

# Sistema de clasificación penitenciaria y el «periodo de seguridad» del art. 36.2 CP

Juan Luis Fuentes Osorio

Universidad de Jaén

### *Abstract*

*En el cumplimiento de pena privativa de libertad rige actualmente en España un sistema progresivo de individualización científica. No obstante, se ha ido incorporando en los últimos años, mediante varias reformas del CP y de la legislación penitenciaria, un excepcional sistema progresivo objetivo. En lo relativo al sistema de clasificación penitenciaria ello se plasma en el establecimiento de un «periodo de seguridad» (cuando la pena de prisión impuesta sea superior a 5 años se requiere el cumplimiento de la mitad de la misma para acceder al tercer grado con independencia de la evolución del interno). En el texto se analiza el modo en que esta medida afecta al principio de resocialización así como otros aspectos problemáticos: el cómputo de la pena que se va a utilizar como referencia para medir la duración del periodo de seguridad o su alcance a enfermos graves con padecimientos incurables.*

*When it comes to the serving of a prison sentence, a progressive system of scientific individualization is currently in force in Spain. However, in the last few years some extraordinary measures have been introduced by several reforms of the Spanish Criminal Code and penitentiary laws, which establish an alternative, objective and progressive system. Concerning the penitentiary classification system, this changes take the form of the so-called «security period» (when the prison sentence is longer than 5 years it requires the serving of at least half of it in order to be eligible for the penitentiary third degree, regardless of the situation of the criminal). In the following article the author analyzes the way in which this measure affects the constitutional principle of resocialization, as well as many other problematic and related issues, such as the amount of punishment that is going to be used in order to calculate the length of the «security period» or its adequacy when dealing with extremely ill people which suffer untreatable pains.*

*Dieser Aufsatz untersucht eine der in den letzten Jahren durchgeführten Änderungen im spanischen Vollzug der Freiheitsstrafe: Im Vollzugsplan wird eine sogenannte «Sicherheitszeit» -liegt die Strafe über 5 Jahren, dann ist die Unterbringung im offenen Vollzug nicht möglich, solange die Hälfte der Strafe verbüsst ist - durch den Art. 36.2 CP eingeführt. Das stellt eine Ausnahme zur normalen Gestaltung des Vollzuges dar: in solchen Fällen erstellt sich das Vollzugsplan mit Rücksicht auf die Vollzugsdauer und nicht auf Grund der Behandlungsuntersuchung. Diese Maßnahme wird kritisiert, weil sie schwerlich mit der Resozialisierung des Täters (primäres Vollzugsziel) übereinstimmen kann. Außerdem, Art. 36.2 CP stellt nicht fest, wie diese «Sicherheitszeit» bei mehreren Strafen zu messen ist.*

*Title: Penitentiary classification system and the «security period» (art. 36.2 CP)*

*Titel: Strafvollzugsplan und die «Sicherheitszeit» (art. 36.2 CP)*

*Palabras clave: periodo de seguridad, clasificación penitenciaria, tercer grado, libertad condicional, sistema progresivo, resocialización*

*Keywords: «security period», penitentiary classification, penitentiary third degree, release on parole, progressive system, resocialization*

*Stichwörter: Sicherheitszeit, Vollzugsplan, offener Vollzug, Progressivsystem, Bewährung, Resozialisierung*

## Sumario

1. Introducción
2. Régimen general de clasificación
3. Régimen especial de clasificación
  - 3.1. Inserción de un elemento objetivo-temporal con carácter obligatorio limitado
    - a. Límite temporal
    - b. Carácter obligatorio limitado
    - c. Enfermos muy graves con padecimientos incurables
  - 3.2. Cómputo de la pena superior a 5 años
    - a. Una sola pena
    - b. Varias penas y/o condenas
4. Conclusiones
5. Bibliografía
6. Tabla de jurisprudencia citada

### 1. Introducción

En el sistema penitenciario español se distinguen dos modelos de actuación. En primer lugar un régimen general, determinado por la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre (en adelante, LOGP), el Reglamento Penitenciario (en adelante, RP), el Real Decreto (en adelante, RD) 190/1996, de 9 febrero y el Código Penal de 1995 -la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (en adelante, CP). Y en segundo lugar un régimen especial, integrado por excepciones al régimen general (opuesto al principio resocializador que este modelo implica), incorporadas en sucesivas reformas del CP y de la normativa penitenciaria (especialmente importante en este sentido será la Ley Orgánica -en adelante, LO- 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)<sup>1</sup>.

Régimen especial que se desdobra, al menos, en dos: el previsto para todos los delincuentes y el que se establece para el terrorismo y para los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. Este segundo sistema especial se caracteriza por tener mayor dureza en sus términos y la casi imposibilidad absoluta de vuelta al modelo general o al especial general<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre esta dualidad véase ARRIBAS LÓPEZ, "Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de cumplimiento de la pena en prisión", *Revista Poder Judicial* 77, 2005, pp. 75 y ss.

<sup>2</sup> Véase LANDA GOROSTIZA, "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. II*, 2006, pp. 168; FARALDO CABANA, "Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción", en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. I*, 2006, pp. 758 y ss.; LLOBET ANGLÍ, "La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias", *InDret* 1/2007, p. 1 y ss. Con todo, antes de la creación de un régimen especial ya se realizaba una interpretación restrictiva del régimen general en el ámbito terrorista: así se evitaba la clasificación inicial en tercer grado al tiempo que se dificultaba el acceso al mismo; además, se recurría de forma mayoritaria al primer grado (posibilidad de situar de forma automática en este grado de tratamiento al terrorista

Esta dualidad también se aprecia dentro del sistema de clasificación penitenciaria que, según lo indicado en el art. 36.2 CP (artículo introducido por la LO 7/2003 y alterado en parte por la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010, de modificación del Código Penal), queda limitado en su flexibilidad inicial mediante la fijación de restricciones temporales en el acceso al tercer grado.

## 2. Régimen general de clasificación

El modelo de cumplimiento de pena privativa de libertad vigente en España se corresponde con un sistema progresivo, que estructura el cumplimiento de la pena privativa de libertad en cuatro grados (el último es la libertad condicional), en su variante de individualización científica (art. 72.1 LOGP<sup>3</sup>).

Esta modalidad supone la superación del rígido sistema progresivo clásico a través de la reducción del número y relevancia de los requisitos objetivos y la concentración en los elementos subjetivos del interno. Se obtiene así un sistema más flexible que, con un prioritario fin resocializador, atiende como principal criterio a las circunstancias personales para precisar un programa individual de tratamiento; para determinar su clasificación inicial en un grado, su paso a otro superior o inferior (cada uno de los cuales tiene un régimen diferente) y su destino al tipo de establecimiento más adecuado al grado previsto<sup>4</sup>.

La clasificación exige efectuar un estudio individualizado de la personalidad y del historial completo del interno. También se deberá considerar la duración de la pena, el medio al que retornará el interno cuando obtenga su libertad y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento (arts. 62-64 LOGP, art. 102 RP).

Esta flexibilidad se refleja igualmente en la presencia de ciertas posibilidades mixtas: la modalidad de tercer grado restringido (art. 82 RP), el internamiento en centro de deshabitación o en centro educativo especial (art. 182 RP). Del mismo modo, permite crear programas individualizados que combinen elementos de varios grados penitenciarios (art. 100.2 RP).

Con este modelo el interno no tiene que pasar obligatoriamente por cada grado (como sucedía

---

que no se hubiera *sustraído a la disciplina interna de dicha banda*, regulado en los arts. 10.1 LOGP y 102.5 c) RP). Véase al respecto LLOBET ANGLÍ, *InDret* 1/2007, p. 7 y s.

<sup>3</sup> Véase MANZANARES SAMANIEGO, "El cumplimiento íntegro de la penas", *Actualidad penal* 1, 2003, pp. 204 y ss.; también GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, "Ejecución de las penas privativas de libertad", en GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 3ª ed., 2004, p. 91; JUANATEY DORADO, "La ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 9, 2004, pp. 9 y ss.; SANZ DELGADO, "Panorámica del sistema penitenciario español", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 45, 2008, p. 6.

El CP no hace referencia expresa a ello, al contrario de lo que sucedía anteriormente con el art. 84 del Código Penal anterior, que contenía una alusión al sistema progresivo. Se interpretaba que esta ausencia de mención se debía al deseo de dejar las cuestiones de ejecución penitenciaria a la legislación que específicamente lo regulaba, véase CERVELLÓ DONDERIS, "Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 8, 2004, p. 11. Parece que el legislador penal ha cambiado de criterio. Ejemplo de esta mutación es el art. 36.2 CP, una disposición que afecta a un aspecto de la ejecución de la pena impuesta y que, conforme a la línea inicial del CP, debería haberse incorporado por la vía de la LOGP y el RP; véase, a este respecto, GONZALO RODRÍGUEZ, "Análisis del Código Penal de 1995 tras la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 9, 2004, p. 77.

<sup>4</sup> Véase LÓPEZ PEREGRÍN, "¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", *Revista Española de Investigación Criminológica (REIC)* 1, 2003, p. 6.

con el sistema progresivo clásico): se puede acceder en la clasificación inicial a cualquier grado salvo al de libertad condicional (art. 72.3 LOGP). Además, desaparecen los plazos mínimos de permanencia en cada grado. **No se establece un límite temporal relativo a la exigencia del efectivo cumplimiento de un periodo de tiempo en prisión ni para la clasificación en tercer grado ni para la progresión en tal sentido**<sup>5</sup>. Estos aspectos obedecen exclusivamente al resultado del estudio individualizado del interno<sup>6</sup>. La progresión a un grado superior o la regresión a otro inferior depende de la evolución positiva o negativa del interno en el pronóstico de integración social y en su personalidad o conducta (arts. 65.2 y 3 LOGP; arts. 106.2 y 3 RP).

No obstante, hay una precisión temporal en el art. 104.3 RP. Este artículo señala que la posibilidad de realizar una propuesta de tercer grado respecto a un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas, se subordina a que haya transcurrido el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, en sentido favorable, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2 RP. Este límite temporal (una cuarta parte de la condena) representa la introducción de un tibio criterio objetivo (de carácter retributivo y preventivo general): aporta un argumento, la falta de tiempo de estudio, para poder retrasar la concesión del tercer grado a sujetos que, desde el punto de vista de la resocialización, eran aptos para ello. Sin embargo, su eficacia en tal sentido queda mermada por el carácter no vinculante de este plazo, de modo que es posible efectuar, incluso cuando no haya transcurrido ese periodo, una propuesta de clasificación en tercer grado. Basta afirmar que en el tiempo que ha pasado ha sido posible efectuar un estudio suficiente del que se deriva una evaluación positiva<sup>7</sup>. Existe, por tanto, **un límite temporal pero está supeditado a la evolución del interno**.

Carácter obligatorio que sí tenía el plazo de dos meses de estancia en el centro de quienes no habían cumplido una cuarta parte de la condena en la redacción inicial del art. 251 del Reglamento Penitenciario de 1981 (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo). Plazo que luego fue sustituido con la posterior reforma del RP de 1981 por el RD 1767/1993, de 8 de octubre, en donde sólo se disponía la necesidad de que hubiera pasado el periodo de tiempo necesario para realizar un estudio suficiente del interno<sup>8</sup>.

### 3. Régimen especial de clasificación

La LO 7/2003, en su pretendida búsqueda de un aumento de la eficacia en la lucha contra la criminalidad y el incremento del protagonismo del principio de seguridad jurídica en esta materia mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de la penas, creó trabas en el acceso al tercer grado<sup>9</sup>. Con estos objetivos estableció un límite temporal de carácter obligatorio en el art. 36.2 CP.

