan”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 12, páginas 93-113.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna (2006): “Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto del Código Penal”, en *Revista de Política criminal*, núm. 2, páginas 1-31.

VIRGALA FORURIA, Eduardo (1994): “La suspensión de derechos por terrorismos en el ordenamiento español”, en *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 40, páginas 61-132.

VIVES ANTÓN, Tomás (2015): “La reforma penal de 2015: una valoración genérica”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*. 2º edición. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 29-44.

Von TANGEN PAGE, Michael (1998): *Prisons, Peace and Terrorism. Penal Policy in the Reduction of Political Violence in Northern Ireland, Italy and the Spanish Basque Country*, 1968-97. Palgrave Macmillan.

ZAPICO BARBEITO – RODRÍGUEZ MORO (2007); “La Circular F.I.E.S. diez años después: el paradigma de la nueva cultura de la incapacitación”, en Faraldo Cabana, Patricia (Dir.): *Política criminal y reformas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas. 341 a 392).

ZARAGOZA AGUADO, Javier (2013): “Delitos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales”, en JUANATEY DORADO (Dir.), *El nuevo panorama*

del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, páginas 101-110.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (2005): “El principio de culpabilidad en las reformas penales”, en JORGE BARREIRO, A. et alter, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor: Aranzadi, páginas 1093-1107.

ZULOAGA LOJO, Lohitzune (2014): *El espejismo de la seguridad ciudadana. Claves de su presencia en la agenda política.* Madrid: Catara.

NORMATIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PENITENCIARIAS

NORMAS DE LA DIRECCIÓN / SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS

- Circular de 13 de noviembre de 1989, sobre remisión de datos de internos de bandas armadas.
- Circular de 6 de marzo de 1991, sobre creación de FIES RE y NA
- Circular de 28 de mayo, sobre medidas de vigilancia y seguridad especiales para internos F.I.E.S.
- Circular de 2 de agosto de 1991, sobre normas comunes tipo para internos clasificados en primer grado de tratamiento con aplicación del art. 10 de la LOGP
- Circular de 13 de septiembre de 1991, sobre normas de aplicación a internos FIES-RE cuando sean trasladados por razones judiciales, cumplimiento de condena, regimentales, etc.
- Instrucción 8/1995, de 28 de febrero, sobre fichero administrativo de presos
- Instrucción 19/1996, de 16 de diciembre, sobre oficinas de régimen, cumplimiento de condenas, régimen disciplinario
- Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, sobre refundición de circulares e instrucciones sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados
- Instrucción 22/1996, de 16 de diciembre, sobre permisos de salida
- Instrucción 3/2000, de 31 de enero, sobre procedimiento para el cálculo de condenas cuando concurren el CP 1973 y el CP 1995
- Instrucción 9/2003, de 25 de julio, sobre Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la L Orgánica 7/2.003
- Instrucción 2/2004, de 16 de junio, de modificación sobre las indicaciones de la I. 9/2003, para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas

de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio

- Instrucción 2/2005, de 15 de marzo, de modificación sobre las indicaciones de la I.2/2004, para la adecuación del procedimiento de actuación de las juntas de tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.
- Instrucción 6/2006, de 22 de febrero, sobre Protocolo de actuación en materia de seguridad
- Instrucción 9/2007, de 21 de mayo, sobre Clasificación y destino de penados
- Instrucción 17/2007, de 4 de diciembre, del beneficio penitenciario de indulto particular.
- Instrucción 3/2008, de 6 de marzo, sobre salidas de los internos de los centros penitenciarios. Permisos de salida y salidas programadas
- Instrucción 7/2010, de 14 de diciembre, sobre la modificación de la Instrucción 2/2005 en lo relativo al periodo de seguridad (art. 36.2 del Código Penal).
- Instrucción 12/2011, de 29 de julio, sobre internos de especial seguimiento y medidas de seguridad.
- Instrucción 1/2012, de 2 de febrero, sobre permisos de salida y salidas programadas.
- Instrucción 2/2015, de 10 de febrero, sobre revisión de la Instrucción 8/2014, de 11 de julio, y la Orden de Servicio 4/2014, de 1 de octubre. Ficheros FIES de colectivos especiales.
- Instrucción 4/2015, de 29 de junio, sobre aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma del Código Penal en la LO 1/2015 de 30 de marzo.
- Orden de Servicio 4/2014, de 1 de octubre, de actuaciones penitencias en evitación de la radicalización islámica en los Establecimientos penitenciarios
- *Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley de la SGIIPP*, hecho público por el Ministerio del Interior a través de la agencia EFE el 26 de abril de 2012

