

LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN THE EXPLOITATION OF THE COMPLIANCE OF THE PRISON SENTENCE

Vicenta Cervelló Donderis

Catedrática de Derecho penal

Universitat de València

RESUMEN

Una vez conocida la gravedad de las penas de prisión impuestas a los condenados por la STS 459/2019 de 14 de octubre y el rechazo al periodo de seguridad, se abre la incógnita de su forma de cumplimiento, en especial, las posibilidades de acceso a un régimen de semilibertad. Esta discusión requiere llevar a cabo un análisis de los requisitos legalmente previstos que tome en consideración la importancia que puede tener en su interpretación y aplicación la transferencia de competencias penitenciarias a Cataluña, dada la ubicación de las prisiones en las que se encuentran los penados. La ejecución de la pena debe ser individualizada: además de ser esta una exigencia derivada del mandato constitucional de reinserción social, no tiene por qué ser arbitraria ni vulnerar la seguridad jurídica, siempre que las decisiones penitenciarias se ajusten al marco legal de discrecionalidad, estén suficientemente motivadas y sometidas al control judicial.

PALABRAS CLAVE

Periodo de seguridad, transferencia de competencias penitenciarias, discrecionalidad reglada.

ABSTRACT

Once known the severity of the prison sanctions imposed to those condemned by the sentence of the Supreme Court 459/2019 14th October and the rejection of the period of security, the unknown about their form of enforcement begins, in particular about the possibilities of access to the semi-open regime. This discussion requires the analysis of the legal requirements, consistent with the importance of the interpretation and application of the penitentiary legal regime assigned to Catalonia, where the prisons are located. The enforcement of the penalties must be individualized, which is a requirement derived from the constitutional mandate of social reintegration, and not arbitrary, or in violation of the legal certainty, provided that the penitentiary decisions come to terms with the legal framework of discretion, will be entirely justified and submitted to the judicial control.

KEY WORDS

Security period, transfer of penitentiary competences, regulated discretion.

LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN

Vicenta Cervelló Donderis

Catedrática de Derecho penal
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. Las penas impuestas en la sentencia del *procés*. 3. El periodo de seguridad. 3.1. Significado y funciones. 3.2. La denegación del periodo de seguridad. 4. Posibilidades legales de excarcelación anticipada. 4.1. Criterios a tener en cuenta en las decisiones sobre clasificación penitenciaria. 4.2. Posibilidades de obtención de permisos de salida. 4.3. Relevancia de la transferencia de competencias en materia penitenciaria. 5. Política y ejecución penal. 5.1. El discurso populista sobre la ejecución y su vulneración de la separación de poderes. 5.2. Discrecionalidad reglada como alternativa a la manipulación de la ejecución. Nota. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Tras conocerse el texto íntegro de la STS 459/2019 de 14 de octubre, y a sabiendas de que la complejidad de la misma requería una lectura detallada, el foco de atención se centró en la calificación jurídica de los hechos —el Tribunal Supremo se había decantado por el delito de sedición descartando el delito de rebelión—, pero también en una cuestión no menor, a saber, la gravedad de las condenas impuestas, ya que la amplitud del marco de penalidad solicitado por las partes oscilaba entre veinticinco años de prisión (Ministerio Fiscal), doce años de prisión (Abogacía del Estado) y la libre absolución sostenida por la defensa. Por ello, verificado que casi todas las penas impuestas eran de prisión, la mayoría de ellas incluso superiores a diez años de duración, el punto de interés se desplazaba a las expectativas sobre su forma de cumplimiento y al tiempo que podían tardar los condenados en disfrutar de libertad.

Tales sospechas se basaban en tres cuestiones cuya discusión constituye el núcleo del análisis de los aspectos penitenciarios de la «Sentencia del *procés*». En primer lugar, si el rechazo del Tribunal a aplicar el periodo de seguridad —medida con la que tan solo se limitaba a no impedir una posible clasificación inicial en tercer grado de tratamiento penitenciario— podía significar una autorización implícita de su concesión. En segundo lugar, si la facilidad con la que la Administración penitenciaria puede adoptar decisiones para reconocer el régimen de semilibertad conlleva el riesgo del incremento de estas decisiones

a consecuencia de la transferencia de competencias penitenciarias a Cataluña. En tercer y último lugar, si es correcto utilizar las decisiones penitenciarias, propias de la fase de ejecución, como correctivos de decisiones judiciales consideradas insatisfactorias.

Puede resultar paradójico señalar estas tres cuestiones en un comentario de sentencia. En buena medida, los aspectos penitenciarios no corresponden al momento del enjuiciamiento y fallo, dado que la ejecución es una fase posterior al enjuiciamiento que tiene una normativa y unos órganos decisorios propios. Sin embargo —y lamentablemente—, es cada vez más frecuente que, en el mismo momento de la condena, y como una suerte de corrección de la aparente poca severidad de la ley penal, se cuestione la forma de cumplimiento de la pena de prisión con la pretensión de controlar la modalidad de la condena bajo la premisa de que la ejecución no puede ser ajena a la esencia retributiva de la pena. En el propio fallo condenatorio ya es posible obstaculizar el acceso al tercer grado mediante la imposición del periodo de seguridad, e incluso, tras tener conocimiento del contenido del fallo condenatorio, y aunque no sea propio de este momento procesal, ya comienza a especularse sobre las posibles vías de excarcelación disponibles en la legislación penitenciaria, que dependen de la discrecionalidad de los órganos penitenciarios.

A partir de las penas impuestas en la STS 459/2019, de 14 de octubre, en este trabajo se va a analizar, en primer lugar, la procedencia o no del periodo de seguridad y las posibilidades de acceso al tercer grado y los permisos de salida conforme a las previsiones legales. A continuación se valorará la trascendencia que puede tener en las decisiones penitenciarias la transferencia de competencias relativas a la ejecución penitenciaria a la Generalitat de Cataluña. Por último, se hará una reflexión crítica de la instrumentalización de la modalidad de cumplimiento penitenciario cuando la ejecución se analiza desde una perspectiva meramente retributiva.

2. LAS PENAS IMPUESTAS EN LA SENTENCIA DEL PROCÉS

Atendiendo al fallo condenatorio de la Sentencia objeto de este análisis, los acusados fueron condenados a las siguientes penas:

Oriol Junqueras: 13 años de prisión y 13 años de inhabilitación absoluta con privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Raül Romeva, Josep Turull y Dolors Bassa: 12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta con privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Carme Forcadell: 11 años y 6 meses de prisión y 11 años y 6 meses de inhabilitación absoluta con privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que ten-

ga el penado, aunque sean electivos e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Joaquim Forn y Josep Rull: 10 años y 6 meses de prisión y 10 años y 6 meses de inhabilitación absoluta con privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Jordi Sánchez y Jordi Cuixart: 9 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta con privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Meritxel Borràs, Santiago Vila y Carles Mundó: multa de 10 meses con una cuota diaria de 200 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local por tiempo de 1 año y 8 meses.

A la vista de las penas impuestas, son varias las cuestiones que pueden despertar interés en relación con las consecuencias punitivas de los hechos juzgados.

Dado que se trata de penas de prisión superiores a dos años, queda descartada la suspensión de la ejecución de la pena, medida que habría podido impedir el ingreso en prisión siempre que concurrieran los demás requisitos legales y el sometimiento a las condiciones impuestas por el Tribunal.

Las penas de prisión superiores a cinco años —todas las de la Sentencia lo son— facultan al Tribunal para imponer el periodo de seguridad, medida cuya aplicación había reclamado el Ministerio Fiscal y que fue rechazada por las razones que más adelante se exponen.

La inhabilitación absoluta es, junto a la de prisión, la pena principal del delito de sedición. Por ello, ha sido impuesta a los condenados por este delito, es decir, a todos los enjuiciados menos a los Sres. Borràs, Vila y Mundó. A estos últimos se les ha impuesto la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público porque es la pena principal —junto a la pena de multa— del delito de desobediencia. Ello explica que en ambos casos no se haya hecho uso de penas accesorias al encontrarse su contenido ya incluido en la pena principal.

En virtud del art. 58.1 CP, el tiempo de prisión preventiva cumplido se abonará en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena impuesta, lo que se realizará en la liquidación de condena elaborada por el centro penitenciario, que debe fijar la condena total, el día de inicio y de fin de la condena, y los días de prisión preventiva cumplidos que se restarán del total de la pena a cumplir, afectando, por tanto, a la fecha de salida de la prisión.