<sup>5</sup> Véase MANZANARES SAMANIEGO, *Actualidad penal* 1, 2003, p. 204; LÓPEZ PEREGRÍN, *REIC* 1, 2003, p. 5; ARRIBAS LÓPEZ, *Revista Poder Judicial* 77, 2005, p. 80; CERVELLÓ DONDERIS, *La ley penal* 8, 2004, pp. 9 y 11; JUANATEY DORADO, *La ley penal* 9, 2004, p. 14; LLOBET ANGLÍ, *InDret* 1/2007, p. 5.

<sup>6</sup> Véase GARCÍA ALBERO, "Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado", en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, p. 48; LEGANÉS GÓMEZ, "Crónica de una sentencia anunciada: el período de seguridad", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 37, 2007, p. 125.

<sup>7</sup> Véase CERVELLÓ DONDERIS, *La ley penal* 8, 2004, p. 10; LEGANÉS GÓMEZ, *La ley penal* 37, 2007, p. 118.

<sup>8</sup> Véase MANZANARES SAMANIEGO, *Actualidad penal* 1, 2003, p. 206; CERVELLÓ DONDERIS, *La ley penal* 8, 2004, p. 10.

<sup>9</sup> Dicha regulación legal también fijó otros obstáculos respecto a la libertad condicional, expandió los periodos máximos de cumplimiento, dificultó la obtención de permisos de salida y demás beneficios penitenciarios.

Se indica que en los delitos sancionados con penas de prisión superiores a 5 años sólo se podrá acceder al tercer grado cuando se haya cumplido la mitad de la pena. Este plazo de obligado cumplimiento de la pena de prisión, al menos en régimen ordinario, se denomina **periodo de seguridad**.

La doctrina, la jurisprudencia y la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (en adelante, DGIP) coincidieron en que el art. 36.2 CP, a pesar de lo señalado en la disposición transitoria única<sup>10</sup>, sólo sería de aplicación a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigor, el 2 de julio de 2003<sup>11</sup>.

El acceso al tercer grado también queda vinculado, según lo previsto por la LO 7/2003, a otros elementos objetivos, independientes de la evolución del tratamiento<sup>12</sup>. Estos otros requisitos varían en función del tipo de delitos. Son los siguientes:

(1) En los delitos patrimoniales y contra orden socioeconómico (siempre que fueran de notoria gravedad y hubieran perjudicado a un número elevado de personas), contra los derechos de los trabajadores, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, y contra la Administración Pública (Capítulos V a IX del Título XIX) se demanda la satisfacción de la responsabilidad civil (el pago, la restitución de lo sustraído y la indemnización por daños y perjuicios -art. 72.5 LOGP)<sup>13</sup>.

(2) En los delitos de terrorismo (sección segunda del Capítulo V del Título XXII) las exigencias son aún mayores. En concreto deben concurrir tres requisitos (art. 72.6 LOGP).

(a) Satisfacción de la responsabilidad civil<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> «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».

<sup>11</sup> Véase la STS 748/2006, de 12 de junio (RJ 2006\6305) y la Instr. DGIP 2/2005; también FARALDO CABANA, "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/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 338; LANDA GOROSTIZA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. II*, 2006, pp. 182 y ss.; SANZ DELGADO, *La ley penal* 45, 2008, p. 21; RODRÍGUEZ YAGÜE, "El modelo penitenciario español frente al terrorismo", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 65, 2009, p. 78; MURILLO RODRÍGUEZ, *Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario: las propuestas del "Derecho penitenciario mínimo", el "Derecho penitenciario del enemigo" y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español*, 2009, pp. 251 y ss.

<sup>12</sup> Véase, a este respecto, lo señalado por ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, "La responsabilidad civil derivada de delito y tratamiento penitenciario: la progresión a tercer grado. Especial referencia a la delincuencia económica", *Cuadernos de Política Criminal* 97, 2009, p. 159.

<sup>13</sup> Se plantea una posible infracción del principio de igualdad en relación con los internos que no pueden pagar la sanción por no tener recursos económicos. Por ese motivo se reinterpreta el requisito en un sentido subjetivo: en función de la voluntad y la capacidad real del interno. Criterio dibujado en la redacción del art. 72.5 LOGP y asumido por la Instr. DGIP 2/2005.

Véase al respecto, entre otros, LANDA GOROSTIZA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. II*, 2006, pp. 189 y ss.

<sup>14</sup> Véase LLOBET ANGLÍ, *InDret* 1/2007, p. 12 y s., donde insiste en la incongruencia que hay entre la exigencia de responsabilidad civil del art. 72.5 LOGP, en la que no se incluyen los delitos contra las personas, y la del art. 72.6 LOGP, en la que sí se hace. De este modo se produce una valoración distinta de la víctimas: «[...] no se entiende por qué toma más en consideración a los muertos, lesionados y secuestrados por el fenómeno terrorista (y a sus familiares) que a los afectados del mismo modo por la delincuencia común» (nota 40). Más aún: «¿O es que quizás

(b) Signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas. Ello exige: una declaración expresa de repudia de sus actividades terroristas; una petición expresa de perdón a las víctimas; un informe técnico sobre la desvinculación del interno de la banda armada.

Se le reprocha a esta exigencia que supone la introducción de aspectos moralizantes<sup>15</sup>. Se podría contestar a esta crítica que esta medida es un criterio esencial para valorar la peligrosidad del terrorista y su grado de resocialización: resulta evidente que cuando el miembro de la organización terrorista haya abandonado esos fines y manifestado su intención de aceptar los medios democráticos y pacíficos de solución de cualquier diferencia política, ya no será peligroso, estará «resocializado»<sup>16</sup>. Estoy de acuerdo en lo que afecta a los medios violentos. Ahora bien, la renuncia a los fines, plasmada en el carácter obligatorio de la declaración de repudia de sus acciones terroristas y de petición de perdón a las víctimas, implica reformular la resocialización de modo que se entienda como la imposición coactiva de la ideología dominante y una obligatoria negación de la propia ideología<sup>17</sup>. Y ello porque se considera que lo que determina la peligrosidad del terrorista es su forma política de pensar<sup>18</sup>. Esta decisión, propia de un derecho penal de autor, niega la libertad política del interno<sup>19</sup>.

Por ese motivo, la resocialización del terrorista tendría que limitarse a la constatación de que ha abandonado, no sus objetivos, sino los medios terroristas para conseguirlos.

(c) Colaboración activa con las autoridades. Para impedir la producción de nuevos delitos; para atenuar los efectos de su delito; para la identificación, captura y procesamiento; para obtener pruebas; para impedir el funcionamiento de la organización. Colaboración que se acreditará mediante un informe técnico.

No se puede estar de acuerdo con este requisito: un sujeto puede estar resocializado y no querer, por diversas razones (miedo, motivos ideológicos, etc.), colaborar con la justicia (que no es lo mismo que seguir queriendo cometer delitos de terrorismo)<sup>20</sup>.

---

la farmacéutica de Olot, M<sup>a</sup> Àngels Feliu, tiene una pretensión menos clara de resarcimiento económico que José Ortega Lara?» (p. 13).

<sup>15</sup> Véase FARALDO CABANA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 326 y ss.; también FARALDO CABANA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. I*, 2006, pp. 785 y ss., donde, empero, no se muestra en contra de la petición de perdón a las víctimas sino que se pregunta por qué sólo con estas víctimas y no con todas (riesgo de creación de víctimas de primera y segunda categoría). Véase también LLOBET ANGLÍ, *InDret 1/2007*, p. 14.

<sup>16</sup> Véase LLOBET ANGLÍ, *InDret 1/2007*, p. 14.

<sup>17</sup> Véase críticamente ACALE SÁNCHEZ, "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas", en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 366; también LANDA GOROSTIZA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. II*, 2006, p. 200; RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ley penal* 65, 2009, pp. 75 y s.

<sup>18</sup> Esta medida «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», según señala LANDA GOROSTIZA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. II*, 2006, p. 198, quien utiliza el término «peligrosidad ideológica».

<sup>19</sup> Un sujeto que no puede declararse contrario al sistema político. El «terrorista» queda excluido del sistema jurídico (de clasificación penitenciaria, en este caso) mientras se mantenga ideológicamente fuera del sistema constitucional vigente, del que se ha auto-expulsado; en este sentido, véase críticamente PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, 2007, pp. 211 y ss.

<sup>20</sup> Véase LLOBET ANGLÍ, *InDret 1/2007*, p. 16.

Si el objetivo era considerar la colaboración como un signo de la resocialización (entendida como abandono de los medios violentos) parece que lo correcto habría sido valorar positivamente en la evaluación del interno su concurrencia, pero no establecer su carácter obligatorio para alcanzar el tercer grado.

Aparte de lo indicado, parece que la declaración de repudia, por un lado, y la petición de perdón y los actos de colaboración, por otro, obedecen realmente al esquema confesión/penitencia-expiación<sup>21</sup>. Más allá del sentido preventivo buscado en mi interpretación, son un claro ejemplo de medidas retributivas.

Finalmente, resulta curioso comprobar que estas exigencias para acceder al tercer grado (la total satisfacción de las responsabilidades civiles, el abandono de los fines terroristas y la colaboración activa con las autoridades) aparecen de nuevo en el art. 90 CP, pero ahora como requisitos de la libertad condicional. Una repetición innecesaria, pues al demandar la libertad condicional que el interno esté en tercer grado se tienen que satisfacer obligatoriamente los requisitos señalados previamente. Así pues, la mención de los mismos en el art. 72 LOGP era suficiente<sup>22</sup>.

### 3.1 Inserción de un elemento objetivo-temporal con carácter obligatorio limitado

#### a. Límite temporal

En el sistema general la duración de la pena era un elemento subordinado al juicio sobre la personalidad y a la evolución del interno. Con el periodo de seguridad se crea un modelo en el que el tiempo de pena cumplido se convierte en el criterio fundamental y la evolución del interno se traslada a un plano secundario.

Así, cuando la pena supere los 5 años, la clasificación inicial en tercer grado o la progresión al mismo se desvincula de la evolución del tratamiento y se asocia a la cuantía de la pena y al periodo de tiempo transcurrido. Ambos son elementos objetivos ajenos a la idea individualizadora que preside el sistema penitenciario (atentando contra lo indicado en el art. 72.3 LOGP) y representa la vuelta a un sistema progresivo<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Es una referencia al «arcaico ritual de la autoconfesión, al deber de colaboración activa con la autoridad y a la delación, que se exigen como penitencia» (MUÑAGORRI LAGÚA, «Derecho penal intercultural y crisis del principio de soberanía», en PORTILLA CONTRERAS [coord.], *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, 2005, p. 194).

<sup>22</sup> Véase en el mismo sentido crítico FARALDO CABANA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 329; y FARALDO CABANA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. I*, 2006, pp. 791 y s.; también LLOBET ANGLÍ, *InDret* 1/2007, p. 17. Se trata, pues, de una repetición que, desde mi punto de vista, sólo puede buscar transmitir a la comunidad la impresión de que no se hacen concesiones al terrorismo.

<sup>23</sup> Véase GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 3ª ed., 2004, p. 92; y CERVELLÓ DONDERIS, *La ley penal* 8, 2004, p. 12; también GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, p. 34; GARCÍA ALBERO, «Art. 36», en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, 5ª ed., 2008, pp. 452 y s.; BAUTISTA SAMANIEGO, «Periodo de seguridad y crimen organizado», *Cuadernos de Derecho Judicial (Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones)* 22, 2006, p. 148; LEGANÉS GÓMEZ, *La ley penal* 37, 2007, p. 125; MOLINA GIMENO, «El periodo de seguridad; individualización judicial versus individualización penitenciaria en la ejecución de las penas graves», *Diario La Ley* 6966, 2008, p. 1436; SOLAR CALVO, «Consecuencias de la Ley Orgánica 7/2003 en el ámbito penitenciario», *Diario La Ley* 7238, 2009, p. 1662; MURILLO RODRÍGUEZ, *Modernas tendencias en el*

De manera más concreta, como el interno no podrá alcanzar el régimen abierto si no ha superado la mitad de la pena aunque su evolución personal lo aconseje, se produce una excepción a la obligación de situarlo en un grado superior recogida en el art. 72.4 LOGP: «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»<sup>24</sup>. Esta exigencia de adaptación del grado a la evolución del interno se plasma igualmente en el mandato de revisión, cada seis meses, de la clasificación (art. 105.1 RP). Revisión que, una vez alcanzado el segundo grado y haya una decisión a favor del acceso a tercer grado por la Junta de Tratamiento, carece de sentido realizar durante el tiempo que dure el periodo de seguridad<sup>25</sup>.