SECRETARIA DE SERVICIOS PENITENCIARIOS, REHABILITACIÓN Y JUSTICIA JUVENIL

- Instrucción 3/2015, de 30 de junio, sobre determinadas reformas introduïdes per la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març, per la qual es modifica la Llei orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi penal
- Circular 1/2004, de 8 de junio de 2004, de modificaci3n de algunos de los aspectos de la Circular 1/2003, de 22 de septiembre, relativa a las medidas que se deberían adoptar ante de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas
- Circular 1/2003, de 22 de septiembre, relativa a las medidas que se deberían adoptar ante de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas

ELENCO DE RESOLUCIONES JUDICIALES

JURISPRUDENCIA TEDH

STEDH de 30 de septiembre de 1985, c. Can vs. Austria
STEDH de 20 de junio de 1988, c. Schönenberger y Dumez vs. Suiza
STEDH de 28 de noviembre de 1991, c. Scoto vs. Suiza
STEDH de 25 de marzo de 1992, c. Campbell vs. Reino Unido
STEDH de 8 de junio de 1995, c. Jamil vs. Francia
STEDH de 13 de julio de 1995, c. Van Der Tang vs. España
STEDH de 22 de noviembre de 1995, c. S.W. vs. Reino Unido
STEDH de 18 de diciembre de 1996, c. Scott vs. España
STEDH de 25 de marzo de 1998, c. Kopp vs. Suiza
STEDH de 14 de octubre de 1999, c. Riera Blume y otros vs. España
STEDH de 17 de junio de 2003, c. RAF vs. España
STEDH de 2 de noviembre de 2004, c. Martínez Sala y otros vs. España
STEDH de 10 de agosto de 2006, c. Olachea Cahuas vs. España
STEDH de 12 de febrero de 2008, c. Kafkaris vs. Chipre (21906/04)
STEDH de 8 de enero de 2009, c. Iribarren Pinillos vs. España
STEDH de 17 de septiembre de 2009, c. Scoppola vs. Italia
STEDH de 3 de noviembre de 2009, c. Meixner vs. Alemania
STEDH de 22 de abril de 2010, c. Radkov vs. Bulgaria
STEDH de 13 de julio de 2010, c. Tendam vs. España
STEDH de 28 de setiembre de 2010, c. San Argimiro Isasa vs. España
STEDH de 8 de marzo de 2011, c. Beristain Ukar vs. España
STEDH de 28 de setiembre de 2010, c. Mangouras vs. España
STEDH de 24 de julio de 2012, c. B.S. vs. España

STEDH de 16 de octubre de 2012, c. Otamendi Egiguren vs. España

STEDH de 22 de enero de 2013, c. Jaurrieta Ortigala vs. España

STEDH de 21 de octubre de 2013, c. Del Río vs. España,

STEDH de 7 de octubre de 2014, c. Etxeberria Caballero vs. España

STEDH de 7 de octubre de 2014, c. Ataun Rojo vs. España

STEDH de 13 de noviembre de 2014, c. Bodein vs. Francia

STEDH de 3 de febrero de 2015, c. Hutchinson vs. Reino Unido

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE (Sentencia M. Güeye y V. Salmerón Sánchez, 15 setiembre 2011

STJUE Francovich/Bonifaci 1991

STJUE desde el caso Pupino de 2005

STJUE de 3 de mayo de 2005, asunto *Berlusconi y otros*, ECLI:EU:C: 2005

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Declaración 1/2004, de 13 de diciembre