En relación con las penas privativas de derechos impuestas, deberá procederse de acuerdo con el art. 58.4 CP, lo que nos lleva a valorar la medida cautelar de suspensión del ejercicio de cargo público acordada para algunos procesados por delito de rebelión, prevista en el art. 385 bis de la LECrim. Si bien es cierto que la medida cautelar es la suspensión del ejercicio de cargo público y la pena impuesta la privación definitiva del mismo, al encontrarse en relación progresiva no debería haber problema para entender que la privación definitiva comprende la imposibilidad de ejercicio. Por lo tanto, el tiempo de suspensión cumplido cautelarmente debería restarse del total de cumplimiento de la pena de inhabilitación impuesta; menos satisfactoria es la solución del abono parcial o compensación prevista en el art. 59 CP para los supuestos en los que la medida cautelar y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, como en el caso de los días de comparecencia periódica ante órgano judicial como medida cautelar asociada a la libertad provisional que son compensados proporcionalmente con días de prisión, dado que, aunque en ambas se restringen derechos, a diferencia del caso que nos ocupa, claramente son de distinta naturaleza.

3. EL PERIODO DE SEGURIDAD

3.1. SIGNIFICADO Y FUNCIONES

La Ley 7/2003, de 30 de junio, de reforma del Código penal español reguló el periodo de seguridad en el art. 36.2 CP como un requisito adicional para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria. Se trataba de incorporar un elemento estrictamente temporal para poder acceder al régimen abierto, previsión inexistente desde que el RD 1764/1993 suprimiera la necesidad de un tiempo mínimo de estancia de dos meses contemplada en el Reglamento de 1981, y estableciera que bastaba un periodo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del interno. Esta misma precaución fue mantenida por el Reglamento Penitenciario de 1995 con el fin de dar la máxima amplitud al sistema de individualización científica, basado en el estudio personal de las necesidades y evolución de cada interno y no en periodos predeterminados por la ley propios del tradicional sistema progresivo. Por esa razón, y por la distorsión que provocaba en el reconocido sistema penitenciario creado por la LOGP en 1979, se añadía la posibilidad de que fuera modificado por el juez de vigilancia para volver al régimen general, lo que no evitó que el periodo de seguridad fuera considerado por la doctrina como un grave y preocupante retroceso, dado que suponía cercenar el sistema de individualización científica y volver a un modelo ya superado por su excesiva objetividad y rigidez que marginaba las expectativas de reinserción social diseñadas por el equipo técnico y priorizaba el automatismo de los datos temporales.

El objetivo subyacente era limitar el pronto acceso al tercer grado de los internos condenados a las penas de mayor gravedad. Aunque su inspiración era el modelo francés —que lo limitaba a los delitos de terrorismo—, en su incorporación al Código Penal español se abrió a todas las penas de prisión de más de cinco años de duración, lo que confirmaba la relevancia de los fines retributivos y preventivo generales en la ejecución, aunque tratara de

paliarse con la posibilidad de revocación para no cerrar totalmente las puertas al sistema resocializador, pero ni siquiera en este caso a todos los delitos.

El protagonismo de elementos como los plazos temporales que, por su excesiva objetividad, son ajenos a la ejecución, redundan en el menoscabo de los instrumentos más ajustados a la individualización como las características personales del penado. Además, el periodo de seguridad iba acompañado de una mayor intervención judicial en la clasificación penitenciaria que hasta ese momento solo tenía lugar en caso de interposición de recurso. De esta manera, al imponer el tribunal sentenciador el periodo de seguridad y revocarlo el juez de vigilancia, se permitía que, en todo caso, fueran los órganos judiciales los que tomaran la iniciativa tanto para bloquear el tercer grado como para desbloquearlo; de otra manera, solo podrían intervenir en caso de interposición de recurso, dado que en el procedimiento general las propuestas de clasificación en tercer grado las formula la Junta de Tratamiento para ser autorizadas por el Centro Directivo, es decir, quedan a plena disposición de la Administración, salvo que se presente recurso de alzada por el interno o el Ministerio Fiscal ante el juez de vigilancia, con posterior posibilidad de recurso de reforma ante el propio juez de vigilancia y recurso de apelación ante el tribunal sentenciador.

La objetivización de la clasificación penitenciaria y su mayor intervención judicial vinculaba, además, la imposición del periodo de seguridad a las penas de más de cinco años, con lo cual se introducía la vertiente retributiva en la ejecución, de manera que la gravedad de la condena fuera uno de los condicionantes para disfrutar o no de tercer grado, como lo demuestra que inicialmente fuera obligatorio para todas las penas de más de cinco años, sin posibilidad de revocación en el caso de los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Todos estos argumentos quedan plasmados en la justificación que hace la exposición de motivos de la Ley 7/2003 de 30 de junio de la necesidad de introducir el periodo de seguridad: «[...] para servir de puente entre el ordenamiento penal y penitenciario, ya que a la hora de determinar la proporcionalidad de las penas, su concreta extensión y su adecuación a los fines de prevención general y especial, no pueden hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciaria. En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y libertad condicional puede hacer que la pena prevista en el Código Penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida».

La motivación de la reforma era, pues, clara: impedir el acceso inmediato al tercer grado de clasificación en delitos especialmente graves (considerando como tales todos los que llevan aparejada la condena a una pena superior a cinco años), ya que la amplia discrecionalidad existente en el cumplimiento de la pena exige su mayor concreción para que se lleve a cabo de forma «íntegra y efectiva» con el fin de que la certeza del castigo mejore la seguridad jurídica. Con ello trata de integrarse la forma de cumplimiento en la proporcionalidad de la pena impuesta con el propósito de extender la seguridad jurídica a la ejecución, pese a que los fines de esta última no coinciden con los de la determinación judicial, entre otros motivos por prevalecer la forma individual más adecuada de cumplimiento, sin que sea determinante la duración y efectividad de la pena.

La reforma del periodo de seguridad operada por la LO 5/2010 de 22 de junio parece atender las numerosas críticas vertidas contra el carácter punitivo, norretribucionista y opuesto a la reeducación y reinserción social del periodo de seguridad. La nueva regulación dispone que tal restricción de acceso al tercer grado solo debe aplicarse a delitos de extrema gravedad —dado que resulta innecesaria su previsión con carácter general para todos los delitos sancionados con penas de más de cinco años— y lo convierte en un sistema opcional para el tribunal sentenciador. Así, la redacción actual del Código Penal prevé un doble modelo de periodo de seguridad: un supuesto general, opcional y revocable para penas de prisión impuestas superiores a cinco años, y un supuesto excepcional, obligatorio y no revocable para un listado cerrado de delitos como son los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, delitos del artículo 183 y delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II del CP, cuando la víctima sea menor de trece años, en los que sigue atribuyéndose a la inculcación un carácter preferente.

Dado que los delitos por los que se condenó a los acusados en la Sentencia objeto de análisis no entran en el listado del periodo de seguridad obligatorio, la decisión de su adopción quedaba en el marco del supuesto opcional. Es especialmente relevante el hecho de que el Código Penal no contemple ningún criterio orientativo para el tribunal sentenciador ni prevea la necesidad de oír a las partes, vacíos que propician un total arbitrio judicial que contrasta con la revocación por el juez de vigilancia, supuesto en el que el texto legal ofrece criterios orientativos y establece la necesidad de oír a las partes.

3.2. LA DENEGACIÓN DEL PERIODO DE SEGURIDAD

Dada la ausencia de criterios legales para adoptar el periodo de seguridad, su concesión queda bajo la total discrecionalidad del tribunal sentenciador, teniendo en cuenta que la duración de la pena es un requisito consustancial al mismo y que, por tanto, solo si las partes lo han solicitado o si el tribunal lo explica en su fundamentación, es posible conocer los motivos que justifican tanto su solicitud como su denegación y valorar si se trata de una decisión ajustada a Derecho.

En sus conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal solicitó la aplicación del periodo de seguridad contemplado en el art. 36.2 CP con esta escueta frase: «Se interesa la aplicación del art. 36.2 del Código Penal, en los términos que establece la citada previsión legal». Más allá de que esta lacónica fórmula pueda ser suficiente —dada la ausencia de criterios legales para su adopción—, la solicitud no parece coherente si se toma en consideración que se trata de una medida excepcional que supone una importante restricción del derecho a progresar en la clasificación penitenciaria y a disfrutar del régimen abierto —que es, precisamente, el más idóneo para dar cumplimiento al mandato constitucional de resocialización—.