Possiblemente habría que interpretar que, en esas circunstancias, el mandato de revisión se tiene que convertir en un mandato de solicitud al Juez de Vigilancia Penitenciaria (en adelante, JVP) de vuelta al régimen general (siempre que ello sea posible en función del delito cometido).

Con todo, resulta evidente que estas medidas son una singularidad al sistema general penitenciario y que, por ese motivo, deberían haber sido recogidas en el lugar en el que éste se regula: en la LOGP y en el RP<sup>26</sup>.

¿Cuál es el sentido político-criminal del establecimiento de esta excepción al sistema general? Esta medida, junto con otras, pretende enfrentarse al siguiente problema: evitar que «la pena prevista por el Código Penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida»<sup>27</sup>. Hay que impedir que aparezca esta diferencia pues tal circunstancia afectaría negativamente a la eficacia de las penas: se afirma que tendrá mayor efecto preventivo aquella sanción que se cumpla en su integridad<sup>28</sup>. Además, ello podría reducir la confianza en el sistema penal de un ciudadano que reclama tener la certeza de que se cumplirá de forma íntegra y efectiva las penas<sup>29</sup>. Por estos motivos, el legislador decidió limitar el margen de flexibilidad, según criterios preventivo-especiales, en sede penitenciaria<sup>30</sup>.

---

*Derecho Penitenciario: las propuestas del "Derecho penitenciario mínimo", el "Derecho penitenciario del enemigo" y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español*, 2009, p. 232.

<sup>24</sup> Véase MURILLO RODRÍGUEZ, *Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario: las propuestas del "Derecho penitenciario mínimo", el "Derecho penitenciario del enemigo" y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español*, 2009, pp. 232 y s.

<sup>25</sup> Véase GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, pp. 47 y s.; también LEGANÉS GÓMEZ, *La ley penal 37*, 2007, p. 126.

<sup>26</sup> Ya planteaba esta necesidad con anterioridad, en relación con el anteproyecto de la LO 7/2003, MANZANARES SAMANIEGO, *Actualidad penal 1*, 2003, p. 214. Véase también al respecto ACALE SÁNCHEZ, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 359; MURILLO RODRÍGUEZ, *Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario: las propuestas del "Derecho penitenciario mínimo", el "Derecho penitenciario del enemigo" y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español*, 2009, p. 231; BACH FABREGÓ/GIMENO CUBERO, "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, 2010, p. 85.

<sup>27</sup> Según lo enunciado en la propia Exposición de Motivos de la LO 7/2003.

<sup>28</sup> «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» (Exposición de Motivos de la LO 7/2003).

<sup>29</sup> Es una exigencia del principio de seguridad jurídica: «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», Exposición de Motivos LO 7/2003.

<sup>30</sup> Críticamente GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, p. 33.

En lo que al tercer grado se refiere, estos argumentos se articulan en torno a la idea de que el cumplimiento íntegro y efectivo de una pena es incompatible con el régimen semi-abierto. Se podría decir que se defiende esta incompatibilidad porque se identifica el tercer grado con un vaciado de contenido de la pena privativa de libertad. Ahora bien, no creo, como en ocasiones se dice, que los que soportan esta reforma desconozcan que en el régimen semi-abierto también se está cumpliendo la pena aunque no sea en una prisión cerrada a tiempo completo<sup>31</sup>. La clave reside más bien en que tras esta incompatibilidad se aloja el planteamiento de que es *justo y preventivamente eficaz* garantizar que se ejecutará la pena del modo más severo posible. Este planteamiento se identifica, por consiguiente, con un modelo retribucionista<sup>32</sup>. El delincuente merece (es justo) sufrir una sanción severa de modo severo, todo ello a la altura de su conducta. La pena se transforma, por tanto, en una forma de expiación<sup>33</sup> y de venganza<sup>34</sup>.

La introducción de un periodo de seguridad también potencia la prevención general<sup>35</sup>. En su vertiente positiva en cuanto busca reducir los niveles sociales de frustración punitiva y la sensación de falta de eficacia penal y aumentar la confianza en la vigencia del sistema penal y de los valores que tutela<sup>36</sup>. Y en su vertiente negativa porque representa una intimidación de la

<sup>31</sup> Y es que la progresión en grado, el régimen abierto, la libertad condicional o los permisos de salida no producen una reducción de la pena, afectan a las condiciones de su ejecución y al modo de su cumplimiento; véase en este sentido MURILLO RODRÍGUEZ, *Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario: las propuestas del "Derecho penitenciario mínimo", el "Derecho penitenciario del enemigo" y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español*, 2009, p. 231.

<sup>32</sup> Véase LÓPEZ PEREGRÍN, *REIC 1*, 2003, pp. 12 y s.; MAQUEDA ABREU, "Crítica a la reforma penal anunciada", *Jueces para la democracia* 47, 2003, pp. 6 y ss.; GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, pp. 34 y 38; FARALDO CABANA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 339; FARALDO CABANA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. I*, 2006, pp. 794 y s.; GARCÍA ARÁN, "La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 30, 2006, p. 10; CORCOY BIDASOLO, "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 (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. I*, 2006, p. 412; LANDA GOROSTIZA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. II*, 2006, pp. 195 y s., p. 200; LEGANÉS GÓMEZ, *La ley penal* 37, 2007, p. 117; LLOBET ANGLÍ, *InDret 1/2007*, pp. 27 y s.; RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ley penal* 65, 2009, pp. 56 y 65.

<sup>33</sup> Véase MUÑAGORRI LAGUÍA, en PORTILLA CONTRERAS (coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, 2005, p. 194.

<sup>34</sup> Véase críticamente en este sentido LÓPEZ PEREGRÍN, *REIC 1*, 2003, p. 13; también JUANATEY DORADO, *La ley penal* 9, 2004, pp. 12 y s.; ACALE SÁNCHEZ, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 352; MUÑAGORRI LAGUÍA, en PORTILLA CONTRERAS (coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, 2005, p. 194; y LANDA GOROSTIZA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. II*, 2006, p. 202.

<sup>35</sup> Véase ARRIBAS LÓPEZ, *Revista Poder Judicial* 77, 2005, p. 81; LLOBET ANGLÍ, *InDret 1/2007*, pp. 27 y s.; GONZÁLEZ TASCÓN, "El periodo de seguridad", en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 92

<sup>36</sup> Véase MAQUEDA ABREU, *Jueces para la democracia* 47, 2003, p. 8; JUANATEY DORADO, *La ley penal* 9, 2004, pp. 12 y s.; MUÑAGORRI LAGUÍA, en PORTILLA CONTRERAS (coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, 2005, p. 194; RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ley penal* 65, 2009, p. 56, y pp. 65 y s.; MURILLO RODRÍGUEZ, *Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario: las propuestas del "Derecho penitenciario mínimo", el "Derecho penitenciario del enemigo" y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español*, 2009, pp. 277 y ss.

Así, por ejemplo, MUÑAGORRI LAGUÍA, en PORTILLA CONTRERAS (coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, 2005, considera que la reforma de la pena de prisión «se usa como instrumento de comunicación con los ciudadanos fieles para reforzar, o recuperar, la confianza institucional, sustituyendo su forma democrática por su instrumentalización como técnica publicitaria entre los políticos y su público, como un instrumento que deforma su sentido y con el que el Estado busca lealtades, silencios, por las dificultades y

generalidad de la población mediante la sanción de una conducta con una pena ejemplar y la imposición efectiva de la misma en los regímenes de cumplimiento más duros, al menos durante el tiempo que dure el periodo de seguridad. La prevención especial, entendida aquí como la resocialización, se diluye (se ha perdido la fe en la resocialización como paradigma del sistema penitenciario), al tiempo que se refuerza su versión inocuidadora que pretende proteger a la sociedad manteniendo al delincuente (incurrible o que no puede serlo por una prisión que no funciona) el mayor tiempo en prisión alejado de ella<sup>37</sup>.

La prevalencia que se da al retribucionismo, a la prevención general y a la inocuidación parece difícilmente compatible con la relevancia que se otorga a la prevención especial positiva o integradora en la Constitución (art. 25.2 CE: «Las penas y las medidas de seguridad privativas de libertad se orientarán hacia la reeducación y reinserción social») y en la legislación penitenciaria (art. 1 LOGP: «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»; art. 110 RP: «Para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad»)<sup>38</sup>. Y ello porque el periodo de seguridad implica privar al interno de la posibilidad de reinserción durante el tiempo que dura: no existe posibilidad de adaptación del modo de cumplimiento a la evolución favorable del interno, más allá del progreso del primer al segundo grado y el sistema de permisos de salida<sup>39</sup>. La creación de un sistema de cumplimiento íntegro entra en contradicción con una de las exigencias del principio de resocialización: la

---

problemas de gobernabilidad, tanto ante específicos problemas concretos, más o menos coyunturales, como ante profundos desajustes estructurales» (p. 194).

<sup>37</sup> Véase LÓPEZ PEREGRÍN, *REIC* 1, 2003, pp. 13 y s.; también MAQUEDA ABREU, *Jueces para la democracia* 47, 2003, p. 10; GONZÁLEZ CUSSAC, «La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal», *Revista xurídica galega* 38, 2003, pp. 22, 24 y s.; ARRIBAS LÓPEZ, *Revista Poder Judicial* 77, 2005, p. 81; FARALDO CABANA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. I*, 2006, pp. 794 y ss.; LANDA GOROSTIZA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. II*, 2006, p. 196; LEGANÉS GÓMEZ, *La ley penal* 37, 2007, p. 120; PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, 2007, pp. 62 y s., p. 143; RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ley penal* 65, 2009, pp. 56 y 66; GONZÁLEZ TASCÓN, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 92. Además, en este sentido insiste PORTILLA CONTRERAS (*El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, 2007, pp. 62-63), y acertadamente, en que resulta «difícil continuar hablando ya de las pretensiones rehabilitadoras, por el contrario, parece evidente que el objetivo no es corregir o salvar almas sino almacenarlas y, en todo caso, castigar ejemplarmente al infractor».

<sup>38</sup> Véase MAQUEDA ABREU, *Jueces para la democracia* 47, 2003, p. 8; ARRIBAS LÓPEZ, *Revista Poder Judicial* 77, 2005, p. 70; ACALE SÁNCHEZ, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 347; RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ley penal* 65, 2009, p. 56.

Así, no existe un derecho subjetivo a la resocialización susceptible de protección en amparo. Es sólo un principio constitucional que debe ejercer su influencia sobre la política legislativa, penal y penitenciaria del Estado. El TC considera que el art. 25.2 CE implica un mandato de orientación de las políticas penal y penitenciaria hacia la reeducación y reinserción social (véase el ATC 360/1990, de 5 de octubre; también las SSTC 2/1987, de 21 de enero; 81/1997, de 22 abril; 91/2000, de 30 de marzo; y 194/2002, de 28 de octubre) **compatible con otros fines de la pena** (si bien el fin primordial durante la ejecución de la pena debe ser el preventivo-especial, asumiendo el preventivo-general su necesario protagonismo con la tipificación de un comportamiento y la imposición de una pena al sujeto que realiza dicha conducta). Véase en este sentido GONZÁLEZ PASTOR, «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 su constitucionalidad», *Actualidad penal* 40, 2003, pp. 1027 y s.; también ARRIBAS LÓPEZ, *Revista Poder Judicial* 77, 2005, p. 71; ACALE SÁNCHEZ, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 360. Ahora bien, esto no quiere decir que se pueda suprimir por completo dicho fin resocializador; a este respecto, véase LÓPEZ PEREGRÍN, *REIC* 1, 2003, p. 17.

