

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL, LUIS AGUIAR DE LUQUE, RESPECTO DEL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE REFORMA PARA EL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS, APROBADO POR EL PLENO DEL CGPJ EN SU SESIÓN DEL 4 DE FEBRERO DE 2003, AL QUE SE ADHIEREN LOS VOCALES D. JOSE ANTONIO ALONSO SUAREZ, D. JUAN CARLOS CAMPO MORENO, D<sup>a</sup> MONTSERRAT COMAS D'ARGEMIR, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> ANGELES GARCÍA GARCÍA, D. JAVIER MARTÍNEZ LÁZARO Y D. FERNANDO SALINAS MOLINA.**

El Vocal que suscribe discrepa del Informe aprobado por el Pleno de este Consejo en el día de ayer sobre el "Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas". Dicha discrepancia, que es compartida por otros seis vocales que suscriben igualmente el presente Voto particular, se centra básicamente en dos cuestiones.

**I**

La primera de tales discrepancias se refiere a la nueva redacción de uno de los párrafos del Informe aprobado por la Comisión de Estudios, nueva redacción que el coponente del Informe, Sr. Prego, presentó al comienzo de la deliberación en el Pleno de este Consejo. Dicha discrepancia se sitúa tanto en el método como dicha reforma fue presentada en el Pleno, como en el contenido mismo de la modificación.

De una parte es procedente comenzar dejando constancia que la Comisión de Estudios acordó encomendar la ponencia de este Informe a los Vocales Srs. Aguiar, que es quien ahora formula este voto particular, y Prego el día 16 de enero. Desde dicha fecha hasta la deliberación del informe en el seno de la Comisión de Estudios, que tuvo lugar el día 30 del mismo mes de enero (esto es, 14 días después), ambas coponentes intercambiaron puntos de vista y redacciones alternativas del futuro Informe en reiteradas ocasiones. El resultado final fue el Informe sometido a deliberación de la Comisión de Estudios con un único punto de discrepancia entre los coponentes, discrepancia que se mantendría después en el Pleno y que es objeto de la segunda parte de este voto particular. Tampoco tras el debate que tuvo lugar en la sesión de la Comisión de Estudios (30 de enero), pese a mi condición de coponente del Informe, fui informado por el otro coponente, Sr. Prego, de una eventual discrepancia con el texto del Informe aprobado en la Comisión de Estudios, ni de su deseo de alterar alguno de los extremos del texto del que ambos éramos autores. Creo que la sucinta relación de los hechos sucedidos bastan para comprender mi discrepancia acerca del modo sorpresivo como uno de los dos coponentes, sin conocimiento de quien ha venido siendo el otro coponente, ha presentado ante el Pleno una reforma que distorsiona de modo significativo la lógica y el contenido del Informe.

En efecto, y este es el segundo aspecto de mi discrepancia, la nueva redacción que se ofrece del apartado III.2.2 del Informe, en opinión del vocal que suscribe, al suprimir aquellos aspectos en los que se apuntaba la conveniencia de eliminar un determinado párrafo del art. 78 CP del Anteproyecto para que éste pudiese coherenciarse correctamente con el art. 25.2 de la Constitución, hace perder toda lógica al razonamiento jurídico que se pretendía seguir en el análisis de uno de los elementos centrales del Anteproyecto.

Conviene recordar que a lo largo de las páginas precedentes del Informe se afirma que para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la elevación del tope máximo de cumplimiento de condenas a 40 años, “la ejecución de la pena debe configurarse de tal forma que no se hagan ilusorios los fines de resocialización que previene el artículo 25.2 CE... y por ello se estima inexcusable para la correcta coherenciación con el contenido del art. 25.2 CE, que se establezca un tratamiento diferenciado entre aquellos penados que, pudiendo reinsertarse, no ofrecen en los términos que la ley establezca un pronóstico favorable de reinsertión y aquellos otros que si ofrezcan tal pronóstico”. La única consecuencia coherente en términos jurídicos con dicho planteamiento (y la única que está en nuestra mano proponer) es, por tanto, aconsejar la eliminación de aquellos obstáculos que actualmente figuran en el Anteproyecto y que hacen ilusorios los fines de resocialización que la Constitución exige. Lejos de ser un tema menor, como en el curso de la deliberación afirmaron algunos de los participantes en el debate, se trata de un problema jurídico capital toda vez que se trata de valorar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del texto que se nos somete a Informe.