La Sala es algo más elocuente en su denegación, pero es consciente de que dispone de plena libertad para decidir o no su imposición debido a la falta de criterios legales expresos. Reconoce que es una medida asociada a las penas graves que le permite incidir directamente en la progresión de grado y advierte que «[...] no puede ser interpretada como un meca-

nismo jurídico para evitar anticipadamente decisiones de la Administración penitenciaria que no se consideren acordes con la gravedad de la pena y que, en su caso, estas decisiones tienen su cauce impugnativo ordinario y pueden ser objeto de revisión». Asimismo, sostiene que el art. 36.2 CP otorga al tribunal la facultad de «[...] efectuar un pronóstico de peligrosidad que preserve los bienes jurídicos que fueron violentados por el delito». Son tres las conclusiones que pueden extraerse de estas líneas: la Sala parece ratificar el carácter excepcional de la imposición del periodo de seguridad; además, rechaza que su función sea suplantar las decisiones penitenciarias consideradas no acordes con la gravedad de la pena, pero advirtiendo que podrán ser revisables por vía de recurso ordinario; y, finalmente, fundamenta su rechazo a la aplicación del periodo de seguridad en la valoración de la peligrosidad criminal.

Veamos la importancia de cada una de las afirmaciones a las que recurre el Tribunal Supremo para denegar la imposición del periodo de seguridad.

En primer lugar, se trata de una facultad del tribunal sentenciador, lo que exige tener en cuenta la evolución que ha experimentado el periodo de seguridad desde su incorporación: si en 2003 era un requisito obligatorio para todas las penas de más de cinco años —y revocable en todo caso, salvo en los delitos de terrorismo y en los cometidos por organizaciones criminales—, en 2010 se modifica su regulación y pasa a ser opcional y revocable de forma general para todas las penas de más de cinco años —pero obligatorio y no revocable solo en un listado cerrado de delitos—. Las razones esgrimidas para suprimir el innecesario automatismo que generalizaba su aplicación a todas las penas de más de cinco años eran que bastaba con reservar su obligatoriedad a un listado muy selectivo de delitos de extrema gravedad y para el resto dejarlo como opcional con la finalidad de que el tribunal «[...] adecuara la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente garantizando la resocialización como primordial finalidad constitucional de la pena, sin perjuicio de otros fines legítimos de la misma» (exposición de motivos de la LO 5/2010).

En este caso, haciendo uso de su plena facultad decisoria, el Tribunal rechaza la imposición del periodo de seguridad. Sin embargo, las razones alegadas para fundamentar su decisión son desconcertantes, ya que, cuando advierte que su misión no es suplantar las decisiones penitenciarias que no se ajusten a la gravedad de la pena, la confusa redacción de ese concreto tramo de su resolución no aclara si admite que las decisiones penitenciarias deben tener necesariamente en cuenta el efecto retributivo y preventivo general en la modalidad de cumplimiento. De hecho, recuerda que, de no ser así, podrá abrirse la vía ordinaria de impugnación, aunque más adelante se oponga a la aplicación del periodo de seguridad basándose en la falta de peligrosidad criminal.

La regulación del periodo de seguridad ha generado especulaciones y debates teóricos sobre su finalidad: bien valorar la peligrosidad del condenado para bloquear su acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria en función de la tipología e historial delictivo, bien asociar su imposición a criterios retributivos y preventivo generales basados en la necesidad de la infalibilidad de la pena y la certeza de su cumplimiento, perspectiva, esta última, que no solo no se corresponde con los criterios que la legislación penitenciaria prioriza

a la hora de proceder a la clasificación, sino que se aparta, también, de la preferencia por la orientación preventivo especial sobre otros fines de la pena plasmada en el art. 25.2 CE.

Cuando el Tribunal Supremo decide no inmiscuirse en las decisiones penitenciarias parece distinguir dos momentos. Por un lado, la posibilidad de aplicar el periodo de seguridad —previsión que, si bien permite al tribunal sentenciador incidir directamente en la progresión de grado, no puede interpretarse como un mecanismo para evitar decisiones penitenciarias que no sean acordes con la gravedad de la pena, sino únicamente para valorar la peligrosidad de los condenados a penas graves—. Por otro lado, la fase de ejecución, donde la garantía de que no se tomen decisiones penitenciarias contrarias a Derecho es la posibilidad de recurrir de la que dispone el Ministerio Fiscal para que un órgano judicial pueda anularlas.

De esta forma, aunque podría entenderse que confía en que no se conceda el tercer grado en sede penitenciaria, y que, en caso que se conceda de forma prematura y el Ministerio Fiscal recurra, como tribunal sentenciador que debe conocer del recurso de apelación, según establece la DA 5 LOPJ, es posible que revise su decisión, habría que matizar que, si el Tribunal rechaza la imposición del periodo de seguridad por la inexistencia de peligrosidad, como veremos más adelante, no tiene mucho sentido que después impida el acceso al tercer grado concedido por las autoridades penitenciarias basándose en criterios relacionados con el tipo de delito o la duración de la pena, ya que, si para justificar el rechazo del periodo de seguridad ha recurrido a una argumentación basada en la prevención especial, estos no deberían sustituirse por una fundamentación anclada en la prevención general o la retribución en el caso de una hipotética interposición del recurso de apelación contra la clasificación en tercer grado.

Hechas estas confusas declaraciones, el Tribunal Supremo explica a continuación los motivos que le llevan a denegar la imposición del periodo de seguridad por no concurrir las circunstancias que justifican su aplicación. La Sala sostiene que el art. 36.2 CP le atribuye la facultad de «[...] efectuar un pronóstico de peligrosidad que preserve los bienes jurídicos que fueron violentados por el delito», extremo que, por cierto, no aparece en el texto legal ni en la exposición de motivos, a diferencia de la previsión de la revocación por el juez de vigilancia, en la que sí que se establece que se tendrá en cuenta el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento, y procede a formularlo en estrecha relación con el contenido de la pena de inhabilitación impuesta.

No parece haber un amplio consenso en que el fundamento del periodo de seguridad sea la peligrosidad criminal, ya que los motivos que provocaron su aparición fueron claramente retributivos y preventivo generales: bloquear el tercer grado en las penas graves. Por ello, el hecho de que la reforma cambiara el sistema obligatorio por el opcional no modificó su naturaleza, más allá de permitir al tribunal sentenciador discriminar dentro de las penas de más de cinco años aquellas que merezcan la restricción del derecho a ser clasificado conforme a las necesidades de tratamiento y evolución de la conducta. Así, el adelantamiento del momento de la decisión sobre su adopción a la fase de enjuiciamiento y fallo tiene más sentido en el enfoque retributivo que en el preventivo especial, ya que, pese a que la clasi-

ficación penitenciaria se rige claramente por esta última finalidad, el tribunal sentenciador no dispone de los medios ni de la información suficientes para valorar la probabilidad de que el condenado delinca en el futuro.

Quizá esto explique que, en la formulación del pronóstico de peligrosidad que indique que no es probable que los condenados delinca en el futuro de los condenados, todo el peso se haga recaer en la pena de inhabilitación absoluta y la correspondiente privación del derecho de sufragio pasivo y de asumir las responsabilidades públicas que los condenados ejercían en el momento de los hechos. Por lo tanto, no hay valoración de las circunstancias personales ni de datos relacionados con los efectos resocializadores del cumplimiento de la pena de prisión, sino exclusivamente una referencia al contenido asegurativo de la pena de inhabilitación que impide el ejercicio de empleos públicos y de ser elegido para cualquier cargo público, con lo que la comisión del delito se vincula al ejercicio de cargos públicos.

Como consecuencia de ello, en lugar de valorar la necesidad o no del cumplimiento de la pena en un centro penitenciario por no plantear objeciones a la posibilidad de clasificación en régimen abierto cuando las autoridades penitenciarias así lo decidan, se estima que, como han sido condenados a pena de inhabilitación, no hay posibilidad de reiteración delictiva mientras no puedan ser elegidos para cargo público ni asumir responsabilidades políticas. Esto está reñido con el último párrafo, en el que, obviando estas consideraciones sobre la inhabilitación, vuelve a recordar la posibilidad de que, llegado el caso, el recurso del Ministerio Fiscal y la revisión judicial de las decisiones administrativas que se consideren contrarias a Derecho garantizan el cumplimiento de la legalidad.

La cuestión que se deja abierta es la determinación de lo que, en su caso, podrá ser entendido como decisiones «contrarias a Derecho», es decir, no aclara si esta expresión hace referencia a aquellas decisiones que no se correspondan con la gravedad de la pena —por ejemplo, un tercer grado inicial en el caso de la imposición de penas de nueve a trece años de prisión— o a aquellas que no respondan a un pronóstico individualizado de cumplimiento y progresión —como parece señalar la Sala—, interpretación, esta última, que podría referirse a las decisiones poco fundamentadas o generalizadoras que no detallen las especiales circunstancias de cada uno de los penados.