<sup>39</sup> Véase CERVELLO DONDERIS, *La ley penal* 8, 2004, p. 5; también JUANATEY DORADO, *La ley penal* 9, 2004, p. 11. Aspecto que también se manifiesta en el endurecimiento de los plazos y requisitos para acceder a la libertad condicional, al tercer grado y a los beneficios penitenciarios previstos en el art. 78 CP y en los arts. 72.5 y 6 LOGP.

educación en libertad. El tercer grado es un régimen que, sobre la base del aumento de la confianza depositada en el interno por su evolución positiva en el tratamiento, le concede ciertas cuotas de libertad y responsabilidad<sup>40</sup>, lo que permite una progresiva integración en la comunidad<sup>41</sup> (y, al mismo tiempo, una evaluación del proceso de re-integración<sup>42</sup>). El interno debe tener la oportunidad de poner en práctica las nuevas capacidades adquiridas durante el periodo en prisión y de mantener el contacto con el entorno social que le es propio (evitando así, en la medida de lo posible, su desocialización). Por este motivo se debe fomentar el acceso al tercer grado, los permisos de salida, las visitas, etc.

Por otro lado, no sólo se arrincona el fin resocializador, también se puede limitar su eficacia: ¿qué motivación puede tener el recluso para someterse voluntariamente a un programa individualizado de tratamiento si tiene que esperar al cumplimiento de la mitad de su condena para poder recibir confianza institucional para vivir en semilibertad?<sup>43</sup>

Finalmente, una mención a la seguridad jurídica. He comentado que la Exposición de Motivos de la LO 7/2003 insiste en que una de las razones para incluir esta institución sería aumentar la seguridad jurídica: los ciudadanos conocen con mayor certeza la duración de las penas que efectivamente se impondrán. Ahora bien, no se persigue con ello aumentar la seguridad jurídica del ciudadano que pudiera sufrir esta pena. Su objetivo es la colectividad, que así sabe que las penas se van a cumplir en régimen cerrado, al menos en la mitad de su duración prevista<sup>44</sup>. Sin embargo «ni la certeza, ni la seguridad jurídica se ponen en entredicho si el cálculo del tiempo cumplido en régimen cerrado u ordinario no resulta hacedero, por depender de variables inaprehensible a priori desde la abstracta contemplación del tipo»<sup>45</sup>.

Y es que la seguridad jurídica implica que un sujeto pueda saber con anterioridad a la realización de un comportamiento si está prohibido y cuáles serán las consecuencias jurídicas de su conducta y que la sanción penal se ejecutará conforme a lo señalado por su ley reguladora (arts. 25 y 117.3 de la Constitución Española; arts. 1 a 3 CP). En ningún caso incluye el derecho de cada ciudadano a conocer la cuantía de la pena que van a cumplir en prisión, en régimen cerrado, los que cometen un hecho delictivo<sup>46</sup>; ni la seguridad de que los sujetos que delinquen cumplan toda su condena en el régimen cerrado<sup>47</sup>. Y es que no en vano semejante comprensión implicaría una manipulación de este principio.

---

<sup>40</sup> Que se incrementa en función de la cuota libertad concedida. La confianza concedida y la responsabilidad que asume en el caso de un permiso de dos días no es la misma que en la libertad condicional. Ejemplos tomados de ARRIBAS LÓPEZ, *Revista Poder Judicial* 77, 2005, p. 66.

<sup>41</sup> Véase JUANATEY DORADO, *La ley penal* 9, 2004, p. 11; también ARRIBAS LÓPEZ, *Revista Poder Judicial* 77, 2005, p. 65.

<sup>42</sup> «Es por eso necesario que las salidas empiecen con permisos ordinarios de muy corta duración, con muchas medidas de control y con un intenso seguimiento posterior de sus efectos sobre el penado para ir aumentando, posteriormente, su duración antes de plantear siquiera la progresión al tercer grado; así, de forma paulatina y gradual, puede irse validando el pronóstico originariamente realizado y, en base el mismo, actuar con mucha mayor seguridad» (ARRIBAS LÓPEZ, *Revista Poder Judicial* 77, 2005, p. 67).

<sup>43</sup> Véase ACALE SÁNCHEZ, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 373.

<sup>44</sup> Véase GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, p. 35; MOLINA GIMENO, *Diario La Ley* 6966, 2008, p. 1437; SOLAR CALVO, *Diario La Ley* 7238, 2009, p. 1663.

<sup>45</sup> GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, p. 35.

<sup>46</sup> Véase GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, p. 35; ACALE SÁNCHEZ, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 350; JUANATEY DORADO, *La ley penal* 9, 2004, p. 12.

<sup>47</sup> Véase JUANATEY DORADO, *La ley penal* 9, 2004, p. 13.

b. Carácter obligatorio limitado

Para hacer frente a estas críticas y mantener cierta vigencia del sistema de individualización científica, la redacción del art. 36.2 CP prevé pasarelas para volver al sistema general<sup>48</sup> que, según el texto primigenio de este artículo, se limitaban a la capacidad que se otorgaba al JVP para volver (salvo excepciones) al régimen general.

Esta posibilidad de retorno al sistema general se refuerza con la reforma reintroducida por la LO 5/2010, que elimina el carácter automático de la aplicación del periodo de seguridad que la redacción anterior implicaba cuando la pena privativa de libertad superaba los 5 años de duración<sup>49</sup>. Ahora se indica, de forma expresa, que la decisión de fijar ese periodo de seguridad es discrecional para el Juez o Tribunal (sentenciador). Insiste en este hecho el preámbulo de la antes citada ley: «[...] 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»<sup>50</sup>.

En segundo lugar, en la LO 5/2010 se precisan los supuestos en los que el Juez o el Tribunal sí está obligado a establecer un periodo de seguridad: cuando la pena de prisión impuesta sea superior a los 5 años y, además, se trate en el caso de alguno de los delitos incluidos en la siguiente enumeración (según la modificación del apartado 2 del artículo 36 CP):

«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 art. 183 CP.

d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.»

A este respecto se han conseguido dos efectos positivos:

(i) Una reducción del grupo de delitos en los que el establecimiento de un periodo de seguridad tiene un carácter obligatorio.

(ii) Dejar claro que, incluso dentro de estos delitos, cuando la pena sea inferior a cinco años, no se podrá imponer el periodo de seguridad. Por consiguiente, queda resuelta la cuestión relativa a qué hacer cuando la pena impuesta por el delito de terrorismo sea inferior o igual a 5 años. Si satisfacen los demás

<sup>48</sup> Véase a este respecto ESPINA RAMOS, "La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras", *Revista de derecho y proceso penal* 11, 2004, p. 26.

<sup>49</sup> Véase en este sentido BACH FABREGÓ/GIMENO CUBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, 2010, p. 85; también GONZÁLEZ TASCÓN, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 93.

<sup>50</sup> Y sigue de este modo el preámbulo de la LO 5/2010: «Así, la remodelación del llamado "período de seguridad" garantiza 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».

Por otro lado se indica, con razón, que los dos criterios mencionados en el preámbulo, adicionales a la duración, que deben tener en cuenta los jueces o los tribunales para la imposición del periodo de seguridad (gravedad del hecho y personalidad del delincuente) deberían haberse incluido en el texto del art. 36.2 CP; así, GONZÁLEZ TASCÓN, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 93.

requisitos podrán acceder al tercer grado sin necesidad de cumplir periodo de seguridad alguno.

La reforma legislativa de 2010 mantiene la posibilidad, idéntica a como estaba previsto en la redacción original del art. 36.2 CP, que tiene el JVP para regresar al régimen general, salvo en los casos en los que exista una obligación de imponer un periodo de seguridad (en los supuestos anteriormente enumerados). Así, el JVP podrá restablecer el régimen general, cuando no sea de obligado cumplimiento el periodo de seguridad, tras oír al Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y demás partes (expresión que ha de entenderse referida a las víctimas del delito<sup>51</sup>), previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y teniendo en cuenta la personalidad y la evolución en el tratamiento.

El texto original del art. 36.2 CP implantaba la imposibilidad de vuelta al régimen general únicamente para los delitos de terrorismo (de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del CP) y aquellos otros cometidos en el seno de organizaciones criminales. La redacción actual implica, en este aspecto, un endurecimiento respecto a la regulación anterior a la reforma 5/2010 ya que no se podrá volver al régimen general en dos casos más: los supuestos c) y d)<sup>52</sup>.

La imposibilidad de regresar al régimen general en ciertos casos, aunque la evolución del interno lo aconseje, mientras no se superen unos límites objetivos no suprimibles, representa el mantenimiento de una incongruencia con el sistema de individualización científica recogido en la LOGP y una preponderancia de los fines inocuidadores y preventivo generales durante ese tiempo. Ello vuelve a plantear la posible inconstitucionalidad de la medida al no tener en cuenta en ningún momento durante ese periodo la evolución del tratamiento del sujeto para volver al régimen general. En los cuatro grupos de delitos señalados se sustituye por completo el modelo de individualización científica por el progresivo. Por esta razón habría sido necesario haber permitido la vuelta al sistema general en todos los casos<sup>53</sup>.

Y, de nuevo con las cuestiones de eficacia, ¿qué motivación puede obtener un terrorista para colaborar con las autoridades si su conducta sólo se podrá tener en cuenta cuando haya transcurrido la mitad de condena o, incluso, de la suma de las penas?<sup>54</sup> Se plantea una posible situación de trato desigual discriminatorio. En igualdad de condiciones en el estado de la evolución personal unos internos podrán acceder al tercer grado y otros no<sup>55</sup>. «Y es un trato discriminatorio porque se rompe el principio de igualdad de todos los condenados en la fase de

---

<sup>51</sup> Véase ACALE SÁNCHEZ, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 348; también SOLAR CALVO, *Diario La Ley* 7238, 2009, p. 1663.

<sup>52</sup> Véase en este sentido BACH FABREGÓ/GIMENO CUBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, 2010, p. 86.

<sup>53</sup> Así, por ejemplo, BACH FABREGÓ/GIMENO CUBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, 2010, p. 86.

<sup>54</sup> Es decir, que «la existencia del periodo de seguridad tendrá el efecto contrario al interés de la colaboración: si el premio por la ayuda es obtener el tercer grado muchos años después, no parece que haya ningún incentivo para que tal conducta se lleve a cabo cuando el sujeto puede aportar información relevante, sino cuando haya cumplido la mitad de su condena. Sin embargo, ¿cuál puede ser la importancia y eficacia de la información veinte años después de su ingreso en prisión?» (LLOBET ANGLÍ, *InDret* 1/2007, p. 15).

<sup>55</sup> Véase en este sentido, respecto a la redacción original del art. 36.2 CP, JUANATEY DORADO, *La ley penal* 9, 2004, p. 15. Véase también FARALDO CABANA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. I*, 2006, p. 796; y RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ley penal* 65, 2009, p. 66.

ejecución, creando modalidades de ejecución diferentes en atención a la naturaleza del delito cometido»<sup>56</sup>.