Frente a la lógica del razonamiento que se acaba de exponer, el texto que precipitadamente se propone y finalmente resulta aprobado incurre en notables incoherencias, de las que da buena prueba que, incluso en el Informe finalmente, se sigue dando por sentado que la supresión del antes aludido párrafo del art. 78 CP, es lo que efectivamente exige el decurso lógico del Informe (véase el apartado. III.3.5 del Informe).

La primera de las incongruencias, y no menor, es que **detectado un problema** de constitucionalidad / inconstitucionalidad en el Anteproyecto que el Gobierno somete, a examen **el Consejo se limite a aconsejar** al autor del Anteproyecto que introduzca “algún tipo de mecanismo jurídico o precisión legal”, **siendo así que la solución obvia para resolver ese problema es eliminar el párrafo del Anteproyecto que convertía a éste en una propuesta normativa, amén de incoherente con sus propios propósitos y con el resto del articulado, con altas posibilidades de que sea reprobada tanto en sede interna (Tribunal Constitucional) como en sede europea (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).**

Pero es que además, **con la propuesta finalmente aprobada el Consejo se veda a si mismo la posibilidad de poder valorar un tema de tanto calado** en la labor informante del Consejo, pues, como es bien sabido, el art. 108.1.e del la LOTC atribuye al Consejo General del Poder Judicial la labor de informar aquellos anteproyectos de ley que versen sobre “los aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios de los derechos fundamentales”.

**En suma**, entiende el vocal que suscribe que el Consejo, en la presente ocasión, ha detectado correctamente un riesgo de inconstitucionalidad de una norma que se le sometía a informe, ha llegado a través de la Comisión de Estudios a una solución igualmente correcta en términos jurídicos para resolver tal cuestión (eliminar un determinado párrafo del Anteproyecto), pero llegado el momento de debatir en el Pleno el Informe aprobado por la Comisión de Estudios, opta, precipitadamente y de modo poco reflexivo, por prescindir de tal solución y aconseja al redactor del Anteproyecto que adopte medidas para paliar el problema de constitucionalidad, medidas que el propio Consejo no podrá volver a tener ocasión de informar.

Todas estas razones me llevan a reiterar la conveniencia de mantener el texto inicial del Apartado III.2.2 del Informe en su redacción originariamente aprobada por la Comisión de Estudios e Informes y que literalmente decía:

*“1.- Los números 1 y 2 del artículo 78 proyectado, frente al sistema vigente, establecen como regla general que los beneficios penitenciarios y la libertad condicional se refieran a la totalidad de la pena impuesta cuando la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. De este modo, el condenado a muchos años de prisión y que no presente un pronóstico favorable de reinserción social puede llegar a cumplir efectivamente un máximo de cuarenta años. Como se ha dicho, es compatible con la Constitución este límite máximo en la medida que el penado conserva la esperanza de ser liberado con anterioridad en el caso de que quede acreditada la reinserción social, compatibilizándose adecuadamente los distintos fines de la pena de prisión, y evitando que el nominal de la pena impuesta quede reducido en la práctica a una pena de prisión no proporcionada con la magnitud del contenido de injusto y de culpabilidad apreciado en la sentencia.*

*2.- Sin embargo, conforme a las reflexiones anteriores la ejecución de la pena debe configurarse de tal forma que no se hagan ilusorios los fines de resocialización que previene el artículo 25.2 CE. Y por ello se estima inexcusable para su correcta coherencia con el contenido del art. 25.2 CE, que se establezca un tratamiento diferenciado entre aquellos penados que, pudiendo reinsertarse, no ofrecen en los términos que la ley establezca un pronóstico favorable de reinserción y aquellos otros que si ofrezcan tal pronóstico. Desde este punto de vista considera el*

*Consejo que los términos en los que discurre la redacción del artículo 78 propuesta en el Anteproyecto debería prever la necesidad de tratamiento diferenciado, toda vez que puede darse el caso de que un penado, a pesar del pronóstico favorable de reinserción deba cumplir efectivamente el límite máximo de la pena de prisión, con la consecuencia de que la reinserción no tendría efecto jurídico alguno, y esto puede contradecir el artículo 25.2 CE.*

