

**Aspectos penitenciarios de la reforma
del Código Penal (Ley Orgánica 6/2010,
de 22 de Junio)**

**Patricia Moreno Arrarás
Sevilla, 20 de enero de 2.011**

1.- Breves consideraciones generales sobre la reforma

Es una reforma amplia en cuanto al número de artículos a los que afecta pero, desde mi punto de vista, no aporta novedades esperanzadoras. Estamos ante una mera reforma en el más modesto sentido de la palabra, no ante una revolución. Así:

a) Vigésimo séptima reforma del Código Penal de 1.995. A, de promedio, una reforma cada nueve meses. Este ritmo frenético de modificaciones, ¿es compatible con la perdurabilidad y el sosiego que requiere el Derecho Penal?. Esos continuos cambios en la ley penal, con minúsculas, ¿alcanzan al Derecho Penal, con mayúsculas?

b) En términos generales, la reforma supone otra vuelta de tuerca en la línea del agravamiento punitivo. Se introducen nuevos tipos penales –hasta diez nuevos delitos–, se incorporan nuevas penas –privación de la patria potestad–, se incrementan las penas en muchos de los tipos penales ya existentes y se introduce, como medida de seguridad, la libertad vigilada.

De hecho, la aparente reducción de las penas en los delitos contra la salud pública puede quedar en muchos casos sin efecto por aplicación del art. 369 BIS, que castiga muy severamente estos delitos si se realizan por quienes pertenecen a una organización delictiva, nuevo concepto que se define en el nuevo art. 570 BIS.

c) Se continúa legislando como respuesta a casos concretos y para aparentar una reacción de los poderes públicos ante determinados supuestos en los que, aparentemente, la opinión pública tiene la percepción de que la justicia imperante se ha quedado corta. Se olvida que, por aplicación del principio de irretroactividad, el caso concreto que genera el supuesto clamor social que provoca cada reforma no va a resultar afectado por la misma. Ejemplo reciente: excarcelación del violador del Ensanche después de dieciséis años de prisión. Presunta reincidencia. Se diseña la libertad vigilada para delincuentes sexuales pero, de momento, no se le va a poder aplicar a Martínez Singul.

2.- Exposición de motivos

En su Exposición de Motivos, la Ley Orgánica 6/2.010, de 22 de junio, al hacer mención a la libertad vigilada, afirma que la reinserción y resocialización del delincuente presiden toda la reforma.

No es cierto. En el texto apenas existen ejemplos concretos de esa intención declarada en la Exposición de Motivos. Por otra parte, todos sabemos desde qué premisas ideológicas y con qué objetivos se ha diseñado, por ejemplo, la medida de seguridad de libertad vigilada. No precisamente desde la confianza en la reinserción sino desde la falta de confianza en la capacidad de reflexión o de recuperación del ser humano.

3.- Nueva regulación del periodo de seguridad (art. 36.2 CP)

La nueva regulación del periodo de seguridad constituye la modificación más puramente penitenciaria introducida por la Ley Orgánica 6/2.010.

Nuevo artículo 36.2 CP:

“Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

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

b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

c) Delitos del artículo 183.

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

El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.”

La regulación legal se complementa con la Instrucción 7/2010, de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, que modifica la Instrucción 2/2005 en lo relativo al periodo de seguridad. Se adjunta copia de la referida instrucción.

En la nueva redacción, la aplicación del periodo de seguridad deja de ser imperativa para todos los delitos con pena superior a cinco años. Ahora, será el juez o tribunal sentenciador el que decida si, en cada caso concreto con pena superior a cinco años, va a aplicarse el periodo de seguridad. Sin embargo, si se trata de alguno de los delitos expresamente enumerados en el art. 36.2 CP, la aplicación del periodo de seguridad será preceptiva.

Varios son los **PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN QUE SUSCITA LA NUEVA REGULACIÓN**. A saber:

a) Retroactividad

¿Qué ocurre con aquellas condenas superiores a cinco años impuestas por sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma en las que, como no podía ser de otra manera, el juez o tribunal sentenciador no se ha pronunciado respecto a la aplicación o no del periodo de seguridad?