Por último, el conocimiento que tiene el interno de que no podrá acceder al tercer grado, aunque su situación personal lo recomiende, y que ello depende necesariamente del trascurso de un tiempo tasado, o de una decisión incierta del JVP presidida por los motivos retributivos y preventivos anteriormente indicados (condicionados por el estado de la opinión pública sobre el delito cometido o el delincuente), tiene un punto aflictivo próximo a la tortura. ¿No sería por eso un ejemplo de forma de ejecución inhumana?<sup>57</sup>

De vuelta al sentido político-criminal de esta excepción al sistema general. La creación de un sistema que instaura un periodo de seguridad consigue un importante efecto: se ejerce un control sobre la Administración Penitenciaria<sup>58</sup>. Ésta pierde, cuando se impone el periodo de seguridad, la competencia primaria para decidir el acceso al tercer grado. Esta competencia pasa a depender de un órgano jurisdiccional que ejerce un control a priori<sup>59</sup>. Primero, el Juez o Tribunal sentenciador (en adelante, JS) que, a la hora de determinar la pena, puede acordar en muchas ocasiones establecer una extensión inferior o superior a 5 años. La nueva redacción del 36.2 CP aumenta las posibilidades de control del JS que, antes de la decisión del JVP y cuando se decida fijar una pena superior a 5 años, puede resolver no aplicar el periodo de seguridad. Luego el JVP podrá retornar al régimen general (menos en los casos en los que sea de imposición obligada). Finalmente, también ejercerá esta facultad de control el JS que tiene la competencia para resolver los recursos de clasificación.

Con anterioridad existía un control a posteriori (que se mantiene). El art. 107 RP contiene la obligación de notificar al Fiscal todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado adoptadas por el Centro Directivo o por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento según lo indicado en el artículo 103.7 RP. Dicho organismo deberá decidir a continuación si recurre, en función del interno y del informe remitido por la Junta de Tratamiento.

Se pretende ejercer un mayor control sobre la Administración Penitenciaria, a la que se quiere someter, en sus decisiones, a un control jurisdiccional, presuntamente más preocupado por necesidades preventivo generales (y por los sentimientos de justicia de la opinión pública) que por cuestiones resocializadoras. Se afirma, en suma, que estos órganos jurisdiccionales podrán valorar las necesidades retributivas y los fines de prevención general requeridos por el caso mejor

---

<sup>56</sup> FARALDO CABANA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Vol. I, 2006, p. 796. Y sigue de este modo la autora: «Y sin que haya ningún motivo racional que explique el trato excepcional a los delincuentes terroristas y organizados, pues evidentemente hay delitos más graves en el Código Penal cuyos autores se acogen al régimen general» (FARALDO CABANA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Vol. I, 2006, nota 87).

<sup>57</sup> MUÑAGORRI LAGUÍA, en PORTILLA CONTRERAS (coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, 2005, p. 189, califica esta «decisión política de hacer efectiva una larga condena de prisión» como una «forma de pena de muerte de ejecución lenta».

<sup>58</sup> Control que se completa con otras medidas como las previstas en el art. 78 CP.

<sup>59</sup> Así ARRIBAS LÓPEZ, *Revista Poder Judicial* 77, 2005, p. 89 (que habla de «judicialización de la ejecución de la pena de prisión»); véase también GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, p. 54; GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, 5ª ed., 2008, p. 454.

que la Administración Penitenciaria de cuya discrecionalidad se desconfía<sup>60</sup>. Con ello, se pasa de la evaluación positiva de la flexibilidad del sistema de individualización científica a su visión como una discrecionalidad que se debe evitar<sup>61</sup>. Flexibilidad que permitía adaptar el modo de cumplimiento de la ejecución en dos direcciones. Una culmina en el régimen cerrado, basado en el aislamiento y en la pérdida de beneficios penitenciarios; la otra en la libertad condicional, sustentada en la confianza en las posibilidades de vida en libertad del interno. Es evidente que la dirección de la discrecionalidad que se pretende evitar es la segunda, la que otorga mayores cuotas de libertad al interno en función de unos fines resocializadores y según su evolución personal<sup>62</sup>.

Por último, precisar que el regreso al sistema general no siempre es sencillo. Se ha de tener en cuenta la dificultad para poner de acuerdo a todas las partes necesariamente interrelacionadas<sup>63</sup>: el JVP no puede dejar sin efecto dicho periodo de seguridad si no hay un informe favorable de la Junta de Tratamiento que le solicita la aplicación del régimen general de cumplimiento (Instrs. DGIP 2/2004 y 2/2005)<sup>64</sup>. No obstante, aunque haya un informe favorable de la Junta de Tratamiento, se permite que el JVP atienda a otros criterios objetivos que hacen posible fundamentar la negación de la vuelta al régimen general incluso cuando la evolución del interno fuera positiva. El JVP podrá tener en cuenta: la asunción del delito, la actitud respecto a la víctima, la conducta efectiva llevada a cabo en libertad (entre la comisión del delito y el ingreso en prisión), la participación en programas específicos de tratamiento y la evolución demostrada, la valoración de estos elementos por la Junta de Tratamiento, con emisión del pronóstico de reinserción (véase Instrs. DGIP 9/2003, 2/2004 y 2/2005).

Ahora bien, la decisión de no restablecer el régimen general tomada por el JVP sobre la base de una mera falta de asunción del delito ha sido, con acierto, posteriormente corregida por las Audiencias Provinciales, que se apoyan en la evolución positiva que presentaba el interno, (véase el AAP Madrid 4735/2008, de 11 de diciembre [JUR 2009\88770]; también AAP Cádiz 385/2008, de 2 de diciembre [JUR

<sup>60</sup> MANZANARES SAMANIEGO, *Actualidad penal* 1, 2003, p. 207, escribía antes de la reforma legislativa del año 2003 que el control discrecional ejercido por el fiscal era insuficiente y que «hoy la concesión del tercer grado funciona como la entrega de un cheque en blanco a la Administración Penitenciaria que ésta rebajará a voluntad, minusvalorando a veces el fundamento culpabilístico de la pena y sus fines de prevención general». Considera adecuado por ello la introducción del periodo de seguridad ESPINA RAMOS, *Revista de derecho y proceso penal* 11, 2004, p. 27, al estar destinado a evitar la mera decisión administrativa sin control judicial.

<sup>61</sup> Véase críticamente SOLAR CALVO, *Diario La Ley* 7238, 2009, p. 1662, que sostiene que superar la impresión de arbitrariedad de la Administración era uno de los motivos de la reforma. Próximos en la crítica, véanse JUANATEY DORADO, *La ley penal* 9, 2004, p. 16; también LEGANÉS GÓMEZ, *La ley penal* 37, 2007, p. 117; y MOLINA GIMENO, *Diario La Ley* 6966, 2008, pp. 1437 y s.

Véase también en el mismo sentido RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ley penal* 65, 2009, p. 66, quien insiste en la idea de desconfianza en la discrecionalidad de la Administración Penitenciaria y los JVP.

<sup>62</sup> Véase JUANATEY DORADO, *La ley penal* 9, 2004, p. 12.

<sup>63</sup> Y el intrincado proceso existente: «Así, partiendo de la propuesta del Centro Penitenciario de levantamiento del período de seguridad, ésta ha de aprobarse por el JVP. Recibida la aprobación judicial en el Centro Penitenciario, se remite el expediente completo, con la propuesta de pase a tercer grado, a los Servicios Centrales para el visto bueno definitivo a nivel administrativo. De nuevo y en caso de que la resolución sea favorable, se comunica al JVP el pase a tercer grado, esto último en cumplimiento de lo que el Reglamento establece para todo acceso al régimen de semilibertad [scil. art. 107 RP]» (SOLAR CALVO, *Diario La Ley* 7238, 2009, p. 1663).

<sup>64</sup> Para algunos autores la iniciativa que tiene la Administración Penitenciaria muestra, en un sentido inverso al expuesto hasta ahora, la desconfianza del legislador en el órgano jurisdiccional; así, por ejemplo, véase LANDA GOROSTIZA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Vol. II, 2006, p. 177.

2009\161384])<sup>65</sup>.

El Centro Directivo no podrá adoptar una decisión autónoma respecto a la clasificación en tercer grado sobre la base de la propuesta de la Junta de Tratamiento, ya que esta posibilidad siempre estará condicionada a la aprobación previa del JVP que decide, no sobre la concesión del tercer grado, sino sobre la vuelta al régimen general y la posibilidad de obtener dicha clasificación.

Esta dificultad de entendimiento en ocasiones conduce a que en los casos en los que está vigente el periodo de seguridad se prefiera recurrir a la figura del art. 100.2 RP: segundo grado flexible que permite acudir a las actividades formativas que celebren entidades colaboradoras, aunque requiere, igualmente, su aprobación por el JVP<sup>66</sup>. Éste puede preferir esta solución intermedia porque, frente a las potenciales críticas de la opinión pública, siempre podrá esgrimir que, realmente, no se ha concedido el tercer grado<sup>67</sup>.

### c. Enfermos muy graves con padecimientos incurables

También se ha planteado si el periodo de seguridad se puede aplicar a los sujetos incluidos en el art. 104.4 RP: «Los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad».

Se defiende que es una situación excepcional en la que se deben eliminar todos los requisitos objetivos para alcanzar el tercer grado. Las Instrs. DGIP 9/2003, 2/2004 y 2/2005 son de esta opinión. Se basan en el hecho de que si el art. 92 CP, que exige por motivos similares del cumplimiento de los requisitos temporales para la concesión de la libertad condicional, no fue modificado por la LO 7/2003, entonces ha de afirmarse (por interpretación extensiva a favor de reo) que el art. 104.4 RP no se verá afectado por el periodo de seguridad (véase el AAP Madrid 174/2008, de 16 de enero [JUR 2008\99386])<sup>68</sup>. Así mismo insisten en «razones de humanidad y dignidad personal» (véase Instr. DGIP 2/2005).

Por otro lado, una interpretación en un sentido diferente vaciaría de contenido el art. 92 CP. Con un ejemplo. Un enfermo terminal solicita el acceso a la libertad condicional. No se le requiere cumplir un periodo de tiempo al concurrir dicha circunstancia. Sin embargo no se le podrá

---

<sup>65</sup> Por ejemplo, el mencionado AAP Madrid 4735/2008, de 11 de diciembre (JUR 2009\88770), señala lo siguiente en su Fundamento Jurídico Cuarto: «Debe entenderse que el esfuerzo por trabajar, por mejorar o incrementar la capacitación laboral representa asunción suficiente de la responsabilidad contraída, sin que la ejecución de la pena deba aspirar a provocar en quien se encuentra sometido a ella un arrepentimiento moral o conversión íntima, puesto que la sentencia de condena penal tampoco contiene condena moral alguna, debiendo conformarse, como pertenece a las instituciones jurídicas, con la sumisión de la conducta externa a los valores del Derecho».

<sup>66</sup> Véase SOLAR CALVO, *Diario La Ley* 7238, 2009, p. 1663, n. 22. Véase también GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, p. 40, quien insiste, empero, respecto al principio de flexibilidad del art. 100.2 RP, en «su escasa aplicación práctica y el carácter excepcional de dicha medida». Sobre el modelo flexible del art. 100.2 RP véase la Instr. DGIP 9/2007.

<sup>67</sup> Siempre que la opinión pública no esté en contra de la concesión de cualquier elemento propio del régimen del tercer grado. Lo sucedido con de Juana Chaos es un ejemplo de ello.

<sup>68</sup> Véase GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, pp. 62 y s.; también ESPINA RAMOS, *Revista de derecho y proceso penal* 11, 2004, p. 29. En contra porque atenta contra el principio de legalidad, véase CERVELLÓ DONDERIS, *La ley penal* 8, 2004, p. 13.

conceder la libertad condicional cuando se exija a los internos en ese estado el cumplimiento de un periodo de seguridad al no satisfacer, tal y como recoge el art. 92.1 CP, el primer requisito del art. 90.1 CP («se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario»). Esta situación conduce no sólo a la necesidad de levantar dicho periodo de seguridad ante los enfermos muy graves. Igualmente tendría que extenderse a los mayores de 70 años pues, insisto, de lo contrario no se les podría aplicar el art. 92 CP.