La conclusión de todo lo expuesto es que, si el Tribunal Supremo no aplica el periodo de seguridad en la Sentencia, es porque no exige que deba cumplirse la mitad de la condena antes de acceder al tercer grado ni se opone, en principio, a una eventual clasificación en tercer grado cuando las autoridades penitenciarias así lo consideren oportuno. Por lo tanto, no tiene sentido que ese mismo Tribunal se oponga posteriormente a la misma por vía de recurso ordinario, salvo que, sin exigir el cumplimiento de la mitad de la condena, espere implícitamente un mínimo de cumplimiento en prisión, algo que, por cierto, la LOGP no exige. Pero es que, además, si para denegar el periodo de seguridad ha bastado la falta de peligrosidad criminal en el contenido de la pena de inhabilitación que los penados están cumpliendo, sin hacer referencia a que la necesidad de cumplimiento pueda ser incompatible con el cumplimiento en semilibertad —dado el carácter retributivo, intimidatorio o ejemplarizante de la pena de prisión—, sigue sin tener sentido que, en caso de que sean

clasificados en tercer grado por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario donde cumplan condena, se recuperen como argumentos algunas referencias no utilizadas hasta el momento —así, la gravedad de la pena o su finalidad preventivo general—, ya que, si la denegación se basa en la falta de peligrosidad criminal de los penados por la imposibilidad de que cometan del delito mientras cumplan la pena de inhabilitación, su posible acceso al tercer grado no debería ser un impedimento mientras sigan cumpliendo la pena privativa de derechos que les impide ejercer cargos públicos.

4. POSIBILIDADES LEGALES DE EXCARCELACIÓN ANTICIPADA

Como ha señalado al inicio, el rechazo del Tribunal a imponer el periodo de seguridad en la sentencia condenatoria disparó todas las alarmas sobre la posibilidad de que los penados accedieran inmediatamente al tercer grado y disfrutaran de permisos de salida. Así, se cuestionó la objetividad de las decisiones de las autoridades penitenciarias y se sugirió que la única manera de garantizar que no se burlara la ley era que Cataluña perdiera su competencias en materia penitenciaria, propuesta que, más allá de su dudosa constitucionalidad, entraña de inicio tres errores: en primer lugar, la asunción de que la denegación del periodo de seguridad en la sentencia constituye una garantía de acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria —tesis que ignora el carácter excepcional del primero y la naturaleza residual, en términos generales, del segundo—; en segundo lugar, la afirmación de que, pese a ello, clasificar en tercer grado a los penados sería en todo caso de una decisión injusta y arbitraria —pese a que la flexibilidad del sistema penitenciario español no impide expresamente un tercer grado desde el inicio de la condena—; y en tercer lugar, la convicción de que el eventual acceso a cualquier ventaja penitenciaria de estos penados solo podría explicarse por la poco confiable ejecutoria de los responsables de las prisiones catalanas, una tesis que trae causa de la suspicacia que en amplios sectores genera la transferencia de competencias penitenciarias a Cataluña; sus sostenedores ignoran, sin embargo, que la legislación es común a todo el territorio nacional, que toda decisión penitenciaria está sometida a control judicial y que los órganos jurisdiccionales son, también, de ámbito estatal.

A continuación se expondrán las posibilidades de cumplimiento que deja abierta la Sentencia 459/2019 como consecuencia directa de la no imposición del periodo de seguridad. Ello implica analizar las posibilidades de excarcelación anticipada legalmente previstas en la normativa penitenciaria de ámbito estatal teniendo en cuenta su correspondiente procedimiento de aplicación y las eventuales diferencias que puedan derivarse del alcance de la competencia penitenciaria transferida y considerando que, en todo caso, el control legal y judicial previsto para garantizar el cumplimiento de legalidad en la ejecución tiene como objetivo no permitir actuaciones que sobrepasen el marco legal de actuación.

4.1. CRITERIOS A TENER EN CUENTA EN LAS DECISIONES SOBRE CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA

El primer acto de relevancia penitenciaria de un sujeto que ha sido condenado a pena de prisión es la clasificación en primero, segundo o tercer grado, ya que esta operación determina su ubicación en el módulo correspondiente, las actividades que va a poder desarrollar —laborales, educativas, ocupacionales o de ocio—, las medidas de vigilancia y control que va a soportar y la posibilidad de acceder a permisos de salida. Según establece el art. 103 Reglamento Penitenciario (en adelante, RP), en el plazo máximo de dos meses desde que se recibe el testimonio de sentencia en el centro penitenciario, tras un periodo previo de observación para recoger datos y formular un programa de tratamiento, la Junta de Tratamiento realizará la propuesta de clasificación para que en dos meses más resuelva el Centro Directivo de forma escrita y motivada. Notificada tal decisión al interno, cabrá recurso de alzada ante el juez de vigilancia, recurso posterior de reforma ante el mismo órgano y de apelación ante el tribunal sentenciador. Cuando se trate de resoluciones de clasificación en tercer grado, se notificarán en tres días al Ministerio Fiscal para que pueda interponer recurso.

Lo elementos más relevantes de este somero procedimiento de clasificación son, en primer lugar, el plazo máximo de dos meses, prorrogable a dos más, que tendrá que esperar el penado hasta conocer la decisión adoptada sobre su situación penitenciaria; en segundo lugar, el órgano competente para tomar tan trascendente decisión —la Junta de Tratamiento, que en principio es un órgano con perfil más tratamental que regimental—, que se limitará a formular una propuesta que posteriormente deberá ser ratificada por el Centro Directivo; por último, el hecho de que, en todo caso, el acuerdo de clasificación que se notifique al interno podrá ser recurrido por este o por el Ministerio Fiscal ante el juez de vigilancia y ante el tribunal sentenciador. Todo ello evidencia que se trata de una decisión que ha de tomar un órgano administrativo siguiendo los requisitos legales, haciendo uso de una discrecionalidad legalmente autorizada que está sometida a control judicial.

De la lectura de los requisitos legales que han de cumplirse para proceder a la clasificación penitenciaria puede comprobarse que la propuesta de clasificación es formulada por órgano colegiado constituido por profesionales del centro penitenciario y que la misma tiene que ser ratificada por el Centro Directivo. Si en el ámbito nacional el Centro Directivo es la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, dependiente del Ministerio del Interior, en el caso de Cataluña el Centro Directivo es la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a las víctimas del Departamento de Justicia, anterior Dirección General de Servicios Penitenciarios.

El art. 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante, LOGP) establece que para decidir el grado de clasificación del penado se tendrá en cuenta la personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena, el medio al que retornará y los recursos disponibles en cada momento. De todos estos elementos, el único que tiene carácter objetivo es la duración de la pena, ya que el resto depende de la valoración de la Junta de Tratamiento. El hilo conductor de todo el procedimiento de

clasificación es el sistema de individualización científica, caracterizado por su gran flexibilidad y su revisión cada seis meses. Es significativo que, si no se ha impuesto el periodo de seguridad, no hay inconveniente para que el penado acceda desde el inicio al tercer grado, siempre que, como señala el art. 104.3 RP, su historial delictivo y su integración social sean especialmente favorables, ya que los requisitos generales son muy amplios y se limitan a exigir que las circunstancias personales y penitenciarias de los internos les capaciten para vivir en semilibertad.

A ello hay que añadir que, desde la reforma de 2003, el acceso al tercer grado se condiciona además a que el interno haya satisfecho las responsabilidades civiles impuestas en la sentencia, con una especial incidencia en un listado de delitos entre los que se encuentra precisamente la malversación. Sin embargo, la falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad civil debida a su remisión al Tribunal de Cuentas para su determinación por la jurisdicción contable no supone, de momento, un obstáculo para los condenados.

Una vez descartada la posibilidad de que los condenados por la STS 459/2019, de 14 de octubre, puedan ser clasificados en primer grado o régimen cerrado porque no responden a los criterios de peligrosidad extrema o inadaptación recogidos en el art. 10 LOGP, queda la opción de que sean clasificados en segundo grado o en tercer grado, o incluso, en el primer caso, de que se recurra a la combinación de ambos permitida por el art. 100.2 RP. Así, los posibles espacios de semilibertad ordenados de menos a más y de forma progresiva pueden ser ordenados de la forma siguiente: clasificar en segundo grado, clasificar en segundo grado y aplicar el art. 100.2 RP —que recoge el principio de flexibilidad y permite, por tanto, aplicar a los condenados algunas características del tercer grado—, clasificar en tercer grado restringido limitando el alcance de los permisos de salida o clasificar en tercer grado en cualquiera de sus modalidades —la salida durante el día con la obligación de regresar al centro a pernoctar, o la semilibertad sin obligación de pernoctar en el centro si el condenado se somete al control telemático o reside en una unidad dependiente—.

