

CUADERNOS DE DERECHO PENITENCIARIO Nº 6.

ÍNDICE

➤ PRESENTACIÓN.

Valentín J. Sebastián Chena. Coordinador.

I. SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE LA LIBERTAD CONDICIONAL: LOS SEPTUAGENARIOS Y LOS ENFERMOS INCURABLES; UNA SOLUCIÓN LEGAL EQUIVOCADA.

(1er. accésit del III Premio Antonio Maura de textos jurídicos)

- Manuel Vega Alocén. Licenciado en Derecho. Funcionario de carrera del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

1. INTRODUCCIÓN.
2. LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS
3. UNA POLÉMICA DOCTRINAL
4. EL FUNDAMENTO.
 - 4.1. El origen histórico de un error legislativo
 - 4.2. Una crítica al diseño legislativo
 - 4.3. El auténtico fundamento
5. LA REGULACIÓN LEGAL VIGENTE
 - 5.1. Los requisitos legales
 - 5.2. Los septuagenarios: la determinación de la edad
 - 5.3. El carácter de enfermedad muy grave e incurable
 - 5.4. El procedimiento de concesión.
6. UNAS CONCLUSIONES

II. LIBERTAD CONDICIONAL ANTICIPADA POR ENFERMEDAD GRAVE E INCURABLE.

- Margarita Aguilera Reija. Abogada. Coordinadora adjunta del Servicio de Orientación Jurídica Penitenciaria.

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO PENAL
 - 2.1. Derecho fundamental a obtener una resolución motivada
 - 2.2. El principio de humanidad y el respeto a la dignidad de la persona son criterios de interpretación de la norma
3. REQUISITOS DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.
4. RESOLUCIONES DE LA SECCION 5ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

PRESENTACIÓN.

Por Valentín J. Sebastián Chena.

Coordinador de los Cuadernos de Derecho Penitenciario.

A diferencia de anteriores números, en cuyo interior se abordaban temas diferenciados, en el presente el contenido es homogéneo. Los dos trabajos que se recogen tratan sobre los supuestos excepcionales de libertad condicional.

El primero de los artículos, firmado por don Manuel Vega Alocén, obtuvo el primer accésit en el III Premio Antonio Maura de textos jurídicos, convocado el pasado año por nuestro Colegio. El autor, por su formación (licenciado en Derecho, diplomado en Criminología, ha realizado los cursos de doctorado en Derecho Penal) y por su profesión, es funcionario de carrera del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, conoce a la perfección el tema que desarrolla en el trabajo que recogemos.

El segundo trabajo, realizado por nuestra compañera Margarita Aguilera Reija, se centra, dentro de los supuestos excepcionales, en la libertad condicional anticipada por enfermedad grave e incurable. Con la intención de que resulte de la máxima utilidad en la práctica profesional, Margarita recoge en el último punto de su artículo extractos de algunas de las resoluciones más importantes que, respecto a esta materia, a dictado la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid.

Este número, al igual que el anterior, no se remite como

suplemento a la revista *Otrosí*, sino que dada la especialización de la publicación se ha optado por ponerla a disposición de aquellos compañeros que estén interesados en las dependencias colegiales (Biblioteca, Salas de Togas, etc.); e, intentando darle la mayor difusión posible, dadas las solicitudes que recibimos de compañeros de otros Colegios y de otros profesionales, se va a introducir su contenido, así como el de todos los números anteriores, de manera que pueda descargarse en su ordenador desde la hoja web (www.icam.es) del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. No obstante disponemos aún de ejemplares impresos de todos los números anteriores, por si alguien prefiere este soporte.

En el próximo número, como ya hicimos en el número 4 de estos Cuadernos, publicaremos una nueva selección, clasificada por materias, de autos de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, Sección que, como es bien conocido, es la encargada de resolver los recursos que se plantean contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria de Madrid.

Coordinador: Valentín J. Sebastián Chena.

Equipo de coordinación: Joaquín Maldonado Canito.
Carlos García Castaño.
M^a José Millares Lenza.
Margarita Aguilera Reija.
Fernando Bejerano Guerra.

I

SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE LA LIBERTAD CONDICIONAL: LOS SEPTUAGENARIOS Y LOS ENFERMOS INCURABLES; UNA SOLUCIÓN LEGAL EQUIVOCADA

(1er. accésit del III Premio Antonio Maura de textos jurídicos)

Manuel Vega Alocén

Licenciado en Derecho.

Funcionario de carrera del Cuerpo de
Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

1. Introducción

Este artículo trata de la regulación en el Derecho español de los supuestos excepcionales de la libertad condicional: los septuagenarios y los enfermos incurables.