Aunque en las citadas instrucciones no se mencione de forma expresa, parece deseable, porque responde a los mismos motivos humanitarios (y por los demás argumentos aportados), que el periodo de seguridad tampoco esté vigente cuando el enfermo hubiera cometido un delito de terrorismo o en el seno de una organización criminal. Hubiera sido necesaria una precisión al respecto en la regulación del art. 36.2 CP. Tampoco la LO 5/2010 contiene indicación alguna sobre este aspecto.

### 3.2 Cómputo de la pena superior a 5 años

#### a. Una sola pena

El cómputo no presenta complicación alguna cuando al sujeto se le ha impuesto una única pena. Simplemente se comprobará si ésta sobrepasa los cinco años. **Si fuera igual o inferior no se podrá aplicar el periodo de seguridad.** Si fuera superior se le *podrá* imponer (salvo que fuera obligatorio en función del tipo de delito cometido) un periodo de seguridad equivalente a la mitad de la pena.

#### b. Varias penas y/o condenas

La situación se vuelve más compleja cuando hay varias penas y/o condenas.

- (i) El art. 36.2 CP no deja claro si el periodo de seguridad, cuando el sujeto haya cometido varios delitos, se refiere a las penas individuales o a la suma de las mismas (ni los límites aplicables, en tal caso). La reforma legislativa de 2010 deja también esta cuestión sin resolver.

Inicialmente las Instrs. DGIP 9/2003 y 2/2004 determinaron que se debía tener en cuenta la suma de todas las penas o la refundición de condenas que el interno esté cumpliendo: «en los supuestos en los que el penado cumpla una pena de más de 5 años o varias que sumadas aritméticamente o refundidas excedan de esta duración será requisito necesario que el interno tenga cumplida la mitad de la condena o condenas, con independencia de que éstas vengán impuestas en una o varias causas o procedimientos»<sup>69</sup>. Ahora bien, se criticó que representaba una interpretación en contra de reo pues permitía aplicar el periodo de seguridad por la suma total de las penas cuando de forma aislada ninguna superara los 5 años.

A ello se podía responder que abandonar este sistema de cómputo conduciría a situaciones incoherentes

---

<sup>69</sup> Véase GONZÁLEZ DEL POZO, "Acotaciones al apartado 2º del art. 36 del vigente Código Penal", *Cuadernos de Derecho Judicial (Derecho penitenciario II)* 17, 2003, p. 602; también ARRIBAS LÓPEZ, *Revista Poder Judicial* 77, 2005, p. 82.

con el propósito por el que se había creado el periodo de seguridad: si se impone este límite como una medida de prevención general esas exigencias están más presentes cuando un sujeto suma una condena de 12 años (aun dividida en penas inferiores a 5 años) que cuando ha cometido una sola pena sancionada con 6 años.

Por ejemplo, un sujeto ha cometido cuatro delitos de homicidio imprudente: se ha impuesto para cada delito la pena individual máxima, 4 años (art. 142 CP). La condena máxima sería, en cambio, 12 años (según lo previsto en el art. 76 CP: triple de la pena mayor hasta el límite de 20 años). De este modo si utilizamos una interpretación estricta de «pena», como cada una de ellas no supera los 5 años no se podría aplicar el periodo de seguridad. Como, por el contrario, se atendía a la suma de las penas, sí era viable<sup>70</sup>.

La Instr. DGIP 2/2005 adopta un cambio de criterio y decide utilizar la duración de la pena estricta: «Para la aplicación del periodo de seguridad, establecido en el art. 36.2 CP, se tendrá en cuenta la pena o penas impuestas consideradas de manera individual; es decir, que en los supuestos en los que el penado cumpla varias que sumadas aritméticamente o refundidas excedan de 5 años, pero que individualmente consideradas no excedan de este límite, no le será de aplicación el periodo de seguridad»<sup>71</sup>.

Esta segunda interpretación se sustenta en varios argumentos. Por un lado, en la idea de que el principio de unidad de ejecución del art. 193.2 RP está pensado únicamente para la libertad condicional (véase el AAP Barcelona 823/2005, de 1 de junio [JUR 2005\178882])<sup>72</sup>. En segundo lugar en que el art. 36.2 CP habla de la «duración de la pena», mientras que el legislador se refiere expresamente en otros artículos del CP a la «condena» (art. 76 CP) o a la «suma de las penas impuestas» (arts. 78 y 81.2 CP; véase el AAP Madrid 1180/2004, de 6 de mayo [ARP 2004\665]; AAP Barcelona 823/2005, de 1 de junio [JUR 2005\178882]). Por tanto, la identificación de «pena» con «suma de penas» o con «condena» implicaría una interpretación en contra del reo de una norma que representa una excepción al sistema de individualización científica (véase el AAP Madrid 1180/2004, de 6 de mayo [ARP 2004\665]; AAP Barcelona 823/2005, de 1 de junio [JUR 2005\178882]). Por último se señala que el texto de la Exposición de Motivos de la LO 7/2003 recoge que el periodo de seguridad no está pensado para los delitos «graves» sino para los que tengan «mayor gravedad» (los que posean una pena superior a 5 años) «y es sabido, por aplicación del principio de legalidad, que la suma de delitos no convierte a cada uno de ellos en más grave, fuera de los concretos efectos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad legalmente establecidas (reincidencia) o de los conceptos legalmente fijados en determinados delitos (habitualidad)» (AAP Barcelona 823/2005, de 1 de junio [JUR 2005\178882]).

A pesar de ello, todavía se encuentran autos posteriores a esa fecha que acuden al criterio de la suma total aritmética de las penas (véase la SAP Pontevedra 7/2006, de 6 de septiembre [JUR 2009\441531]).

---

<sup>70</sup> Véase ESPINA RAMOS, *Revista de derecho y proceso penal* 11, 2004, p. 28, quien mantiene que, aunque la solución de la condena global es teóricamente la más adecuada, la interpretación a favor de reo conduciría a no aplicar el periodo de seguridad en los que ninguna de las penas supera el límite de los 5 años.

Véase también LANDA GOROSTIZA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Vol. II, 2006, p. 187.

<sup>71</sup> Véase SOLAR CALVO, *Diario La Ley* 7238, 2009, p. 1663.

<sup>72</sup> Véase GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, pp. 58 y s.

La consecuencia práctica reside en que **no se podrá imponer el periodo de seguridad si al menos una de la penas no supera los 5 años**. A partir de aquí el problema que aparece es cómo determinar el periodo que debe cumplirse cuando varias penas superan ese límite. Esto es, ¿la mitad de qué pena cuando concurren varias que exceden los 5 años?: ¿la menor de las penas que rebasan ese límite?, ¿la mayor?, ¿la suma de todas las que lo sobrepasan? Con anterioridad no surgía esta dificultad al tener como referencia la condena máxima. Incluso la Instr. DGIP 2/2004 señalaba que «todas las propuestas de clasificación inicial o progresión a tercer grado indicarán expresamente el total de la condena impuesta en la causa o causas penadas que se encuentre cumpliendo, así como la fecha de cumplimiento de la mitad de ellas». El cambio de criterio de la Instr. DGIP 2/2005 no ha venido acompañado de una solución para estos casos. La LO 5/2010 tampoco ha previsto una vía para resolverlo. Ante esta situación hay dos líneas de solución posibles.

La primera es aquella que, amparándose en la ausencia del plural en el art. 36.2 CP (sólo habla de pena) y en que la Instr. DGIP 2/2005 se refiere únicamente a la imposibilidad de tener en cuenta la suma de las penas para considerar superado el margen de los 5 años, decide que el periodo de seguridad se debe limitar a la mitad de la duración de **una de las penas superiores a 5 años**. Se desecha, a estos efectos, el resto de las penas que rebasan esta cuantía. En este contexto el debate se reduce a precisar si será la pena de menor (alternativa más favorable al reo) o de mayor cuantía la que se tomará como referencia.

La segunda, defiende que es necesario tener en cuenta **todas las penas superiores a 5 años** apoyándose en la referencia plural a las «penas» contenida en la citada instrucción («tendrá en cuenta la pena o penas impuestas consideradas de manera individual») y, sobre todo, en la satisfacción de las necesidades preventivo generales vinculadas al periodo de seguridad. Por este motivo el espacio de medición temporal tendría que estar lo más próximo posible a la suma total de las penas.

En esta línea de interpretación efectivamente se puede acordar que el periodo de seguridad tiene que coincidir con la mitad de la suma aritmética de todas las penas (superiores a 5 años).

Incluso se podría llegar más lejos: englobar todas las penas. En esta dirección se mueven las opiniones que sostienen que basta con comprobar que una de las penas concretas sobrepasa los 5 años. Cuando ello suceda el periodo de seguridad se tendrá que computar respecto a la condena global, incluyendo a todas las penas (inferiores y superiores a dicho límite)<sup>73</sup>. No obstante, y a pesar de lo que parezca, esta interpretación, antes del cambio operado con la Instr. DGIP 2/2005, tenía un efecto restrictivo (que beneficiaba al interno): impedía la suma de todas las penas hasta que, al menos una, fuera superior a 5 años.

Sin embargo, esta solución estaría olvidando los límites existentes en el CP para la acumulación jurídica. También tendrían que aplicarse al periodo de seguridad (aunque no están previstos de forma expresa para estos casos). Estos límites (y estoy pensando en el art. 76 CP) deben ser un referente para la medición de todos los plazos vigentes en el derecho penitenciario si no se quiere generar incongruencias. Su falta de respeto conduciría, por ejemplo, a situaciones en las que el periodo de seguridad podría tener una duración superior a la libertad condicional. Con un ejemplo. Si un sujeto ha sido condenado por un total de 35 años (tres delitos sancionados con 10,

---

<sup>73</sup> Así ESPINA RAMOS, *Revista de derecho y proceso penal* 11, 2004, p. 29.

10 y 15 años), pero su condena máxima es de 20 años, entonces resultaría que si medimos el periodo de seguridad respecto a la adición de todas las penas superiores a 5 años sin límite el interno obtendría antes la libertad condicional (15 años -3/4 partes de los iniciales 20 años<sup>74</sup>) que la posibilidad de acceder al tercer grado (17 años y seis meses). Si no se asumen límites se crea un régimen muy próximo al del art. 78 CP para supuestos que, respecto a otros plazos, aparecen vinculados a lo establecido por el art. 76 CP. Esta es la causa de la incongruencia.

Parece que lo más lógico sería entender que se sumarán **todas aquellas penas que sobrepasen el límite de los cinco años, siempre que el resultado de dicha adición no sea superior al que se obtiene mediante la aplicación de la regla concursal del art. 76 CP** (véase en este sentido el AAP Barcelona 823/2005, de 1 de junio [JUR 2005\178882])<sup>75</sup>.

Supongamos que un sujeto comete 2 delitos sancionados con las siguientes penas: 2 y 8 años. El periodo de seguridad (4 años) vendrá condicionado por el cumplimiento de la mitad de la pena que rebasa los 5 años (8 años). Compliquemos la situación: ahora son tres delitos con unas penas de 3, 6 y 8 años. La duración del periodo de seguridad para el primer grupo de soluciones, que sólo tienen en cuenta una pena, sería la mitad de la pena inferior (3 de 6 años) o superior (4 de 8 años). Para la segunda línea, que defiende la suma de las penas superiores a 5 años, el periodo de seguridad (7 años) coincidirá con la mitad de las penas superiores a 5 años (6 + 8 años). Aún más complejo: nos encontramos con un sujeto que comete 5 delitos sancionados con las siguientes penas: 3, 4, 6, 10 y 10 años.