STC del Pleno 105/1988, de 8 de junio

STC del Pleno 56/1990, de 29 marzo

STC del Pleno 78/2010, de 20 de octubre

STC del Pleno 39/2012, de 29 de marzo

STC del Pleno 160/2012, de 20 de septiembre

STC 27/1981, de 20 de julio

STC 62/1982, de 15 de octubre

STC 73/1983, de 30 de julio

ATC 486/1985, de 10 de julio

STC 2/1987, de 21 de enero

STC 42/1987, de 7 abril

STC 199/1987, de 16 de diciembre

STC 3/1988, de 21 enero

STC 101/1988, de 8 junio

STC 19/1988, de 16 de febrero

STC 153/1988, de 20 de Julio

STC 29/1989, de 6 febrero

STC 69/1989, de 20 abril

ATC 373/1989, de 3 de julio

STC 174/89, de 30 de octubre

STC 46/1990, de 15 de marzo

STC 120/1990, de 27 de junio

STC 36/1991, de 14 de febrero

STC 150/1991, de 4 de julio

STC 208/1993, de 28 de junio

STC 72/1994, de 3 de marzo

STC 183/1994, de 20 de junio

STC 197/1994, de 4 de julio

STC 128/1995, de 26 de julio

STC 55/1996, de 28 de marzo

STC 112/1996, de 24 de junio

STC 130/1996, de 9 de julio

STC 170/1996, de 29 de octubre

STC 2/1997, de 13 de enero

STC 8/1997, de 21 abril

STC 128/1997, de 14 de julio

STC 175/1997, de 27 de octubre

STC 200/1997, de 24 de noviembre

STC 58/1998, de 16 de marzo
STC 49/1999, de 5 de abril
STC 202/1999, de 28 de octubre
STC 204/1999, de 8 de noviembre

STC 47/2000, de 17 de febrero	STC 63/2010, de 18 de octubre
STC 109/2000, de 5 mayo	STC 13/2011, de 28 de febrero
STC 120/2000, de 10 de mayo	STC 59/2011, de 3 de mayo
STC 147/2000, de 29 de mayo	STC 68/2012, de 29 de marzo
STC 305/2000, de 11 de diciembre	STC 116/2012, de 4 de junio
STC 28/2001, de 29 de enero	STC 131/2012, de 18 de junio
STC 106/2001, de 23 de abril	STC 12/2013, de 28 enero
STC 8/2002, de 14 de enero	STC 108/2013, de 6 de mayo
STC 98/2002, de 29 de abril	STC 171/2013, de 7 de octubre
STC 192/2002, de 28 de octubre	STC 145/2014, de 22 de septiembre
STC 20/2003, de 10 de febrero	
STC 115/2003, de 16 de junio	
STC 167/2003, de 29 de septiembre	
STC 58/2004, de 19 de abril	
STC 191/2004, de 2 de noviembre	
STC 165/2005, de 20 de junio	
STC 299/2005, de 21 de noviembre	
STC 194/2006, de 19 de junio	
STC 34/2008, de 25 de febrero	
STC 57/2008, de 28 de abril	
STC 77/2008, de 7 de julio	

STC 155/2009, de 25 de junio

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

ATS de 24 de abril de 2001

Sala de lo Penal

STS de 7 de febrero de 1982	STS 798/2000, de 9 de mayo
STS de 28 de junio de 1984	STS 1129/2000, de 27 de junio
STS de 1 de marzo de 1985	STS 330/2001, de 6 de marzo
STS de 15 de diciembre de 1987	STS 2030/2001, de 31 de octubre
STS de 25 enero 1988	STS 47/2002, de 26 de enero
SSTS de 27 de mayo de 1988	STS 671/2002, de 9 de julio
ATS de 25 de mayo de 1990	STS 2117/2002, de 18 de diciembre
STS 1325/1992, de 31 de mayo	STS 290/2005, de 24 de febrero
STS 1985/1992, de 29 de septiembre	STS 342/2005, de 17 de marzo
STS 820/1994, de 8 de marzo	STS 626/2005, de 13 de mayo
STS 755/ 1994, de 15 de abril	STS 926/2005, de 30 de junio
STS 700/1994, de 27 de abril	STS 1003/2005, de 15 de septiembre
STS 1920/1994, de 4 de noviembre	STS 1223/2005, de 14 de octubre
STS 1822/1994, de 20 de octubre	STS 926/2005, de 30 de junio
STS 2279/1994, de 27 de diciembre	STS 197/2006, de 28 de febrero
STS 936/1995, de 3 de noviembre	STS 748/2006, de 12 de junio
STS 151/1996, de 15 de febrero	STS 1215/2006, de 4 de diciembre