Con carácter general, son, por tanto, tres las modalidades de tercer grado en relación con su contenido, y tres más en relación con la forma y lugar de cumplimiento: quedan, además, otros supuestos específicos previstos para enfermos, ancianos o drogodependientes. En conjunto, todas estas opciones muestran las diversas opciones disponibles para que los penados puedan disfrutar de la semilibertad.

En este sentido, en los supuestos generales mencionados en relación al contenido y extensión del tercer grado, y teniendo en cuenta que el cumplimiento penitenciario se basa en una progresión, se pueden dar las siguientes posibilidades:

a) *Estar clasificado en segundo grado.* Se trata del régimen ordinario, caracterizado por las medidas de seguridad basadas en el logro de una convivencia ordenada y la posibilidad de realizar actividades de trabajo y formación. En este supuesto, lo más atractivo para los penados es que una vez cumplan una cuarta parte de la condena pueden disfrutar de hasta treinta y seis días de permisos de salida al año si la Junta de Tratamiento del centro lo acuerda. Hay que destacar que, siendo relevante que si los permisos duran menos de dos

días solo necesitarán la aprobación del Centro Directivo. Hay que señalar que durante todo el periodo en el que los penados se encuentran en situación de preventivos en el centro y hasta el momento de la clasificación cumplen este régimen de vida, con la excepción de la posibilidad de disfrutar de permisos de salida.

b) Estar clasificado en segundo grado con las características de la vida en semilibertad propia del tercer grado en virtud del art. 100.2 RP. El equipo técnico del centro penitenciario puede proponer a la Junta de Tratamiento que adopte un modelo de ejecución mixto en el que se combinen las características de distintos grados penitenciarios. Para ello, es necesario que la propuesta se fundamente en un programa específico de tratamiento, que se justifiquen las razones que no permiten llevarlo a cabo de otra forma y que se describan los elementos específicos del cumplimiento; también es importante destacar que, aunque se requiera la ulterior aprobación del juez de vigilancia, su ejecución es inmediata, lo que le da un cierto carácter provisional.

Es reseñable que, en la actualidad, y aun considerando su excepcionalidad, se trata de un mecanismo cada vez más utilizado por el juego que da a la progresión, en la medida en que acorta las distancias entre unos grados y otros y prepara de manera escalonada para progresar de grado y permite, por ejemplo, que antes del paso al tercer grado se mantenga la permanencia del interno en el segundo grado pero con posibilidad de salir del centro a diario para trabajar o realizar actividades o de tener permisos de salida de fin de semana. Por ese motivo, al tratarse de una modulación de la rigidez del segundo grado, este régimen se plantea como una oportunidad para facilitar la vida penitenciaria a internos que, por sus especiales características, pueden hacer un buen uso de esta variedad mixta de clasificación, hasta el punto de que incluso se utiliza para permitir salidas a internos con periodo de seguridad impuesto y no revocado, es decir, en casos en los que el juez de vigilancia no ha revocado el periodo de seguridad impuesto en sentencia, pero permite el cumplimiento de este sistema mixto de clasificación.

Como sus criterios son tan amplios y pueden dar lugar a una gran arbitrariedad en su concesión, el Auto nº 1322/2005 AP Barcelona sec. 9ª, de 10 de octubre de 2005, como muchos otros posteriores, insiste en la necesidad de que la concesión de este régimen se fundamente en un programa específico de tratamiento cuya ejecución no sea posible de otro modo, lo que obliga a pormenorizar los motivos de la decisión y la descripción de las horas de estancia en el centro y actividades a desarrollar en el exterior.

c) Estar clasificado en tercer grado con régimen abierto restringido. Es una modalidad prevista en el art. 82 RP en la que, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala u otras condiciones personales, la concesión del tercer grado conlleva la limitación de salidas. Este régimen no permite, pues, el disfrute de todas las ventajas del régimen abierto. Por ejemplo, en lugar de salir todos los fines de semana, el interno solo puede hacerlo cada quince días. Por ello, es una especie de régimen ordinario en el que cada quince días los internos pueden disfrutar de permisos de salida. Aunque en esta opción el sujeto está en tercer grado, se trata más bien de una limitación del tercer grado por la falta de preparación del penado para estar en libertad. En este sentido, este régimen se adapta menos a las peculiaridades de los condenados por la Sentencia objeto de estudio que el supuesto anterior.

d) *Estar clasificado en tercer grado pleno.* Es la opción más favorable para el interno y sus formas de cumplimiento son muy diversas y se articulan siguiendo la secuencia progresiva de las distintas vías de disfrutar de semilibertad. Las distintas formas de cumplir un tercer grado mediante una escala decreciente de restricciones «de más a menos son las siguientes: salir al exterior durante el día y pernoctar en la sección abierta del centro penitenciario o CIS (Centro de Inserción Social), residir en una unidad dependiente con un grupo reducido de internos y educadores y no pernoctar en el centro penitenciario si el interno se somete al control de pulsera telemática.

Todos los acuerdos de clasificación pueden ser impugnados en apelación, recurso que, por tratarse de ejecución de penas, resolverá el Tribunal Supremo en su condición de tribunal sentenciador.

Como puede observarse, son diversas las posibilidades, y todas ellas pueden quedar debidamente justificadas si se cumplen los requisitos legales adaptados a las necesidades tratamentales de cada condenado. Por ello, y teniendo en cuenta que la duración de la pena es uno de los elementos a valorar en la clasificación, pero no el más importante, en principio no existen impedimentos legales expresos para que se aplique el art. 100.2 RP a fin de facilitar las salidas al exterior desde un segundo grado, o incluso un tercer grado que avance desde una fase inicial que obligue a pernoctar en prisión a otra más avanzada con control de pulsera telemática, pese a que, en términos generales, en los casos de penas de más de diez años no es habitual la posibilidad disfrutar de semilibertad durante la fase más temprana del cumplimiento de la condena.

Cumplidos dos meses desde la notificación de la sentencia STS 459/2019, de 14 de octubre, se ha informado que las Juntas de Tratamiento de los centros penitenciarios donde se encuentran reclusos los internos han propuesto para todos ellos el segundo grado de clasificación. Falta el acuerdo del Centro Directivo y que a continuación se presente o no recurso por los internos o por el Ministerio Fiscal. Pese a ello, hay que tener en cuenta que el carácter dinámico y revisable de la clasificación penitenciaria presenta un escenario abierto y constantemente sometido a posibles cambios.

4.2. POSIBILIDADES DE OBTENCIÓN DE PERMISOS DE SALIDA

Como ya se ha señalado anteriormente, junto al destino a un determinado centro penitenciario y la asignación de módulo dentro del establecimiento, la clasificación es la decisión de mayor relevancia penitenciaria porque no solo determina la modalidad de vida en cuanto a medidas de vigilancia y actividades a desarrollar por el interno, sino que también abre la puerta al disfrute de permisos de salida, posibilidad que, lejos de ser automática, está sometida al cumplimiento de una serie de requisitos que permiten la concesión de distintos tipos de permisos.

Solo los internos clasificados en primer grado carecen de permisos de salida, más allá de los que se conceden por motivos humanitarios a todos los internos, mientras que el resto de internos pueden disfrutar de permisos de salida ordinarios dirigidos a preparar la vida en libertad que pueden tener una duración de hasta siete días consecutivos, con un total

de treinta y seis días al año —en el caso de los condenados en segundo grado de clasificación— y de cuarenta y ocho días al año —en el caso de condenados clasificados en tercer grado—. Hay que recordar, como se ha avanzado, que el órgano que autoriza los permisos de salida es distinto en función de su duración. Si son inferiores a dos días, los acuerda el Centro Directivo y, si son superiores, debe autorizarlos el juez de vigilancia. Este extremo puede adquirir cierta relevancia por el hecho de que se haga mayor uso de esta competencia por parte de la Administración penitenciaria de Cataluña que por la Administración central.

Para ello será necesario un informe del equipo técnico del centro penitenciario donde cumplen condena, que se haya cumplido la cuarta parte de la condena —deduciendo los días de detención o prisión preventiva— y que el interno no incurra en mala conducta. Algunos de los criterios más controvertidos que se utilizan en los informes pueden darse en la causa resuelta por la STS 459/2019; por ejemplo, la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena (pese a que legalmente solo se exige haber cumplido una cuarta parte), la gravedad del delito y la alarma social que ha causado, la duración de la pena, el reconocimiento de los hechos (que no es coincidente con su calificación jurídica), el tiempo de estancia en prisión o la existencia de causas pendientes. Para formular las propuestas, los equipos técnicos se basan en la Tabla de Variables de Riesgo (TVR) creada por la Circular DGIP 22/1996, de 16 de diciembre, mientras que en los centros penitenciarios de Cataluña se utiliza desde 2010 el sistema RisCanvi de valoración del riesgo.