El periodo de seguridad, según lo comentado, tendría que ser la mitad de la suma de las penas superiores a 5 años, 13 de 26 años. Sin embargo, si aplicamos la regla fija del art. 76 CP la condena máxima tendría que ser 20 años, cuantía que ha de prevalecer, en cuanto que beneficia al reo, como referencia sobre la que determinar el periodo de seguridad (que se reduciría de 13 a 10 años). Ahora bien, como seguidamente se indica, hay que comprobar si el sujeto se halla dentro del supuesto recogido por el art. 78 CP.

- (ii) La duración de dicho periodo de seguridad viene condicionada, además, por el art. 78 CP (igualmente reformado por la LO 7/2003 y que no ha sido modificado por la LO 5/2010). Según este artículo (que afecta de forma expresa tanto al tercer grado como a los permisos de salida y a la libertad condicional), si al aplicar los límites del art. 76 CP la condena resultante es inferior a la mitad de las penas, el JS puede decidir vincular los periodos de obligado cumplimiento (en el caso que aquí analizamos: la mitad de la pena que implica el periodo de seguridad) a la suma total de las penas y no de la condena máxima. Será una decisión discrecional del JS que, no obstante, cuando la restricción se encuentre dentro de los límites del art. 76a, b, c, y d (en los que el margen de la condena se extiende excepcionalmente por encima

---

<sup>74</sup> Que en este ejemplo se debe calcular con la condena máxima y no respecto a la suma de las penas porque la condena máxima no es inferior a la mitad de la suma de las penas (véase art. 78 CP).

<sup>75</sup> Próximo GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, 2004, p. 60.

de los 20 años) tendrá la obligación de aplicar la regla del art. 78 CP<sup>76</sup>.

Esta medida plantea tres cuestiones respecto al tercer grado. Primero, si la regla contenida en este artículo está prevista para las situaciones de acumulación del art. 76 CP, y se dice expresamente que afecta al tercer grado, ello quiere decir que, efectivamente, el periodo de seguridad se podrá medir, cuando existan varias penas y se decida sumarlas, y no concurra lo señalado en el art. 78 CP, a partir de las condenas máximas y no por la acumulación, sin límite alguno, de las penas aisladas que superen los 5 años<sup>77</sup>. Segundo, esta regla descarta la posibilidad de atender a una sola de las penas para medir el periodo de seguridad cuando acontezca la situación descrita en el art. 78 CP. Y tercero, antes he afirmado que, cuando se resuelva sumar las penas, únicamente se realizará la adición de las que superen los 5 años. Si bien esta última solución es la más adecuada, en cuanto más favorable para el reo, es cierto que en el art. 78 CP hay una mención expresa a «todas las penas impuestas», sin precisión alguna sobre su duración, lo que obliga a incluir las penas superiores e inferiores a los 5 años indicados. Se pone de manifiesto, de nuevo, la dureza (y falta de proporcionalidad) del sistema introducido por este artículo.

Esto genera una nueva dualidad: un sistema especial, creado por el art. 36.2 CP, permite calcular el periodo de seguridad sobre la suma de todas las penas o condenas superiores a 5 años con los límites del art. 76 CP (cuando se elija la línea de la acumulación). Otro sistema especial, determinado por el art. 78 CP, utiliza, en cambio, como referencia para fijar el periodo de seguridad, la suma de *todas* las penas de forma obligatoria.

Volvamos al sujeto del último ejemplo. Éste iba a ser sancionado con unas penas de 3, 4, 6, 10 y 10 años. Añado una pena adicional de 15 años para complicar el ejemplo. Si se tiene en cuenta una sola pena el periodo de seguridad alcanzaría los 3 (la mitad de 6 años) o los 7 años y medio (la mitad de 15 años) según se optara por la pena menor o mayor, respectivamente. Cuando se toma partido por la acumulación, la regla general de cómputo del periodo de seguridad (que no incluye las penas inferiores a 5 años) nos dirá que tiene que ser la mitad de 41 años. Ahora bien: como al aplicar la regla fija del art. 76 CP la condena máxima se situaría en 20 años, el periodo de seguridad tendría que ser la mitad de ésta, 10 años. Esta solución podría ser corregida por la regulación del art. 78 CP: la condena (20 años) es inferior a la mitad de la suma de todas las penas (48 años). En tal caso el JS puede decidir que el periodo de seguridad se mida (y aquí no hay otra alternativa) respecto a la suma total (48 años) siendo, entonces, 24 años.

Así mismo, incluso cuando la decisión del JS haya sido imponer este sistema excepcional de cómputo de plazos, el JVP (teniendo en cuenta los mismos aspectos indicados en el art. 36.2 CP: previo pronóstico individualizado, etc.) puede volver al sistema general. Esta previsión de regreso al sistema de cómputo general era necesaria pues, en caso contrario, podría representar una supresión encubierta del tercer grado. Imaginemos un supuesto en el que el sujeto tiene una suma aritmética de las penas por un total de 200 años: sólo podría acceder al tercer grado cuando

---

<sup>76</sup> No queda claro cuál es el criterio que debería utilizar el JS. Se manejan al respecto dos opciones posibles: la gravedad del delito (véase CERVELLÓ DONDERIS, *La ley penal* 8, 2004, p. 19, quien sostiene que ello puede implicar una doble sanción) o la peligrosidad del sujeto (aquí CERVELLÓ DONDERIS, *La ley penal* 8, 2004, p. 19 mantiene con acierto que la peligrosidad debería ser analizada durante la ejecución penitenciaria por especialistas).

<sup>77</sup> Si bien debo recordar aquí que el art. 78 CP, en su redacción original, sólo hacía referencia a los beneficios penitenciarios y a la libertad condicional. Por otra parte, la LO 7/2003 sí que introduce la mención al tercer grado.

hubiera cumplido la mitad, 100 años, lo que resulta imposible. Esta supresión del tercer grado también se produce con una suma de pena no tan exagerada pero por otro motivo: por sobrepasar el máximo de cumplimiento efectivo. El sujeto del ejemplo anterior, que tiene una condena de 20 años y una suma de penas de 48 años, únicamente podría acceder al tercer grado cuando hubiera satisfecho la mitad, 24 años. La cuestión es que 4 años antes ya habría salido de prisión por cumplimiento del periodo máximo de condena previsto en el art. 76 CP (20 años)<sup>78</sup>.

Sin embargo, para los delitos de terrorismo el JVP podrá decidir la vuelta al régimen general y tener por referencia el límite máximo de cumplimiento de la condena (y se incluye en él todas las penas, superen o no los 5 años), pero sólo se podrá pasar a tercer grado cuando falte 1/5 parte (esto es, se tiene que haber cumplido 4/5 partes de la condena máxima). De este modo, realmente no se vuelve al modelo del art. 36.2 CP si no a otro nuevo porque se crea un periodo de seguridad con un porcentaje de duración del cómputo de penas distinto al indicado en el art. 36.2 CP, que queda sin aplicación<sup>79</sup>. De nuevo se plantea un problema de inconstitucionalidad por atentar contra el art. 25.2 CE ya que con ese periodo casi no queda tiempo para el ejercicio de un tercer grado que, durante ese largo lapso de tiempo, no se puede aplicar en ningún caso aunque se constate que el sujeto no es peligroso y presenta una evolución favorable (porque el objetivo retributivo-inocuidador requiere que el interno pase el mayor tiempo posible en primer y segundo grado<sup>80</sup>). Éste obtiene la libertad sin haber disfrutado de los mecanismos creados para facilitar su reinserción gradual<sup>81</sup>.

Supresión solapada del tercer grado que va acompañada de la introducción encubierta, por la vía de los arts. 76 y 78 CP, de la cadena perpetua. El cumplimiento efectivo de 40 años de prisión es superior (en el caso de terroristas, cuando se aplique el art. 78 CP, no se podrá disfrutar de la libertad condicional hasta los 35 años, 7/8 de 40 años) al existente en países con cadena perpetua en los que se prevé la posibilidad de alcanzar la libertad condicional trascurrido un periodo de tiempo (menor: 15 años en Alemania, por ejemplo) como requisito de su constitucionalidad<sup>82</sup>. Sin duda es un ejemplo de pena inhumana<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> Véase en este sentido lo manifestado por LÓPEZ PEREGRÍN, *REIC* 1, 2003, p. 9; también ARRIBAS LÓPEZ, *Revista Poder Judicial* 77, 2005, p. 83; GONZALO RODRÍGUEZ, *La ley penal* 9, 2004, p. 83; FARALDO CABANA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 330.

<sup>79</sup> Las modificaciones introducidas por la LO 7/2003 conducen a que, respecto a los terroristas, la única medida que se pueda adoptar sea el indulto; véase en este sentido CERVELLÓ DONDERIS, *La ley penal* 8, 2004, p. 22.

<sup>80</sup> Véase FARALDO CABANA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 332; también ACALE SÁNCHEZ, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 372.

<sup>81</sup> Véase ESPINA RAMOS, *Revista de derecho y proceso penal* 11, 2004, p. 31; también JUANATEY DORADO, *La ley penal* 9, 2004, p. 22; CORCOY BIDASOLO, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.): *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Vol. I, 2006, p. 411.

<sup>82</sup> Véase LÓPEZ PEREGRÍN, *REIC* 1, 2003, p. 16; ACALE SÁNCHEZ, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 371; LASCURAÍN SÁNCHEZ, "¿Que les corten la cabeza?", *Claves de razón práctica* 145, 2004, p. 37; RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ley penal* 65, 2009, p. 65; DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El principio de humanidad en Derecho Penal", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 23, 2009, pp. 217 y s.

<sup>83</sup> Véase ACALE SÁNCHEZ, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA/BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 372; también DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 23, 2009, p. 219. «Desterradas históricamente las penas corporales, si una pena íntegra de 40 años no es una pena inhumana, y si según la Constitución existen penas inhumanas distintas a la pena de muerte, ¿en qué consiste entonces una pena inhumana?» (LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Claves de razón práctica* 145, 2004, p. 38).

- (iii) Puede suceder que el interno que estaba en tercer grado reciba notificación de nueva responsabilidad y que ésta determine que le va a ser de aplicación el periodo de seguridad o que la cuantía sobre la que se estaba midiendo (según lo comentado en páginas anteriores) se va a elevar, pudiendo acontecer que tuviera que pasar a segundo grado al no haber cumplido ahora el nuevo tiempo marcado<sup>84</sup>. Cuando esto ocurre se puede apreciar el perjudicial efecto que el modelo del art. 36.2 CP tiene sobre el proceso de resocialización de un interno.

Con todo, la Junta de Tratamiento, después de revisar la clasificación, podrá solicitar al JVP la aplicación del régimen general o proponer al Centro Directivo, en un informe motivado, la regresión al segundo grado. Propuesta que tendrá un carácter preceptivo y urgente cuando el JVP deniegue la vuelta al tercer grado (Instrs. DGIP 2/2004 y 2/2005). Con la reforma de la LO 5/2010 habrá que valorar previamente si el sujeto, por decisión del JS, ha quedado excluido del sistema que requiere el trascurso de un periodo de seguridad.

#### **4. Conclusiones**

(1) El modelo de cumplimiento de pena privativa de libertad vigente en España es un sistema progresivo de individualización científica. Éste permite clasificar al interno en un grado en función de su situación personal y la evolución que experimente durante el tratamiento. No hay una obligatoriedad de pasar por todos los grados, ni de mantenerse en ellos un lapso concreto de tiempo.

La reforma introducida por la LO 7/2003 implica la creación de un sistema excepcional, en el que no rige el modelo de individualización científica, y en el que la resocialización es desplazada por la retribución y por otros fines preventivos (la prevención general y la inocuización). El periodo de seguridad es una aportación del sistema excepcional: exige, cuando la pena de prisión impuesta sea superior a 5 años, el cumplimiento de la mitad de la misma para acceder al tercer grado.