Pero antes de comentar la regulación legal vigente, vamos a demostrar previamente cómo el supuesto origen de la institución no está basado inicialmente en razones humanitarias, como pretende el legislador y algún sector de la doctrina, sino en motivos claramente políticos.

Después demostraremos cómo el legislador de 1932 comete una frivolidad y un grave error de técnica jurídica, pues intenta excluir por razones humanitarias del ámbito penal a los penados mayores de setenta años a través de la libertad condicional. Es decir, utiliza una institución reeducadora para lograr una finalidad humanitaria, amparándose sólo en los buenos resultados alcanzados por la libertad condicional.

Las posteriores regulaciones legales no sólo no han subsanado este error, sino que lo han profundizado aún más, pues el legislador de 1977 extiende el supuesto excepcional a los penados que sufran una enfermedad muy grave e incurable.

Al comentar brevemente los requisitos legales, veremos cómo en cada uno de ellos surgen sistemáticamente problemas en su aplicación práctica, debido a que el instrumento jurídico utilizado no es el adecuado.

La intención que movió al legislador de 1932 era loable y digna de alabanza, pero utilizó una institución jurídica equivocada. Lo que ya es más difícil de comprender es cómo todavía en 1998, sesenta y seis años después, el legislador se mantiene en su error con una persistencia incomprensible, a pesar de la crítica atinada de la doctrina científica y de la jurisprudencia.

2. Los antecedentes legislativos

El origen de los supuestos excepcionales de la libertad condicional en nuestro ordenamiento jurídico está en un decreto de 22 de marzo de 1932 (1), que regulaba la libertad condicional de los condenados mayores de setenta años.

Esta tendencia ya se había manifestado de forma incipiente en el decreto de 10 de diciembre de 1931, que indultó a los penados mayores de setenta años.

El art. 11 del decreto de 22 de marzo de 1932 enumeraba los requisitos necesarios para proponer la concesión de la libertad condicional a los penados septuagenarios:

1. Que el sentenciado que esté cumpliendo su condena, cumpla la edad de setenta años. En este sentido, la DT. establecía que "Los penados que tengan cumplida la edad de setenta años a la publicación de este Decreto, serán objeto de propuesta inmediata [...]".

2. Que hayan dado pruebas de intachable conducta.
3. Que ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad.

El Decreto de 22 de marzo de 1932 estaba modificando para los penados mayores de setenta años las condiciones generales para acceder a la libertad condicional que exigían el art. 174 del CP. de 1928 (2) y el art. 46 del RSP. de 14 de noviembre de 1930 (3), pues excluía de su cumplimiento las dos siguientes:

- 1° Que se hallen en el tercer período de tratamiento.
- 2° Que hayan extinguido un tiempo determinado de sus condenas.

Ya entonces se planteó una polémica idéntica a la que años más tarde se reproduciría con el art. 60 del RP. de 1981. JIMENEZ DE ASÚA, que fue el impulsor del decreto, se preguntaba si la supresión de los requisitos legales de haber cumplido una parte de la condena y de hallarse en el tercer período de tratamiento por una norma de rango inferior, como es un Decreto, podía o no vulnerar el principio de jerarquía normativa.

Unos años más tarde, el art. 66 del RSP. de 5 de marzo de 1948 (4) regulará también la libertad condicional de los penados septuagenarios. Este precepto contempla la institución como una excepción del art. 65, que regula la libertad condicional. Así, el penado de setenta años ha de cumplir todos los requisitos legales para acceder a la libertad condicional, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de su condena. Sí se exige, en cambio, que se halle en el tercer período de tratamiento, circunstancia que no se requería en el decreto de 22 de marzo de 1932.

Posteriormente, el art. 54 del RSP. de 1956 establecerá literalmente lo siguiente: *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, habiendo dado pruebas de su intachable conducta y ofreciendo garantías de hacer vida honrada en libertad, podrán ser propuestos para la concesión del beneficio de libertad condicional, cualquiera que sea el período de tratamiento en que se*

encuentren y el tiempo que lleven extinguido de sus penas respectivas."

El legislador modifica de nuevo el criterio del art. 66 del RSP. de 1948, al no exigir al penado de setenta años el requisito de estar en el tercer período de tratamiento. Retorna así a la idea original mantenida en el decreto de 22 de marzo de 1932.

El Real decreto de 29 de julio de 1977 añadió al art. 54 del RSP. de 1956 un segundo párrafo, que decía lo siguiente: *"Igual sistema se seguirá cuando, según el informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables."*

Se introduce así por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el supuesto excepcional de la libertad condicional por enfermedad muy grave e incurable.