*Por ello se propone que en el número 3 de artículo 78 proyectado no se haga la excepción de los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, pues en los casos en los que autor de estos graves delitos ofrezca un pronóstico individualizado favorable de reinserción social, y haya satisfecho los presupuestos que para el tercer grado y la libertad condicional se establecen en los arts. 90 y 91 CP y 72 LOGP, esto es, se haya esforzado por reparar el daño y haya colaborado activamente en contra de la organización criminal, si indefectiblemente tuviera que cumplir efectivamente el máximo de cuarenta años, el tratamiento dispensado no variaría con relación al autor de los mismos delitos que ofreciera un pronóstico desfavorable de reinserción.*

*Entiende el Consejo que el artículo 78, aún con la modificación ahora propuesta (supresión en el número 3 del inciso “ siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la Sección 2º del capítulo V del Título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales”), satisface cumplidamente el objetivo de cumplimiento efectivo de la pena de prisión en el caso del autor de delitos muy graves, pues la liberación condicional, en el mejor de los casos, sólo se obtendría después de un cumplimiento efectivo de treinta años de prisión, siendo esa posibilidad de liberación anticipada con relación al sujeto que no satisface los presupuestos de reinserción, lo que permite hacer compatible el sistema de ejecución con los fines de reeducación y resocialización del artículo 25.2 CE.”*

## II

El segundo punto de discrepancia con el Informe aprobado por el Pleno se refiere a las consideraciones que se realizan en el Apartado 7, titulado “Sobre la vigencia y aplicación de la ley y la retroacción de sus consecuencias”

El punto de partida para analizar dicha cuestión no puede ser otro que la Disposición Final Segunda del propio Anteproyecto que literalmente dice: “La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente de su publicación”.

Pese al muy heterogéneo conjunto de medidas que el Anteproyecto contiene y las muy variadas situaciones en que sus destinatarios pueden encontrarse el prelegislador, con buena

lógica, opta por incorporar una declaración en torno al momento de entrada en vigor, que no se aparta de los criterios habituales en lo que se refiere a las reformas de los grandes cuerpos normativos de nuestro ordenamiento. El resultado es que la ley carece de efectos retroactivos como con carácter general (y a defecto de disposiciones específicas) consagra el artículo 2.3 del Código Civil, dejando al Juez el margen de disposición lógico y necesario para que, en el ejercicio de sus competencias, adopte las decisiones que estime procedentes en materia la eficacia en el tiempo de las disposiciones de la futura Ley, utilizando los criterios generales que en materia de retroactividad de las leyes existen en nuestro ordenamiento.

No es esta la posición del Informe del que ahora discrepo, que ha optado por la realización de un largo *excursus* sobre “la vigencia y aplicación de la ley y la retroacción de sus consecuencias”, del que me veo obligado a discrepar por entender que laten en él unos criterios que entran en franca contradicción con las normas y pautas que en materia de retroactividad de las leyes consagra nuestra Constitución.

En efecto, frente a la tesis que se sostiene en el Informe finalmente aprobado, entiendo que, dada la materia sobre la que versa el Anteproyecto, la única respuesta posible desde la Constitución en orden a la aplicación y vigencia en el tiempo de las normas que figuran en el Anteproyecto es la irretroactividad absoluta de todas y cada una de las prescripciones del Anteproyecto.

Tres son los institutos o principios constitucionales de cuya interpretación combinada se deriva la irretroactividad de grado máximo de los futuros preceptos legales ahora analizados. Se trata concretamente de *la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE)*, el principio de *seguridad jurídica* (art. 9.3 CE igualmente) y el principio de legalidad penal tal como literalmente es consagrado por el art. 25.1 CE: “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituya delito, falta o infracción administrativa*”.

Con toda evidencia, de tales preceptos constitucionales no se puede colegir una irretroactividad absoluta y general de todo tipo de leyes en nuestro ordenamiento jurídico, lo que ciertamente iría en contra de la más elemental consideración del Derecho como elemento dinámico de conformación social, abierto al futuro y en permanente renovación. Más moderadamente los principios constitucionales consagrados en el artículo 9.3 (irretroactividad y seguridad jurídica) y en el artículo 25 (legalidad penal) intentan dar una ponderada respuesta que conjugue de una parte la tradicional irretroactividad de las normas penales y sancionadoras, así como la conveniencia de una cierta estabilidad de las normas que vaya más allá de las obvias posibilidades de reforma de las leyes, y de otra parte las exigencias del valor Justicia (evitando la

pervivencia de situaciones patentemente injustas), así como la consideración del orden jurídico como un orden abierto a la alternancia, en el marco de lo dispuesto por la Constitución. Consecuentemente, la Constitución, lejos de proclamar un principio general de irretroactividad, se limita a consagrar unos límites a la libertad de disposición del legislador que este ostenta indirectamente sobre la base del actual artículo 2.3 del Código Civil.

La seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de nuestra norma fundamental es así, a los efectos que aquí interesan, el que ofrece un marco más genérico. No obstante, sin entrar aquí en mayores consideraciones acerca del significado de tal principio, no está de más recordar las palabras contenidas en la Memoria del Consejo de Estado de 1992. Sostiene allí el máximo órgano consultivo de nuestro Estado que la seguridad jurídica que la Constitución garantiza, significa que *“todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse; lo cual supone, por un lado, un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ellas se definen. Estas dos circunstancias – certeza y estabilidad- deben coexistir en un Estado de derecho donde no cabe la posibilidad dialéctica de que se viva sine lege certa, sine iure certo”*. (Memoria 1992. pág. 99).

Por el contrario la prohibición de retroactividad que consagra el artículo 9.3 CE es la previsión constitucional de más largo alcance a los efectos de la cuestión que aquí se aborda, y sobre dicho enunciado habrán de girar buena parte de las reflexiones que más tarde se hagan.

Y en tercer lugar, el artículo 25 CE consagra el tradicional principio de legalidad en materia penal que tiene en el principio de irretroactividad de las normas penales una de sus materializaciones más patentes. Ciertamente, el ámbito sobre el que se proyecta la prohibición de retroactividad que contiene el artículo 25 CE es parcialmente coincidente con el que se halla consagrado en el artículo 9.3, toda vez que pocas disposiciones tienen un mayor significado sancionador que las leyes penales. Pero añade un punto de intensidad a la irretroactividad de las normas que acarrear sanciones penales, máxime si éstas últimas comportan penas privativas de libertad.

Sobre este panorama del tratamiento que nuestra Constitución realiza de la prohibición de retroactividad, parece llegado el momento de analizar en concreto el alcance de tal prohibición en nuestro ordenamiento y la proyección de éste sobre las disposiciones del Anteproyecto sometido a Informe.

Para llevar a cabo tal labor parece obligado comenzar por depurar el alcance de la prohibición de retroactividad que proclama el artículo 9.3 CE que, como es sabido, distingue básicamente dos grandes ámbitos: el de las disposiciones sancionadoras y el de las disposiciones

restrictivas de derechos individuales, siendo este último campo el que mayores problemas de interpretación plantea y el que, consiguientemente, mayores esfuerzos ha requerido del Tribunal Constitucional.

Conviene advertir, sin embargo, inmediatamente a continuación, que por más que la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución pueda calificarse a título de principio, y sin mayores precisiones, como predominantemente restrictiva (o a *sensu* contrario, poco proclive a realizar una interpretación extensiva del principio de irretroactividad), tal como parece colegirse del Informe aprobado por la mayoría, dicho criterio ha tenido siempre por eje el segundo de los ámbitos más atrás apuntados (derechos individuales), nunca en supuestos en los que haya entrado en juego el derecho a la libertad y con un tipo de argumentaciones que merecen ser reseñadas.

Tres son las principales líneas maestras por las que discurre esa interpretación restrictiva del alto Tribunal de la expresión “derechos individuales”:

- a) Abandono de la noción de derechos adquiridos para acotar la expresión “derechos individuales” y, por el contrario, empleo frecuente de la categoría de “derechos subjetivos” para definir aquellas posiciones jurídicas subjetivas no susceptibles de verse afectadas por la ley posterior. Ello le permitirá al Tribunal distinguir entre “derechos subjetivos” (protegidos frente a la retroactividad) y “expectativas de derechos” en las que es posible la incidencia de la legislación posterior. El campo abonado para el uso de dichas categorías es el del régimen funcional y así es en las tres principales sentencias del Tribunal en que se emplean tales razonamientos: SSTC 108/86, 99/87 y 70/88. Pero el juego derecho subjetivo – expectativa de derecho, que sirve muy adecuadamente para analizar innovaciones normativas que afectan a situaciones de orden funcional, no es extrapolable, como pretende el Informe aprobado por la mayoría, a los internos de un establecimiento penitenciario respecto a los que está en juego el derecho a la libertad.
- b) Una segunda línea a destacar es el frecuente recurso al desdoblamiento de la retroactividad en grados (mínimo, medio y máximo) como modo de resolver la posible incidencia del principio de retroactividad en el vasto mundo de las relaciones jurídicas, sean éstas de derecho público o de derecho privado. Entre las primeras, las relaciones entre el ciudadano y la Administración tributaria; entre las segundas, la relación entre arrendador y arrendatario. Pero tampoco dicha construcción jurisprudencial (que sigue en este punto una precedente elaboración doctrinal) puede ser extrapolada al caso que nos ocupa como parece intentar el Informe del que ahora discrepo.