(2) La LO 5/2010 introduce, por un lado, una importante mejora en cuanto que elimina el carácter automático de la aplicación del periodo de seguridad. Obligación que ahora sólo se mantiene para los supuestos indicados de forma expresa en el art. 36.2 CP y siempre que la pena impuesta por estos delitos supere los 5 años. El incremento en el respeto del principio de resocialización que ello implica queda cuestionado por la imposibilidad que tiene el JVP para regresar al sistema general precisamente en estos supuestos, en los que su imposición es obligada, y en los que durante ese plazo, y una vez alcanzado el segundo grado, no se atenderá a la evolución personal del interno en un sentido positivo (el negativo si se tendrá en cuenta para reducir el grado).

Se ha perdido, no obstante, la oportunidad de resolver por vía legislativa, incrementando así la seguridad jurídica, las dudas que existían sobre el cómputo de la pena (ni se prevé qué se debe entender por pena, ni se introduce una regla en caso de concurrencia de varias penas y/o condenas, ni se recoge una coordinación expresa con el art. 78 CP) respecto a la cual se va a medir la duración del periodo de seguridad.

---

<sup>84</sup> E incluso se podría plantear una situación en la que se tuviera que aplicar lo anteriormente dicho respecto al art. 78 CP.

Con la regulación actual, los modelos para la fijación de la pena de referencia para calcular el periodo de seguridad, cuando hay varias penas superiores a 5 años, son los tres siguientes:

(2.1) Sistema especial 1.

(a) No se exige la acumulación de las penas superiores a 5 años. Se puede utilizar una sola, la mayor o la menor. Defiendo que lo adecuado es optar por una de las propuestas de este grupo al ser más favorables al interno.

(b) Se demanda la acumulación de las penas superiores a 5 años. Se podrían sumar todas sin restricciones. Es más correcto, en cambio, aplicar los límites previstos en el art. 76 CP, lo que evita la producción de incongruencias dentro del sistema penitenciario.

(2.2) Sistema especial 2.

Cuando hay un concurso real o una refundición de condenas y, como resultado de ello, la condena máxima es inferior a la mitad de las penas impuestas, el periodo de seguridad se tendrá que determinar respecto a la suma total de las penas. Ahora bien, ello será una decisión discrecional (con las excepciones señaladas) del JS para su establecimiento y del JVP para su revocación.

(2.3) Sistema especial 3.

En el supuesto anterior, cuando se trate de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, el JVP podrá mantener el periodo de seguridad en 1/2 respecto a la suma total de las penas o establecer un nuevo sistema de cómputo del periodo de seguridad: 4/5 de la condena máxima (según el art. 76 CP).

## 5. Bibliografía

María ACALE SÁNCHEZ (2004), "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas", en Patricia FARALDO CABANA/Luz María PUENTE ABA/José Ángel BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 341 y ss.

Eugenio ARRIBAS LÓPEZ (2005), "Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de cumplimiento de la pena en prisión", *Revista Poder Judicial* 77, 2005, pp. 41-93.

Roser BACH FABREGÓ/Miguel Ángel GIMENO CUBERO (2010), "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas", en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Madrid, Aranzadi, pp. 71-90.

Carlos BAUTISTA SAMANIEGO (2006), "Periodo de seguridad y crimen organizado", *Cuadernos de Derecho Judicial (Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones)* 22, 2006, pp. 143-178.

Vicenta CERVELLÓ DONDERIS (2004), "Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 8, 2004, pp. 5-22.

Mirentxu CORCOY BIDASOLO (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 Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. I*, Madrid, Edisofer, pp. 383-414.

José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI (2009), "El principio de humanidad en Derecho Penal", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 23, 2009, pp. 209 y ss.

Jorge Ángel ESPINA RAMOS (2004), "La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras", *Revista de derecho y proceso penal* 11, 2004, pp. 23-38.

Patricia FARALDO CABANA (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 Patricia FARALDO CABANA/Luz María PUENTE ABA/José Ángel BRANDARIZ GARCÍA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 299 y ss.

Patricia FARALDO CABANA (2006), "Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción", en Manuel CANCIO MELIÁ/Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. I*, Madrid, Edisofer, pp. 757 y ss.

Ramón GARCÍA ALBERO (2004), "Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado", en Ramón GARCÍA ALBERO/José María TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 32 y ss.

Ramón GARCÍA ALBERO (2008), "Art. 36", en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 449 y ss.

Mercedes GARCÍA ARÁN (2006), "La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 30, 2006, pp. 5-14.

José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (2003), "La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal", *Revista xurídica galega* 38, 2003, pp. 13 y ss.

Juan Pablo GONZÁLEZ DEL POZO (2003), "Acotaciones al apartado 2º del art. 36 del vigente Código Penal", *Cuadernos de Derecho Judicial (Derecho penitenciario II)* 17, 2003, pp. 599-608.

Carmen Paloma GONZÁLEZ PASTOR (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 su constitucionalidad", *Actualidad penal* 40, 2003, pp. 1009-1028.

Rosa María GONZALO RODRÍGUEZ (2004), "Análisis del Código Penal de 1995 tras la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 9, 2004, pp. 75 y ss.

María Marta GONZÁLEZ TASCÓN (2010), "El periodo de seguridad", en Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 91 y ss.

Luis GRACIA MARTÍN/M<sup>a</sup> Carmen ALASTUEY DOBÓN (2004), "Ejecución de las penas privativas de libertad", en Luis GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 3ª ed.,

Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 83 y ss.

Carmen JUANATEY DORADO (2004), "La ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 9, 2004, pp. 5-30.

Jon Mirena LANDA GOROSTIZA (2006), "Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): Un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿hacia dónde?", en Manuel CANCIO MELIÁ/ Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Vol. II*, Madrid, Edisofer, pp. 165-202.

Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ (2004), "¿Que les corten la cabeza?", *Claves de razón práctica* 145, 2004, pp. 34 y ss.

Santiago LEGANÉS GÓMEZ (2007), "Crónica de una sentencia anunciada: el período de seguridad", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 37, 2007, pp. 116-130.

Mariona LLOBET ANGLÍ (2007), "La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias", *InDret* 1/2007, pp. 1 y ss.

María del Carmen LÓPEZ PEREGRÍN (2003), "¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", *Revista Española de Investigación Criminológica (REIC)* 1, 2003, pp. 1 y ss.

José Luis MANZANARES SAMANIEGO (2003), "El cumplimiento íntegro de la penas", *Actualidad penal* 1, 2003, pp. 195-214.

María Luisa MAQUEDA ABREU (2003), "Crítica a la reforma penal anunciada", *Jueces para la democracia* 47, 2003, pp. 6-11.

Francisco Javier MOLINA GIMENO (2008), "El periodo de seguridad; individualización judicial versus individualización penitenciaria en la ejecución de las penas graves", *Diario La Ley* 6966, D-184, 2008, pp. 1435 y ss.

Ignacio MUÑAGORRI LAGUÍA (2005), "Derecho penal intercultural y crisis del principio de soberanía", en Guillermo PORTILLA CONTRERAS (coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, Akal, pp. 181 y ss.

Roy Alexánder MURILLO RODRÍGUEZ (2009), *Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario: las propuestas del "Derecho penitenciario mínimo", el "Derecho penitenciario del enemigo" y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español*, Getafe, Universidad Carlos III.

Guillermo PORTILLA CONTRERAS (2007), *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE (2009), "El modelo penitenciario español frente al terrorismo", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 65, 2009, pp. 55 y ss.

Enrique SANZ DELGADO (2008), "Panorámica del sistema penitenciario español", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 45, 2008, pp. 5 y ss.

María del Puerto SOLAR CALVO (2009), "Consecuencias de la Ley Orgánica 7/2003 en el ámbito penitenciario", *Diario La Ley* 7238, D-279, 2009, pp. 1661 y ss.

Carlos ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ (2009), “La responsabilidad civil derivada de delito y tratamiento penitenciario: la progresión a tercer grado. Especial referencia a la delincuencia económica”, *Cuadernos de Política Criminal* 97, 2009, pp. 157-182.

### 6. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal y Sala</i>	<i>Fecha</i>	<i>Ar.</i>
<i>STC 2/1987</i>	<i>21 de enero de 1987</i>	<i>RTC 1987\2</i>
<i>STC 81/1997</i>	<i>22 abril de 1997</i>	<i>RTC 1997\81</i>
<i>STC 91/2000</i>	<i>30 de marzo de 2000</i>	<i>RTC 2000\91</i>
<i>STC 194/2002</i>	<i>28 de octubre de 2002</i>	<i>RTC 2002\194</i>
<i>ATC 360/1990</i>	<i>5 de octubre de 1990</i>	<i>-</i>
<i>STS 748/2006</i>	<i>12 de junio de 2006</i>	<i>RJ 2006\6305</i>
<i>SAP Pontevedra 7/2006</i>	<i>6 de septiembre de 2006</i>	<i>JUR 2009\441531</i>
<i>AAP Madrid 4735/2008</i>	<i>11 de diciembre de 2008</i>	<i>JUR 2009\88770</i>
<i>AAP Cádiz 385/2008</i>	<i>2 de diciembre de 2008</i>	<i>JUR 2009\161384</i>
<i>AAP Madrid 174/2008</i>	<i>16 de enero de 2008</i>	<i>JUR 2008\99386</i>
<i>AAP Barcelona 823/2005</i>	<i>1 de junio de 2005</i>	<i>JUR 2005\178882</i>
<i>AAP Madrid 1180/2004</i>	<i>6 de mayo de 2004</i>	<i>ARP 2004\665</i>

TABLA 1. Requisitos temporales de acceso al tercer grado después de la reforma introducida por la LO 5/2010

	SISTEMA GENERAL	SISTEMA ESPECIAL 1	SISTEMA ESPECIAL 2	SISTEMA ESPECIAL 3
<b>LEGISLACIÓN</b>	Art. 72.3 y 4 LOGP	Art. 36.2 CP	Art. 78 CP	Art. 78.3 a) CP
<b>SUPUESTO</b>	Evaluación positiva del interno	Cuando pena aislada o la condena sea superior a 5 años	Cuando la condena máxima (superior a 5 años) sea inferior a la mitad de la suma de todas las penas	El JVP decide volver al modelo de computo por la condena máxima
<b>REGLA</b>	No hay límite temporal para acceder al tercer grado. Cuando no se ha cumplido $\frac{1}{4}$ de la condena se recomienda que haya transcurrido un periodo de tiempo suficiente para realizar el estudio del interno	El acceso al tercer grado depende del cumplimiento de $\frac{1}{2}$ de la pena aislada o (i) de $\frac{1}{2}$ de la pena mayor o menor de las superiores a 5 años o (ii) de $\frac{1}{2}$ de la suma de las penas superiores a 5 años o de la condena máxima si esta suma sobrepasa los límites previstos en el art. 76 CP	El acceso al tercer grado depende del cumplimiento $\frac{1}{2}$ de la suma de todas las penas	En los delitos de terrorismo y los cometidos en organizaciones criminales, no puede regresar al sistema general, ni al sistema especial 1. El periodo de seguridad se mide por la condena máxima, pero tendrá que cumplir, para acceder al tercer grado, $\frac{4}{5}$ de la condena máxima.
<b>DISCRECIONALIDAD DE LA IMPOSICIÓN DEL SISTEMA</b>		Decisión discrecional del JS	Decisión discrecional del JS	Decisión discrecional del JVP
<b>CARÁCTER OBLIGATORIO DEL SISTEMA</b>		a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del artículo 183. d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II del CP, cuando la víctima sea menor de trece años.	Delitos de terrorismo. Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.	Delitos de terrorismo. Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.
<b>POSIBILIDAD DE REGRESO AL SISTEMA GENERAL</b>		JVP puede volver al sistema general. Salvo en los supuestos en los que la aplicación del periodo de seguridad tiene un carácter obligatorio.	Si el JS adopta el modelo especial 2 el JVP puede, después, volver al sistema especial 1 o, incluso, al general. Salvo que se encuentre en el supuesto del sistema especial 3	No existe