STS 557/1996, de 18 de julio

STS 149/2007, de 26 de febrero

STS 2/1997, de 29 de noviembre

STS 1599/1997, de 22 de diciembre

STS de 30 de enero de 1998

STS 309/1998, de 6 de marzo

STS 328/1998, de 10 de marzo

STS 64/1999, de 27 de enero

STS 1369/1999, de 12 de febrero

STS 1144/2010, de 23 de diciembre

STS 207/2011, de 28 de marzo

STS 208/2011, de 28 de marzo

STS 1060/2011, de 21 de octubre

STS 45/2012, de 3 de febrero

STS 47/2012, de 2 de febrero

STS 79/2012, de 9 de febrero

STS 615/2012, de 10 de julio

STS 748/2012, de 4 de octubre

STS 317/2013, de 18 de abril

STS 368/2013, de 17 de abril

STS 922/2013, de 2 de diciembre

STS 14/2014, de 21 de enero

STS 186/2014, de 13 de marzo

STS 874/2014, de 27 de enero de 2015

STS 178/2015, de 24 de marzo

STS 179/2015, de 24 de marzo

STS 235/2015, de 23 de abril

STS 270/2015, de 7 de mayo

STS 315/2015, de 28 de mayo

STS 367/2015, de 11 de junio

Sala de lo Contencioso

STS de 4 de marzo de 2003 (Secc. 7ª, Rec. 156/2001), ponente Gonzáles Rivas

STS de 30 de diciembre de 2008 (Secc. 7ª, Rec. 92/2002), ponente Maurandi Gillén

STS de 17 de marzo de 2009 (Secc. 5ª, Rec. 9576/2004), ponente Peces Morate

STS de 17 de septiembre de 2009 (Secc. 5ª, Rec. 1685/2008), ponente Yagüe Gil

STS de 29 de junio de 2015 (Secc. 3ª, Rec. 183/2014), ponente Bandrés Sánchez-Cruzat

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJPV de 31 de marzo de 2004

AUDIENCIA NACIONAL (SALAS Y JCVP)

SAN, Sección 1ª, 26/2014, de 14 de mayo

SAN, Sección 1ª, 60/2006, de 8 de noviembre

SAN, Sección 2ª, 2/2014, de 25 de marzo

SAN, Sección 2ª, 3/2001, de 30 de enero

SAN, Sección 3ª, 29/2013, de 11 de diciembre

SAN, Sección 3ª, 3/2006, de 24 de enero.

SAN, Sección 3ª, 30/2006, de 25 de abril

SAN, Sección 3º, 3/2010, de 23 de febrero
SAN, Sección 4ª, 10/2011, de 3 de mayo
SAN, Sección 4ª, 11/2007, de 28 de marzo
SAN, Sección 4ª, 18/2002⁶²⁷, de 21 de junio
SAN, Sección 4ª, 28/2003, de 28 de julio
SAN, Sección 4ª, 30/2011, de 4 de noviembre
SAN, Sección 4ª, 35/2003, de 6 de noviembre
SAN, Sección 4ª, 54/2005, de 26 de diciembre

AUTOS⁶²⁸

AAN, Sección 1ª, 330/2013, de 7 de mayo
AAN, Sección 1ª, 623/2015, 28 de julio
AAN, Sección 1ª, 337/2015, de 22 de abril
AAN, Sección 1ª, de 7 de mayo de 2013 (Rec. 252/13)
AAN, Pleno, 30 de mayo de 2003
AAN, Sección 3ª, de 19 de abril de 2011 (Rec. 76/1996)
AAN, Sección 1ª, de 28 de abril de 2011 (Ejec. 4/98)
AAN, Sección 3ª, de 21 de octubre de 2014 (Ejec. 128/2006)
AAN, Sección 3ª, de 9 de junio de 2014 (Ejec. 15/2000)
AAN, Sección 3ª, de 19 de diciembre de 2014 (Ejec. 15/2000)
AAN, Sección 1ª, de 2 de diciembre de 2014 (Ejec. 28/87)
AAN, Sección 1ª, de 2 de diciembre de 2014 (Ejec. 24/05)

⁶²⁷ En el encabezamiento por error se indica 18/2003.

⁶²⁸ En muchas ocasiones los autos no están numerados, por lo que, además de la fecha, se procura aportar otro dato del Auto que permita individualizarlo.

AAN, Sección 1ª, de 2 de diciembre de 2014 (Ejec. 43/88)

AAN, Sección 2ª, de 2 de diciembre de 2014 (Ejec. 25/02)

AAN, Pleno, 65/2015, de 29 de junio

AAN, Sección 1ª, 359/2012, de 19 de septiembre

Providencia AN, Sección 1º, de 4 de marzo de 2015 (Ejec. 4/98)

Auto JCVP de 7 de mayo de 2012 (Expdte. 418/2003 0001]

Auto JCVP de 7 de mayo de 2012 (Expdte. 587/2003 0001]

Auto JCVP de 28 de junio de 2012 (Expdte. 82/2008 0001]

Auto JCVP de 30 de agosto de 2012 (Expdte. 138 /2003 0001]

Auto JCVP de 26 de mayo de 2015 [Peticiónes y quejas 871/2003 0003]