La Instrucción 7/2010 opta por la interpretación más benigna. No se va a dar traslado al Juez o Tribunal sentenciador para que establezca si procede o no la aplicación del periodo de seguridad. La Instrucción 7/2010 considera que, por aplicación de la norma penal más favorable, dichas condenas quedan al margen del periodo de seguridad EXCEPTO si se trata de condena que imponga alguno de los delitos expresamente previstos en el nuevo art. 36.2 CP. En tal caso, deberá aplicarse el periodo de seguridad.

b) La decisión de que se aplique o no el periodo de seguridad, ¿debe realizarse en la sentencia y sólo en la sentencia o puede también contenerse en auto posterior?. El art. 36.2 CP no concreta nada al respecto.

c) Determinación de los delitos concretos en los que procede la aplicación preceptiva del periodo de seguridad.

Los apartados a), c) y d) no presentan, en principio, demasiados problemas interpretativos ya que identifican los concretos tipos penales en los que deberá aplicarse preceptivamente el periodo de seguridad. Por su parte, la lectura del apartado b) –delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal- resuelve, a mi modo de ver, las dudas que podía plantear la regulación anterior. Teniendo en cuenta que la LO 6/2010 dedica dos preceptos –arts. 570 Bis y 570 Ter- a delimitar qué debe entenderse y qué no por grupo u organización criminal y que, en los mismos preceptos, configura como delito autónomo el de pertenencia a una organización o grupo criminal, parece que la aplicación del periodo de seguridad únicamente debería circunscribirse a los supuestos en los que la sentencia condene por los delitos de los arts. 570 Bis y 570 Ter.

Pero, en tal caso, ¿qué ocurriría, por ejemplo, con el supuesto de condena por el tipo agravado de delito contra la salud pública que se aplica en caso de que el delito contra la salud pública se haya cometido “*por quienes pertenecieren a una organización delictiva*” (art. 369 Bis)?.

d) Duración de la pena impuesta “superior a cinco años”.

¿Se aplica el periodo de seguridad sólo cuando exista una pena que, individualmente considerada, sea superior a cinco años o también cuando el penado cumple varias condenas cuya suma aritmética es superior a cinco años?. La cuestión ya estaba resuelta pero la Instrucción 7/2010 insiste en la misma línea: únicamente cabe aplicar el periodo de seguridad si alguna de las condenas individualmente consideradas es superior a cinco años.

e) Posibilidad de dejar sin efecto el periodo de seguridad para volver al régimen general de cumplimiento.

Sólo para supuestos de aplicación facultativa en los que el juez o tribunal haya acordado la aplicación del periodo de seguridad.

La Instrucción 7/2010 aprovecha la ocasión para establecer un protocolo de actuación para los casos en los que sea la Junta de Tratamiento la que considere que el penado debe salir en tercer grado pese a tener aplicado el periodo de seguridad y para aportarnos información sobre cuales son los supuestos en los que la administración va a considerar esa posibilidad:

- Asunción o no del delito: reconocimiento y valoración por el interno de su conducta recogida en los “hechos probados”.
- Actitud respecto a la víctima: compromiso firmado de arrepentimiento y asunción o reparación de las consecuencias derivadas del delito.

- Conducta efectiva llevada a cabo en libertad, en su caso, entre la comisión del delito y el ingreso en prisión y pruebas que la avalen.
- Participación en programas específicos de tratamiento tendentes a abordar las carencias o problemas concretos que presente y que guarden relación con la actividad delictiva, así como le evolución demostrada con ellos.

f) Periodo de seguridad y nuevas condenas – La Instrucción 7/2010 expone también cual va a ser el criterio administrativo en el supuesto –poco probable- del penado ya clasificado en tercer grado que recibe que una nueva condena en la que sea aplicable el periodo de seguridad.