- c) Finalmente, el talante restrictivo del TC en torno al artículo 9.3 CE tiene como tercera línea argumental el acotamiento de la noción de “derechos individuales” a derechos y libertades fundamentales, línea de reflexión que tiene su más explícita manifestación en la STC 42/86: *“La expresión restricción de derechos individuales que emplea el artículo 9.3 ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo ha de situarse en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera global de protección de la persona”*.

Una conclusión parece clara de este breve repaso de algunos de los aspectos más señeros de la jurisprudencia constitucional: en ningún caso los aspectos restrictivos que se puedan detectar en aquélla son aplicables al caso que nos ocupa como pretende argumentar el Informe de la mayoría. Los casos y sentencias reseñadas bien lo muestran. Y es lógico que así sea. Las disposiciones del Anteproyecto que se analizan en el presente Informe, aunque evidentemente afecten a “derechos individuales” (más aun, a posiciones jurídicas subjetivas que derivan de derechos fundamentales constitucionalmente consagrados) se sitúan predominantemente en el campo de las “disposiciones sancionadoras”, debiendo contar además con el plus de irretroactividad que deriva de ser normas penales a los efectos del artículo 25.1 CE en cuanto que directamente atañen al estatuto de la libertad como derecho fundamental básico del Estado de derecho.

Resulta en este sentido sorprendente el esfuerzo que realiza el Informe aprobado por la mayoría por sustraer el tema que ahora nos ocupa del ámbito del art. 25 de la Constitución mediante la hábil pero artificiosa construcción de diferenciar lo que denomina Derecho penal material y Derecho procesal de ejecución. Uno y otro comportan decisiones de los poderes públicos que entrañan limitaciones a la libertad personal formando un todo que solo el artificio del Informe mayoritario puede pretender diferenciar.

Pero es que el propio Informe en varias ocasiones acepta paladinamente la unidad indisociable de la pena y sus modalidades de ejecución:

- De un lado cuando al elaborar esta diferenciación, se ve obligado a constatar la exigencia de norma legal para regular esta cuestión, bien que justificándola en distinto precepto del Código Penal, pero se olvida que desde la perspectiva constitucional, pena y cumplimiento de la pena han sido consideradas ambas como materias que precisan ser reguladas mediante Ley Orgánica por ser desarrollo del derecho a la libertad (art. 17 CE). El principio de legalidad y la prohibición de la retroactividad rigen plenamente cuando se trata del Derecho penal material y, en

particular, respecto de todos los presupuestos de la punibilidad y la consecuencia jurídico-penal asociada a la comisión del delito o falta.

No es baladí a estos efectos recordar que es precisamente la condición de norma reguladora del derecho fundamental a la libertad personal lo que ha obligado al legislador a atribuir rango de Ley Orgánica tanto al Código Penal, como a la Ley General Penitenciaria. El Tribunal Constitucional lo ha explicado con tal rotundidad, respecto al primero de los citados cuerpos normativos, que exime de mayores comentarios: *“las normas penales suponen un desarrollo del derecho a la libertad... El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites.... y no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del artículo 17.1 es el derecho de todos a no ser privados de la misma “salvo en los casos y en la forma previstos en la ley”: en una ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido, el Código Penal y, en general, las normas penales son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de orgánicas”* (STC 140/86).