Existen otros supuestos específicos de permisos de salida motivados por razones humanitarias, de salud o tratamientos. Uno de ellos, que hasta el momento había pasado desapercibido, ha adquirido especial resonancia porque es el que se concedió a Iñaki Urdangarín, condenado a cinco años y diez meses de prisión por malversación, prevaricación, fraude, delitos fiscales y tráfico de influencias. Se trata del permiso de salida regulado en el art. 117 RP, previsto para internos de segundo grado de baja peligrosidad social sin riesgo de quebrantamiento de condena, dirigido al desarrollo de actividades en el exterior en el marco de un programa de tratamiento específico, cuya propuesta la formula la Junta de Tratamiento, la aprueba el juez de vigilancia y solo en caso de que fueran salidas puntuales o irregulares requiere la autorización expresa del Centro Directivo. Las ventajas de este tipo de permisos son, entre otras, las siguientes: no es necesario estar clasificado en tercer grado, no requiere que se haya cumplido ningún mínimo de condena, la amplitud de sus requisitos dota de gran discrecionalidad a la Administración para su concesión y al tratarse de una cuestión de régimen el recurso de apelación lo resuelve la Audiencia Provincial.

4.3. RELEVANCIA DE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS EN MATERIA PENITENCIARIA

Expuestas todas las posibilidades de excarcelación anticipada a las que pueden acceder los condenados —y haciendo especial énfasis en la relevancia de que la no imposición del periodo de seguridad no impide la concesión del tercer grado, y con ello, la posibilidad de disfrutar de un régimen de semilibertad—, a continuación se analizará la trascendencia

que puede tener la transferencia de competencias penitenciarias a Cataluña teniendo en cuenta que los centros donde se encuentran los condenados se ubican en esta Comunidad Autónoma.

En virtud del art. 149.1.6º CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación penal y penitenciaria. Dado que el precepto no hace referencia a la competencia de ejecución penitenciaria, el 149.3 prevé que las materias no atribuidas expresamente al Estado pueden corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos. Conforme a esta previsión, Cataluña, el País Vasco, Andalucía y Navarra en un primer momento y Aragón y Extremadura después asumieron la competencia de ejecución penitenciaria en sus respectivos Estatutos, si bien solo Cataluña hasta la fecha la ha desarrollado.

El RD 3482/1983, de 28 de diciembre, formalizó la transferencia de la competencia ejecutiva en materia penitenciaria a Cataluña, lo que significa que, compartiendo la legislación penitenciaria en su totalidad —tanto la Ley Orgánica General Penitenciaria LO 1/1979, de 26 de septiembre, como el Reglamento Penitenciario RD 190/1996, de 9 de febrero— en virtud de la exclusividad de la competencia legislativa del Estado, Cataluña ha asumido la ejecución de la legislación penitenciaria estatal. Tal competencia de ejecución comprende la gestión de los centros penitenciarios radicados en el territorio catalán (dirección, organización e inspección de los mismos), la ejecución del régimen y el tratamiento penitenciario y la aprobación de normas de organización y funcionamiento interno de los centros.

Como consecuencia de esta dualidad de administraciones penitenciarias la Administración del Estado se ocupará de la gestión de todos los centros penitenciarios del territorio nacional, excepción hecha de los ubicados en Cataluña. En el caso de estos últimos, dependerá de la Generalidad de Cataluña no solo la gestión de los centros. En virtud de su capacidad de crear normas propias de organización, podrán darse diferencias en la estructura orgánica de los servicios penitenciarios, el diseño y funcionamiento interno de los centros penitenciarios, y la interpretación y aplicación de la normativa penitenciaria estatal, ya que, como señala el Estatuto de Autonomía, la normativa penitenciaria se adaptará a la realidad social de Cataluña.

La materialización de las diferencias reside, por tanto, en la capacidad de dictar normas propias de organización y funcionamiento interno. Entre ellas destacan el Reglamento de organización y funcionamiento de los servicios de ejecución penal en Cataluña, aprobado por Decreto 329/2006, de 5 de septiembre, y las Instrucciones y Circulares, cuya función es que los órganos administrativos dirijan las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes de ellos para ordenar el funcionamiento y régimen interno de los centros penitenciarios.

Las diferencias más relevantes que se van a exponer son únicamente aquellas que puedan tener incidencia directa sobre materias que afectan a la vida penitenciaria de los condenados. Es necesario recordar que, en todo caso, pueden ser revisables por vía de recurso,

partiendo de la base de que, en su mayoría, las diferencias atañen a las especificidades de la estructura orgánica y de la normativa propia de funcionamiento interno.

En relación con la estructura orgánica, el primer dato que hay que tener en cuenta es que, en todas las ocasiones en las que la LOGP y el RP aluden al Centro Directivo de Cataluña, hacen referencia a la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a las víctimas dependiente del Departamento de Justicia. Tanto su denominación como su dependencia del Departamento de Justicia y no del de Interior —esta última es la dependencia orgánica en la Administración central— ya denotan un enfoque menos punitivo. De hecho, hasta enero de 2019 tal organismo se denominó Dirección General de Servicios Penitenciarios. Desde entonces, la materia carcelaria se caracteriza por la referencia a los aspectos rehabilitadores y restaurativos. Estos matices pueden ser relevantes en los criterios de clasificación penitenciaria, que, como señala la legislación penitenciaria, quedan en manos del Centro Directivo.

También puede observarse alguna diferencia en la composición y funcionamiento de órganos penitenciarios como los equipos técnicos, regulados por el Reglamento de organización y funcionamiento de los servicios de ejecución penal de Cataluña, disparidad que puede producir ciertas divergencias en la interpretación de la normativa penitenciaria, ya que son los órganos competentes para realizar los informes que remiten a las instancias correspondientes para la toma de decisiones.

Y finalmente, el ámbito en el que pueden detectarse más diferencias es el del diseño de la política penitenciaria, recogida en las Circulares e Instrucciones propias de la Generalidad de Cataluña, ya que hay precedentes que han evidenciado una distinta interpretación de las normas estatales con una perspectiva más flexible y menos punitiva por parte de la Administración penitenciaria de Cataluña. Ejemplos de ello son la aplicación de los requisitos legales de acceso al tercer grado y su carácter retroactivo incluidos en la reforma penal de 2003 —de cuya flexibilidad dependía o no el bloqueo de este grado penitenciario— o el sistema RisCanvi de valoración del riesgo, más ambicioso que las tablas de variables del riesgo previstas a nivel nacional para la concesión de permisos de salida.

Son, pues, varias las figuras penitencias que disponen de normativa propia para su organización y funcionamiento en los centros penitenciarios dependientes de la Generalidad de Cataluña, lo que puede dar lugar a pautas de actuación no coincidentes con las estatales. Por ejemplo, la Circular 1/2005, de 17 de enero, de la Secretaría de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justicia Juvenil reguladora de la aplicación del art. 100.2 RP, la Circular 2/2005, de 17 de enero, de la Secretaría de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justicia Juvenil sobre aplicación del art. 117 RP, la Instrucción 4/2005, de 13 de julio, de la Subdirecció General de Programes de Rehabilitació i Sanitat sobre permisos de salida o la Instrucción 1/2007, de 18 de mayo, de la Direcció General de Recursos i Règim Penitenciari sobre el procedimiento de evaluación continuada de los internos en régimen abierto, entre otras¹.

Todos los condenados por la STS 459/2019, de 14 de octubre, se encuentran en prisiones catalanas, concretamente Lledoners (Barcelona), Puig de Basses (Girona) y Mas

d'Enric (Tarragona). Por esta razón, aunque los requisitos legales de las distintas figuras penitenciarias que se adopten sean los previstos en la LOGP y el RP, puede haber diferencias de criterios que se apoyen en las mencionadas Circulares e Instrucciones y que prevean una forma distinta de llevar a la práctica las directrices legales. De hecho, en general, la normativa propia de ejecución penal se orienta a potenciar una mayor flexibilidad en la clasificación y las salidas al exterior, por lo que no puede descartarse que, una vez los penados cumplan una carta parte de la condena estando en segundo grado, disfruten de permisos de salida, o bien que a través de la aplicación del art. 100.2 RP con la combinación de segundo y tercer grado se faciliten sus salidas al exterior.

5. POLÍTICA Y EJECUCIÓN PENAL

El Tribunal Supremo fundamenta su negativa a aplicar el periodo de seguridad solicitado por el Ministerio Fiscal en que la facultad que otorga el art. 36.2 CP al tribunal sentenciador se basa en la necesidad de que este pueda incidir directamente en la progresión de grado a los condenados a penas graves, pero que ello no puede ser interpretado como un mecanismo jurídico para evitar anticipadamente decisiones penitenciarias que no se consideren acordes con la gravedad de la pena, recordando que para ello ya existe un trámite ordinario de impugnación.