La Instrucción establece distintas formas de actuación “*si se comprueba que el interno no tiene cumplido el periodo de seguridad*”, algo que ocurrirá siempre que al interno, en dicha causa, no pueda considerársele abonado un periodo de prisión preventiva que alcance, al menos, la mitad de la condena. Así:

- Si la nueva condena no lo es por delito de aplicación preceptiva del periodo de seguridad y la Junta considere que el interno debe seguir en tercer grado, deberá solicitar al JVP la aplicación del régimen general de cumplimiento. Obviamente, si la Junta no estima procedente la continuidad en tercer grado, solicitará al centro directivo la regresión de grado.
- Si la nueva condena lo es por delito que requiera la aplicación preceptiva del periodo de seguridad, la Junta deberá formular inmediatamente propuesta de regresión a segundo grado.

4.- Posibilidad de cumplimiento de la pena de localización permanente en Centro Penitenciario

La reforma dota a la pena de localización permanente –art. 37 CP- de un protagonismo tan evidente como inexplicable. De hecho, se produce una considerable ampliación de su duración, al saltarse de los doce días de duración máxima que preveía la regulación anterior a la reforma a los SEIS MESES de duración máxima de la regulación vigente.

El papel otorgado a la localización permanente es un buen ejemplo de los bandazos del legislador. La pena de localización permanente se introdujo por la LO 15/2003 y vino a sustituir a la pena de arresto de fin de

semana cuya aplicación práctica había resultado caótica entre otras razones por las disfunciones que creaba en las prisiones. Sin embargo, sólo siete años después, lo que pareció malo y se suprimió se considera otra vez adecuado, de tal forma y manera que se rescata la posibilidad de que el penado vuelva a los centros penitenciarios durante el fin de semana.

¿Cuándo puede cumplirse en centro penitenciario? – Requisitos acumulativos.

. Si la localización permanente está prevista como pena principal para la falta de que se trate.

. Atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción

. Y siempre que así lo disponga el precepto aplicable.

Es decir: sólo para el supuesto del art. 623.1 CP –falta reiterada de hurto- y sólo para el supuesto de que no entre en juego el art. 234 CP (pena de prisión si se cometen tres faltas en un año y la suma total de lo hurtado supera los 400 €).

Por tanto y en principio, el cumplimiento de la pena de localización permanente en centro penitenciario va a ser residual. Otra cosa, discutible, es que una persona que ya está en prisión y que tenga pendientes de cumplimiento diversas penas de localización permanente pudiera optar por su cumplimiento en prisión.

5.- Modificación del art. 58 CP

La modificación pretende imposibilitar la interpretación que el Tribunal Constitucional realizó del antiguo art. 58 CP en su sentencia 57/2008, de 28 de abril, según la cual en el supuesto de que en una persona presa concurriera la doble condición de preventivo por una causa y penado por otra, el tiempo durante el que concurriera dicha doble condición debía computarse como tiempo cumplido en las liquidaciones de condena correspondientes a ambas causas.

La nueva redacción conjura cualquier posibilidad de doble cómputo en los siguientes términos:

“El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena

o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.”

Sin embargo, resulta interesante plantearse el alcance temporal de dicha modificación. Es decir: en tanto en cuanto se trata de una modificación desfavorable que incide de manera significativa en el tiempo efectivo de cumplimiento, cabe defender la imposibilidad de su aplicación retroactiva. Así las cosas, cabe plantearse cuando cesa la imposibilidad del doble cómputo. La interpretación más restrictiva supondría negar dicho doble cómputo a partir del 23 de diciembre de 2.010, fecha de entrada en vigor de la reforma. Sin embargo, ¿cómo deben resolverse los supuestos en los que tanto la condición de preventivo como la de penado tienen su origen en autos o sentencias dictadas antes de dicha fecha cuya ejecución, sin embargo, se proyecta más allá del 23/12/2010?. En tal caso y en aplicación de principio de irretroactividad de la ley penal, entiendo que procede el doble cómputo hasta que se alce la prisión preventiva o se extinga la pena. Es más: considero que también debe defenderse la aplicación del doble cómputo después del 23 de diciembre de 2.010 siempre y cuando la prisión preventiva –acordada, eso sí, antes del 23/10/2010- coincida con cualquier condena que el penado vaya cumpliendo con posterioridad a dicha fecha siempre y cuando dichas condenas se hayan impuesto por hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la LO 6/2.010.