- De otra parte resulta sorprendente que en el Informe se argumente con el régimen de ejecución de la pena para salvar la constitucionalidad de la extensión de la pena a 40 años, entendiendo que el modo de cumplimiento es un elemento que modula –valga la redundancia- de modo determinante la naturaleza de la condena (“De este modo la ejecución de la pena se configura de tal modo que no se hacen ilusorios los fines de resocialización que previene el art. 25.2 CE. Pues a estos efectos no es relevante la duración de la pena impuesta si el penado conserva la esperanza de poder ser liberado...”) y, sin embargo, no forma parte del núcleo duro del derecho penal, lo que autoriza a desgajarlo del art. 25 de la Constitución (“Ello significa que el art. 25 CE no alcanza al derecho de ejecución sino solo a la fase de declaración en sentencia de culpabilidad y a la medida de la misma”). En este sentido y, contrariamente a lo que se afirma en el Informe aprobado por la mayoría, la “ejecución de la pena” forma parte de la “pena”, por tanto, a su contenido material. El título “ejecución de la pena” en derecho no es otro que la Sentencia dictada conforme a la ley penal y procesal vigente en el momento de la comisión del hecho delictivo. Alterar el título de “ejecución de la pena” está expresamente prohibido en la Disposición Transitoria 2ª del Código Penal de 1995 que literalmente establece: *“Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código. Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código. En todo caso será oído el reo”*. La aplicación de dicha norma desvirtúa la

afirmación contenida en la página 39 del Informe de que las nuevas normas de Derecho Penitenciario contenidas en el Anteproyecto que ahora se Informa son aplicables a condenas futuras de delitos pasados. Si dichos delitos están cometidos antes de la entrada en vigor del CP de 1995, necesariamente les son de aplicación los beneficios penitenciarios derivados del CP de 1973, entre ellos la redención de penas por el trabajo.

A mayor abundamiento del contenido de la mencionada Disposición Transitoria Segunda del CP de 1995, se deriva que en cada ocasión que se modifican las normas penales, le son de aplicación las más favorables, una vez oído el reo. Para determinar cual es la pena más favorable ha de atenderse a los elementos concretos que integran su naturaleza y entre ellos los que forman parte de su ejecución, lo que evidencia que ésta forma parte del contenido material de la pena.

Pues bien, contemplado el problema que ahora nos ocupa desde la perspectiva que aquí parece más lógica (el modo de cumplimiento de la pena forma parte de las disposiciones sancionadoras y de modo muy particular del ámbito protegido por el art. 25 CE), la posición del Tribunal Constitucional es radicalmente distinta de la que se nos quiere mostrar en el Informe aprobado por la mayoría. Frente a la tesis mayoritaria, Tribunal Constitucional se ha mostrado taxativo a la hora de declarar el carácter irretroactivo de las normas que comportaban restricción de la libertad personal incluso cuando se tratase de normas de carácter procesal. Así la STC 32/87 declara que el derecho a la libertad personal *“... habría sido asimismo desconocido o vulnerado por las resoluciones judiciales impugnadas al aplicar indebidamente, como ya se ha visto, una ley posterior más restrictiva a un inculgado en situación de prisión preventiva acordada con arreglo a una ley anterior más benigna”*.

Poco tiempo después, el Tribunal incide nuevamente en la prevalencia del principio *pro libertatis* que debe regir el binomio retroactividad / libertad, y proclama: *“Los órganos judiciales han partido del carácter procesal y no sancionador de la prisión provisional y de las decisiones judiciales relativas al mantenimiento de la misma... Sin embargo, el que la prisión provisional no sea una sanción ni pueda utilizarse como tal no significa que no suponga en sí misma una restricción de libertad y que la decisión del Juez al respecto no incida sobre el estatuto de libertad del inculgado. Poniendo en conexión la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la libertad personal, nuestra jurisprudencia ha señalado que al consistir la libertad provisional en una privación de libertad debe regirse por el principio de excepcionalidad”*.

Finalmente, por reseñar tan sólo los hitos jurisprudenciales más relevantes, a estos efectos cabe recordar la STC 117/87 que nuevamente en relación con la libertad provisional el artículo 9.3 CE *“obliga a no otorgar a la nueva ley una eficacia hacia el pasado que comporte la*

*prolongación de la situación excepcional de prisión por encima del límite máximo establecido en la ley aplicable en el momento en que se acordó su privación de libertad”.*

En suma, parece obvio que es en el terreno del derecho sancionador (“disposiciones sancionadoras”) en el que indubitadamente se desenvuelven las normas del Anteproyecto ahora analizado. Más aún, en aquel ámbito del derecho sancionador donde el principio de irretroactividad se manifiesta en términos más rotundos, pues como dice el conocido aforismo, *“nullum crimen, nulla poena, sine lege previa”*, aforismo que, como ha quedado dicho, tiene reconocimiento constitucional en el art. 25.1 CE.