Aunque con esta afirmación el Tribunal Supremo limita su actuación en la aplicación del art. 36.2 CP a la valoración de la peligrosidad de los condenados con penas graves —y rechaza que ello pueda suponer la evitación anticipada de la adopción de decisiones penitenciarias no acordes con la gravedad de la pena—, crea cierta confusión, ya que podría entenderse que, más que un rechazo a vincular las decisiones penitenciarias con la gravedad de la pena en todo caso, solo lo hace en la aplicación de este precepto en concreto. Es cierto que matiza que la capacidad de revisar decisiones penitenciarias se limita a las que son contrarias a Derecho y que «siempre y en todo caso» el cumplimiento de la pena se ajustará a un pronóstico individualizado de cumplimiento y progresión, pero debe tenerse mucha cautela en velar por que el control judicial de las decisiones penitenciarias repose en la vulneración de los requisitos legales y no en criterios retributivos ajenos a la ejecución.

Como el propio Tribunal Supremo reconoce, tras la denegación del periodo de seguridad en la sentencia condenatoria se abre un segundo escenario en el que la Administración penitenciaria puede conceder, en su caso, beneficios legalmente previstos para facilitar la excarcelación. Si bien debe reunir los requisitos legalmente previstos, la adopción de estas medidas está revestida de una innegable discrecionalidad, aunque limitada por distintos instrumentos de control dirigidos a velar por el cumplimiento de los principios constitucionales de legalidad, objetividad y eficacia, entre otros.

Rechazado, por tanto, el periodo de seguridad, se deja en manos de las autoridades penitenciarias la potestad de diseñar el modelo de cumplimiento de las condenas, aspecto que debería moverse entre los márgenes de discrecionalidad de los que disponen los centros

penitenciarios para tomar sus decisiones y la garantía de legalidad que ejerce el control judicial —con la posibilidad de interponer recurso tanto por el Ministerio Fiscal como por el interno—. En numerosas ocasiones, sin embargo, cuando llega este momento intenta utilizarse la ejecución penitenciaria como una suerte de instrumento para modelar una decisión judicial insatisfactoria con el fin de recuperar una retribución no suficientemente reflejada en el fallo condenatorio o, en sentido inverso, para suavizar la excesiva dureza de la condena impuesta.

Son dos los errores más relevantes de tal proceder. En primero es que no respeta la separación de poderes, en virtud de la cual el Poder Judicial tiene la competencia de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y el Ejecutivo, a través de la Administración penitenciaria, la potestad de diseñar la forma de cumplimiento de la pena recogida en la sentencia, teniendo en cuenta que, por imperativo constitucional, la ejecución penitenciaria deber estar principalmente orientada hacia la reeducación y reinserción social como forma de prevención especial, sin que la retribución plasmada en la gravedad del delito y de la pena deban priorizar y condicionar cualquier tipo de respuesta penitenciaria. El segundo error es que identifica la potestad penitenciaria de diseñar un programa individualizado de ejecución penitenciaria con la arbitrariedad y que, por ello, no toma en consideración que esa potestad queda dentro de la discrecionalidad de su actuación y que es legítima siempre que sea respetuosa con el principio de legalidad y esté sometida a control judicial. Por lo tanto, entender que la libertad de tomar decisiones penitenciarias es total y absoluta supone desconocer el sometimiento a la legislación penitenciaria y al control judicial.

5.1. EL DISCURSO POPULISTA SOBRE LA EJECUCIÓN Y SU VULNERACIÓN DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

Con el mero cumplimiento de la legislación penitenciaria nacional y de las normas de organización y funcionamiento autonómicas es posible —si bien es cierto que no se trata de una regla general— acceder al tercer grado, a la clasificación flexible del art. 100.2 RP o a los permisos de salida en todo tipo de condenas con independencia de su duración. Pese a ello, existen recelos sobre la actuación de las autoridades penitenciarias y el correcto funcionamiento de todas las garantías jurisdiccionales. Estas reservas no solo suponen una descalificación de las decisiones penitenciarias consideradas *a priori* arbitrarias, sino también el cuestionamiento de todo el sistema penitenciario y los principios generales sobre los que se sustenta.

Esto requiere una breve reflexión sobre los peligros que conlleva defender que la ejecución es o puede ser correctivo de fallos judiciales que no cumplen las expectativas deseadas, bien cuando la decisión judicial se considera demasiado benévola o incluso una muestra de impunidad —y se espera que el rigor del cumplimiento impida cualquier atisbo de disfrute de mejoras penitenciarias—, bien cuando la decisión judicial se considera desproporcionada o injusta en la elección de la clase y duración de la pena impuesta —y se espera que su ejecución enmiende tal proceder con un diseño edulcorado de la forma de cumplimiento—.

Un ejemplo de ello han sido las discrepancias por motivos institucionales entre las propuestas de las Juntas de Tratamiento y las decisiones del Centro Directivo según el tipo de delito cometido, lo que en los últimos años es especialmente significativo en el caso de los delitos económicos y de corrupción política, problemática en la que confluyen el mayor proteccionismo institucional de estos delitos y la utilización judicial en sede de recurso de las expectativas de ejemplaridad social. En ambos casos se ignora que la base de las decisiones penitenciarias deben ser los aspectos personales relacionados con la reinserción social y no los preventivos generales de cohesión social. A título ilustrativo, cabe destacar que en el auto del JV de Valladolid, de 17 de noviembre de 2014, denegatorio del tercer grado en una condena por delitos económicos, se recogen, por un lado, las diferencias entre algunos componentes de la Junta de Tratamiento que, en sincronía con el propio Centro Directivo, asociaban la no peligrosidad al ingreso voluntario, la no previsión de repetición de los hechos y la buena relación familiar y social, y, por otro, las razones esgrimidas por el Ministerio Fiscal al rechazar el régimen abierto, asumidas por el propio juzgado de vigilancia, según las cuales la peligrosidad se asociaba a la alarma o rechazo social que generan los delitos económicos y el carácter retributivo y preventivo general del cumplimiento de la pena, aunque se tratara de una condena de corta duración.

Esta maniobra consistente en plasmar en el cumplimiento de la pena la falta de proporcionalidad expresada en la sentencia supone una intromisión inadmisibles en los fines de la ejecución, tanto si por parte del Poder Judicial se refuerzan los obstáculos para el acceso al tercer grado para hacer valer argumentos de prevención general positiva y retribución (lo que también sucede en un momento anterior al enjuiciamiento cuando se rechaza por estos mismos motivos la suspensión de la ejecución de la pena) como si por parte de la Administración penitenciaria se diseña un modelo de ejecución con el único propósito de aminorar la dureza de la sentencia.

En el primer caso se olvida que la gravedad de los hechos la marca la pena imponible por el Código penal, mientras que en el segundo se confunde modalidad de cumplimiento con merecimiento de pena. En ambos supuestos se incurre en el error de priorizar los elementos objetivos —típicamente, los referentes a la gravedad de la pena— sobre los elementos individuales, más acordes con una concepción resocializadora de la ejecución.

Debe recordarse una vez más que la ejecución ha de guiarse por la prevención especial, orillando elementos retributivos o ejemplarizantes que solo sirven para desnaturalizar el sistema de individualización científica, lo que no significa que la Administración tenga una total libertad para decidir los espacios de libertad de los que puede gozar cada interno: es la naturaleza jurídica de cada figura penitenciaria la que debe orientar su concesión o denegación y el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos; si bien esto sigue dejando un amplio margen de discrecionalidad a la Administración en sus decisiones, en ningún caso puede considerarse que ese margen es absoluto, dado el sometimiento de sus decisiones a la ley y al control judicial.

5.2. DISCRECIONALIDAD REGLADA COMO ALTERNATIVA A LA MANIPULACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Llegados a este punto, es pertinente señalar que el margen de discrecionalidad de la Administración penitenciaria se centra especialmente en las propuestas y las decisiones de los equipos técnicos y las Juntas de Tratamiento de los centros penitenciarios y en su carácter no vinculante respecto a las decisiones que posteriormente toma el Centro Directivo. La razón de ello son los efectos que producen sobre la modalidad de cumplimiento de la condena y, en particular, en situaciones intrapenitenciarias que permiten avances tendentes a limitar la restricción de libertad como los permisos de salida y la clasificación en los distintos grados, ya que todos ellos son un claro ejemplo de la diversidad en las formas de cumplimiento. Hay que tener en cuenta que los informes y propuestas de los órganos penitenciarios son valorados tanto cuando se trata de materias que quedan bajo su propia competencia como cuando se trata de decisiones propias del juez de vigilancia que van a requerir previos informes dictados por esos órganos administrativos.