Es de esperar que al respecto se nos invoque una objeción ya clásica. Así, se nos dirá que el principio de irretroactividad de la ley penal opera únicamente en el terreno del derecho penal sustantivo y no en el del derecho procesal penal que quedaría fuera del binomio retroactividad-irretroactividad. Pues bien: el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20/10/2.010, se pronuncia en los siguientes términos:

“(…) La interpretación que del art. 58.1 CP efectúa el Tribunal Constitucional, ciertamente novedosa, constituye una interpretación que en la medida que supone unos efectos más favorables para el penado, debe proyectar retroactivamente sus efectos, máxime teniendo en cuenta la condición del intérprete como guardián de la Constitución”.

Por tanto, entiendo que, al considerar perfectamente viable la aplicación retroactiva de una interpretación más benigna del art. 58 CP, se está abriendo la puerta al juego de la retroactividad/irretroactividad en relación con dicho precepto.

6.- Modificación del art. 89 CP

Por lo que a nuestro ámbito de actuación se refiere, la nueva regulación del art. 89 CP –que tiene como evidente objetivo el de vaciar las cárceles de extranjeros en situación irregular- ofrece dos novedades interesantes:

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas. (...)

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

Es decir:

a) La posibilidad de sustituir por expulsión la pena privativa de libertad inferior a SEIS AÑOS impuesta al extranjero irregular se flexibiliza – No sólo podrá acordarse, como hasta ahora, en sentencia. También podrá procederse a la sustitución en AUTO MOTIVADO POSTERIOR.

La modificación posibilitará que solicitemos la expulsión de extranjeros presos en situación irregular que quieran volver a su país o que prefieren anticipar su retorno sabedores de que, al finalizar el cumplimiento de la pena de prisión, van a ser expulsados.

b) La obligación de acordar la expulsión en sentencia o durante su ejecución para el caso del extranjero irregular que hubiera accedido al tercer grado o hubiera cumplido las $\frac{3}{4}$ partes se extenderá a CUALQUIER PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, no sólo a las penas superiores a seis años.

7.- Posibilidad de modificación de una medida de seguridad impuesta

Aunque no se trata de un tema estrictamente penitenciario, lo incluyo porque supone cambios en las funciones que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria asumen en materia de medidas de seguridad.

Tres cambios fundamentales:

* Se elimina del art. 97 CP la alusión a la “previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria” – Entiendo que ahora el Juez o Tribunal sentenciador va a poder decretar el cese, modificar, sustituir o suspender una medida de seguridad que él mismo ha impuesto por otra sin necesidad de la PREVIA PROPUESTA del JVP – Entiendo que la modificación es positiva porque simplifica el antiguo procedimiento para modificación de las medidas que era complicado y rígido.

* Todo ello sin perjuicio de la obligación anual del JVP de elevar anualmente al órgano judicial sentenciador la propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida SI ES PRIVATIVA DE LIBERTAD O DE LIBERTAD VIGILADA – Pero si la medida impuesta por el Tribunal Sentenciador NO ES PRIVATIVA DE LIBERTAD, el JVP como intermediario desaparece y será el órgano judicial sentenciador quien recabe a las administraciones, facultativos o profesionales los oportunos informes.

* Lo que se simplifica por un lado se complica por otro - INTRODUCCION DE LA AUDIENCIA A LAS PARTES – El órgano judicial deberá oír a la persona sometida a medida, al Ministerio Fiscal, a las partes personadas y a las víctimas del delito que no estuvieran personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto. Mala noticia teniendo en cuenta el espíritu vindicativo imperante en la opinión pública.