Traslademos ahora estas consideraciones generales a los supuestos concretos que son objeto de regulación en el Anteproyecto, supuestos que básicamente pueden reconducirse a tres grandes rúbricas: (a) Incremento del límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión a 40 años (art. 76); (b) Modificación del régimen de progresión a tercer grado penitenciario que pasa de estar basado en la personalidad del interno y en el tratamiento penitenciario a establecer unos criterios temporales previos y en todo caso vinculantes (véase Apdo. 3.3.3 del presente Informe) a cuyo efecto se incorpora un apartado 2 al artículo 36 CP; (c) Y, en tercer lugar, exigencia concurrente de una serie de nuevos requisitos para poder acceder a la libertad condicional (art. 90 CP y art. 72 de la LGP).

#### **a) La elevación del límite máximo de cumplimiento de la pena.**

Parece obvia la irretroactividad absoluta que rige en esta apartado del Anteproyecto; el propio coponente Sr. Prego y el Informe aprobado por el Pleno comparten dicha tesis. El título de ejecución de una condena es la Sentencia y en ese momento debe quedar fijada en todos sus términos la duración de la pena privativa de libertad. Aplicar esta nueva regulación a delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma legal, infringe indubitadamente la regulación constitucional (arts. 9.3 y, particularmente, 25.1 CE).

#### **b) Modificación de criterios para alcanzar el tercer grado.**

De una parte, son extrapolables aquí las reflexiones realizadas en el apartado anterior acerca del carácter de la sentencia como título de ejecución de la pena y el art. 25.1 CE.

De otra parte, es preciso recordar que el tercer grado abre la puerta a un denominado régimen abierto de cumplimiento y el consiguiente disfrute de medidas parciales de libertad (se suele hablar del tercer grado como “un modo de cumplimiento de la pena de semilibertad”) y constituye presupuesto inexcusable para obtener la libertad condicional, posibilidades de acceder a niveles de libertad que no por ser parciales pueden quedar sustraídos al ámbito de cobertura del art. 17.1 CE, precepto constitucional que, significativamente, sirve de fundamento al carácter orgánico de los dos textos legales que ahora se reforman. Congruentemente, modificar los criterios de acceso a este tercer grado, en cuanto supone la modificación de criterios de acceso a parciales medidas de libertad, exige que aquellos no puedan ser aplicados con carácter retroactivo (art. 9.3 CE), esto es, a actos delictivos, condenas penales anteriores a la entrada en vigor de la ley.

La precedente consideración se ve abundada por la muy diferente naturaleza de los requisitos exigidos por el Anteproyecto para poder acceder al tercer grado. En la legislación hoy vigente el tiempo de duración de la condena no es el elemento determinante para la progresión de grado. Por el contrario, con la adición de un párrafo 2 al artículo 36 del CP que ahora se realiza, la exigencia de que haya discurrido un determinado periodo de tiempo para poder acceder a esa progresión de grado, se levanta como una barrera infranqueable. ¿Cómo se podría sostener que el establecimiento de un plazo antes inexistente para gozar de determinados beneficios que llevan aparejado el disfrute de ciertas parcelas de libertad, plazo cuyo cómputo (cuya fecha *a quo*) se remite a un momento anterior a la entrada en vigor de la Ley, no otorga a la norma que así lo establece un carácter retroactivo?

### **c) Modificación de las condiciones de acceso a la libertad condicional.**

Las precedentes consideraciones acerca de la progresión a tercer grado son plenamente extrapolables a la concesión de la libertad condicional que no en vano es una modalidad de cumplimiento de una condena penal. No es por ello extraño que con frecuencia se haya calificado la libertad condicional como último grado de cumplimiento.

Pero es que además la obtención de libertad condicional acarrea el disfrute de un mayor grado de libertad, por lo que las reflexiones anteriores respecto al tercer grado y el art. 9.3 CE en conexión con el art. 17.1 CE son extrapolables aquí, aún con mayor rigor, pues el beneficio que comportan permite un más intenso régimen de libertad personal en los términos en los que ésta se contempla en el artículo 17 de la Constitución.

En Madrid a 5 de febrero de 2003