El interés que despierta el amplio campo de discrecionalidad de que goza la Administración en la fase de ejecución penitenciaria se debe a los riesgos de vulneración de diversos derechos fundamentales, entre ellos el principio de igualdad —por las diferenciaciones de trato injustificadas—, el principio de legalidad —por la incertidumbre de la forma de ejecución—, el principio de proporcionalidad —por las restricciones indebidas— y el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana —por el uso de criterios correctivos premiales más propios de una concepción expiatoria de la pena—. Por ello, desde sistemas de ejecución absolutamente abiertos se ha ido progresando hacia sistemas caracterizados por el reconocimiento reglado de derechos dentro de una adecuada cobertura legal.

El punto medio entre la arbitrariedad subjetiva y la rigidez objetiva es el modelo garantista de ejecución penitenciaria, es decir, aquel que, sobre la base de una rigurosa cobertura legal que tutele la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad como reflejo de la orientación constitucionalmente prescrita a la reeducación y reinserción social, es capaz de reducir la incertidumbre y arbitrariedad de las decisiones que afecten a la libertad de movimientos, de manera que todo interno tenga la posibilidad de conocer con antelación las condiciones requeridas para cualquier medida que afecte al régimen y modalidad de vida penitenciaria, que su adopción se rija por criterios objetivos —y no solo discrecionales—, y que la adecuada motivación de las razones esgrimidas para su concesión o denegación permita ejercer el derecho que asiste a los internos de impugnar judicialmente toda decisión administrativa. De esta forma, entre el recurso a elementos retributivos aplicados por disposición automática de la ley y la absoluta discrecionalidad de la Administración en la configuración de la modalidad de cumplimiento penitenciario, un modelo mixto caracterizado por la objetividad de la cobertura legal y la individualización en su aplicación puede propiciar la compatibilización de la seguridad jurídica y la flexibilidad.

Ahora bien, no puede obviarse que una individualización extrema corre el riesgo de ser instrumentalizada para adoptar diferencias de trato de difícil justificación. Por eso, y

porque así lo exigen los principios de legalidad y de seguridad jurídica, la concesión individualizada de figuras penitenciarias que suponen mejoras en el cumplimiento de la pena de prisión debe plasmarse en decisiones motivadas, ya que es evidente que las diferentes circunstancias de cada interno provocan una aplicación no uniforme debido a la adaptación de las decisiones a cada supuesto de hecho, si bien, como se ha repetido, es inaceptable que no estén respaldadas por razones suficientes que justifiquen la adopción o la denegación de las figuras penitenciarias.

Puede parecer contradictorio defender una ejecución individualizada por su mayor acomodo al mandato constitucional y, al mismo tiempo, rechazar las diferencias de trato por su carácter discrecional. Sin embargo, en virtud del principio de igualdad y de humanidad en la ejecución, resulta necesario pulir las respuestas contradictorias ante supuestos semejantes. En este sentido, son tres los aspectos mejorables: en un primer nivel, sería deseable que la ley estipulara con mayor precisión y claridad los requisitos mínimos objetivos para el alcance de las figuras penitenciarias y el contorno en el que se puede mover la discrecionalidad administrativa; en segundo lugar, la propia Administración debería clarificar las reglas de aplicación utilizadas en la interpretación de las normas legales con criterios ajustados al enunciado constitucional, y, por último, las decisiones administrativas que carezcan de la necesaria motivación y justificación deberían ser sometidas a un escrupuloso procedimiento de revisión judicial.

Como consecuencia de todo lo dicho, debería desterrarse la creencia de que la concesión del tercer grado o cualquier otra modalidad de cumplimiento en semilibertad es un privilegio incompatible con la certeza de la condena, ya que se trata de una manifestación del derecho a la reeducación y reinserción social cuya finalidad es adaptar el modo de vida penitenciario a las necesidades tratamentales individuales de cada interno y evitar que la ejecución persiga la exacta correspondencia entre régimen penitenciario y tipo de delito o duración de la pena, una concepción asociada a los mecanismos estrictamente objetivos que ignoran las diversidad personales.

Esta exigencia de individualización en la ejecución penitenciaria no debe llevar a confundir discrecionalidad con arbitrariedad, ya que los actos discrecionales, a diferencia de los reglados, son aquellos que dejan un margen de libertad precisamente para garantizar una aplicación justa dentro del marco de legalidad cuando sean posibles distintas opciones de actuación —y ninguna de ellas sea obligatoria— o cuando no se concreten los medios necesarios para alcanzar fines tasados. En este sentido, discrecionalidad es exigencia de legalidad, lo que implica autorización legal y obligación de justificar los motivos de cualquier decisión que afecte al cumplimiento penitenciario. Por ello, es necesario que la ley delimite el marco de actuación de la Administración para que pueda valorar la respuesta penitenciaria más adecuada a las necesidades individuales de cada interno priorizando los criterios de valoración basados en su situación personal, familiar y social analizados desde una perspectiva objetiva, y dejando a un lado el recurso a la gravedad del delito, de la pena o a su ejemplaridad, criterios, estos últimos, ajenos a los objetivos penitenciarios.

De todo ello se puede inferir que la validación del margen de discrecionalidad de la Administración penitenciaria propio del sistema de individualización científica no está

en modo alguno reñida con la exigencia del cumplimiento de los requisitos legales, con la necesidad de motivar suficientemente las decisiones de los órganos administrativos y con la pertinencia de un ulterior control judicial que vele por la salvaguarda de los principios de la ejecución penitenciaria y no por otros ajenos a esta fase del proceso penal.

No hay que olvidar que el control judicial se ejerce sobre todos los actos de la Administración penitenciaria tanto estatal como autonómica como una garantía de legalidad mediante recurso de reforma ante el juez de vigilancia, el posterior recurso de apelación ante las audiencias provinciales —si se trata de materias de régimen como puedan ser los permisos de salida— o ante el tribunal sentenciador —si se trata de materias de cumplimiento como la clasificación penitenciaria—.

En definitiva, el cumplimiento penitenciario no es uniforme, las diferencias de trato deben estar justificadas y motivadas con criterios preventivo especiales y el control judicial debe garantizar el cumplimiento de la ley y de los principios constitucionales. Por ello, en la ejecución de la STS 459/2019 será determinante evaluar las razones aportadas por las autoridades penitenciarias para la clasificación acordada para los penados y su adecuación a las directrices generales de la ejecución penitenciaria si dicha clasificación es posteriormente recurrida por el Ministerio Fiscal y, en su caso, si las razones contempladas en la sentencia rechazando la necesidad de cumplir el periodo de seguridad se mantienen vigentes durante los recursos que se puedan plantear durante el cumplimiento de la pena, pero también si afloran nuevos argumentos ajenos a los principios y garantías penitenciarias.

NOTA

1. *Vid.*: <http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/reinsercio_i_serveis_penitenciaris/serveis_penitenciaris/instruccions_i_circulars/>.

BIBLIOGRAFÍA

- Cervelló Donderis, V. *Derecho Penitenciario* 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
- Cervelló Donderis, V. «Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria» *ADPCP* Tomo LMXIX 2019.
- Fernández Arevalo, L./Nistal Burón, J. *Derecho Penitenciario* 3ª Edición, Aranzadi, Navarra 2016.
- Fuentes Osorio, J. L. «Sistema de clasificación penitenciaria y el periodo de seguridad del art. 36.2 CP» *In Dret* enero 2011.
- Juanatey Dorado, C. «Función y fines de la pena: la ejecución de penas privativas de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco». *Revista Penal* nº 40, julio 2017.
- Larrauri Pijoan, E. «Se inventan sus leyes: ¿Qué criterios se deben valorar en la concesión de permisos de salida? *Jueces para la democracia* marzo 2019.
- Martí Barrachina, M. «La ejecución del régimen penitenciario abierto» *CPC* nº 127, 2019.
- Mata Martín, R. «Clasificación penitenciaria y régimen abierto» *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. Dtora. R. de Vicente Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Navarro, M. G. «Discrecionalidad administrativa» *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, nº 3, septiembre 2012.

- Ríos, J. C./Etxebarria, X./Pascual, E. *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*. 2ª Ed Une, Madrid, 2018.
- Solar Calvo, P. «El principio de flexibilidad en el medio penitenciario. Por una interpretación amplia y posibilista» *Diario La Ley* nº 8912 1 de febrero de 2017.
- Tamarit Sumalla, J. M. «El sistema penitenciario catalán: fundamento y ejercicio de la competencia» *Revista de estudios autonómicos y federales* nº 23, 2016.
- Urías Martínez, J. «El valor constitucional del mandato de resocialización» *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 63, 2001.
- Van Zyl Smit, D./Snacken, S. *Principios de Derecho y Política penitenciaria europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.