8.- La libertad vigilada

Se introduce la libertad vigilada como una nueva MEDIDA DE SEGURIDAD – Art. 106 CP.

Lo más novedoso de la libertad vigilada no es, quizás, su contenido –ya que su contenido es un compendio ampliado de las medidas no

privativas de libertad que ya se regulaban en el antiguo art. 105 CP- sino el hecho de que pueden imponerse a IMPUTABLES, después de cumplida la pena y por un periodo de tiempo muy extenso.

a) Medidas que puede incluir la libertad vigilada – Las listadas en el art. 106 CP.

b) ¿Cuándo podrá imponerse?

- Aunque el CP no prevea la posibilidad de que se aplique en la parte especial, el juez podrá aplicarla en supuestos de inimputabilidad total o parcial por un tiempo no superior a CINCO AÑOS – Hasta aquí, igual que antes de la reforma.
- Si el CP lo prevé expresamente, podrá imponerse la medida de hasta DIEZ AÑOS de duración.

c) Sobre el papel, la novedad para inimputables no es tanta si tenemos en cuenta que el anterior CP ya permitía la imposición de medidas de mayor duración que la de la pena – También antes podía cumplirse la pena y, sin embargo, continuar la medida porque el art. 6.2 CP establecía –y sigue estableciendo- lo siguiente:

“Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido ni exceder del límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.

Lo más novedoso es la posibilidad de que se imponga a IMPUTABLES y, además, para su cumplimiento posterior a la pena.

d) Procedimiento – Art. 105.2 CP.

Al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión, el JVP elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador quien concretará el contenido de la medida – Va a ser el JVP el que proponga cual vaya a ser el contenido de la libertad vigilada y el órgano judicial sentenciador quien la decida.

Si hay muchas penas que deban cumplirse sucesivamente, el procedimiento precedente deberá iniciarse al menos dos meses antes del cumplimiento de la última de las penas

PERO si hay varias penas y varias “libertades vigiladas” acordadas que no puedan cumplirse simultáneamente, se cumplirán sucesivamente.

e) Eso si: la medida de libertad vigilada está sometida a POSIBLES REVISIONES. Mismo procedimiento que el art. 98 CP para la revisión de las medidas de seguridad privativas de libertad. Así, se puede:

- Modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas.
- Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma a la vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.
- Dejar sin efecto desde el principio la medida si concurre ese pronóstico positivo de reinserción.

En resumen:

- La impone “genéricamente” el órgano judicial sentenciador en la sentencia.
- El JVP concreta en una propuesta el contenido.
- El juez o tribunal sentenciador acuerda el contenido concreto. También puede dejarla sin efecto.
- A lo largo del cumplimiento, el órgano judicial sentenciador puede modificarla, reducirla o dejarla sin efecto a propuesta del JVP.

f) ¿Quién elabora ese PRONOSTICO POSITIVO DE REINSERCIÓN del art. 106.3 CP que posibilita la reducción o la supresión de la medida? – Supongo que los Servicios Sociales Penitenciarios con fundamento en los informes de los concretos facultativos o profesionales o de las administraciones que ejecuten la medida.

g) En caso de INCUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA, doble opción
– Art. 106 CP:

- Modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas.
- Ante el incumplimiento reiterado o grave y revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, se podrá deducir testimonio por QUEBRANTAMIENTO DE

CONDENA – Entiendo que, en otro caso –en caso de que el incumplimiento no sea reiterado, grave o revelador- el quebrantamiento de la libertad vigilada, deberá atenerse a lo previsto en el art. 106 CP y quedará al margen del quebrantamiento de condena regulado en el art. 468 CP.

h) ¿Para qué delitos se prevé expresamente su imposición? – Por ejemplo, para todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Sea como fuere, actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de Real Decreto por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de las penas. El CGPJ ha criticado duramente este proyecto precisamente por la falta de regulación en materia de procedimiento, competencias y seguimiento de la libertad vigilada.