Más tarde, los dos párrafos se incorporarán al art. 60 del RP. de 1981, aunque el primero de ellos quedará modificado así: *"No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional."*

El legislador vuelve, una vez más, a cambiar de criterio, exigiendo al penado de setenta años el requisito de que se halle en el tercer período de tratamiento, condición que ya se mantendrá hasta nuestros días.

3. Una polémica doctrinal

La doctrina científica advirtió rápidamente la ilegalidad manifiesta que se estaba produciendo. El problema era que una norma reglamentaria: el art. 60 del RP. de 1981 estaba modificando una norma con rango de ley orgánica, como es el art. 98 del CP. de 1973.

Así, el art. 98 del CP. establecía taxativamente los requisitos imprescindibles

que debían cumplirse para que un penado pudiera disfrutar de la libertad condicional, entre los cuales se incluía el haber extinguido las tres cuartas partes de la condena. Pero una norma jerárquicamente inferior, como es un reglamento penitenciario, modificaba el CP., al exceptuar de su cumplimiento el requisito de haber extinguido las tres cuartas partes de la condena para los supuestos excepcionales de la libertad condicional: los septuagenarios y los enfermos incurables.

De esta forma, se estaba vulnerando el principio de jerarquía normativa, que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico en los siguientes artículos:

1. El art. 9.3 de la CE., que afirma la supremacía de la ley.
2. El art. 6 de la LOPJ., que ordena a los Jueces y Tribunales no aplicar los reglamentos o cualesquiera otras disposiciones contrarias a la ley.
3. Y el art. 1.2. del CC., cuando advierte que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

La respuesta de la doctrina científica es contundente. Así, MANZANARES SAMANIEGO (5) afirma que *"la ilegalidad de la regulación reglamentaria resulta notoria desde el momento en que [...] se prescinde del requisito consistente en que se haya extinguido las tres cuartas partes de la condena"*.

Por su parte, ASENCIO CANTISÁN (6) observa que es evidente la ilegalidad del mencionado art. 60 del RP. de 1981. Además, el art 6 de la LOPJ. obliga a la no aplicación del citado precepto.

Pero como advierte SÁNCHEZ YLLERA (7), a pesar de las protestas unánimes de la doctrina de ser una regulación contra legem, en la práctica era regularmente aplicada por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

Aún reconociendo, pues, como evidente este error legislativo, un sector de la doctrina científica defendía la aplicación del art 60 del RP. de 1981 por dos razones:

1. Razones de justicia material, como son las dificultades para delinquir y la escasa peligrosidad de los beneficiarios.

2. Razones humanitarias, pues su aplicación favorecía al penado, a su familia y a la sociedad en general.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado (8) tomaba también parte en la polémica y en su consulta n1 4, de 5 de noviembre de 1990, concluía diciendo que *"el MF. podía seguir informando en sentido positivo las solicitudes de libertad condicional en que los interesados sean enfermos graves e irrecuperables, pero no de modo automático o general sino con carácter singular y concurriendo los requisitos [...] requeridos por el art. 60 del Reglamento penitenciario, aunque no se haya cumplido aún el previsto en el art. 98.2 del Código Penal"*.

Una opinión idéntica defendió la Sala de vacaciones del TS. (9), en un auto de 19 de agosto de 1988, en donde declaraba textualmente que *"no es ocioso decir, en este momento, que la razón de humanidad que parece estar en la base de la norma reglamentaria que consideramos, de un lado lleva a rechazar que la misma suponga una violación del principio de jerarquía normativa, puesto que aun no estando respaldada por la Ley Orgánica General Penitenciaria, lo está sin duda alguna por el art. 10.1 de la Constitución, en el que la dignidad humana se proclama fundamento del orden político y de la paz social, y quizás por el art. 15 de la misma norma, que prohíbe las penas inhumanas"*.

En todo caso, el legislador, atendiendo a la crítica certera de la doctrina científica, soluciona este error de técnica jurídica en el art. 92 del CP. de 1995, donde incorpora los dos supuestos excepcionales de la libertad condicional: los septuagenarios y los enfermos muy graves con padecimientos incurables.

4. El fundamento

4.1. El origen histórico de un error legislativo

La idea que subyace en el origen de la institución es excluir del ámbito penal a los ancianos, amparándose en una supuesta debilidad física y moral, a semejanza de lo que ocurre con los menores de dieciséis años. Así lo explica el preámbulo del decreto

de 22 de marzo de 1932 (10), que introduce en nuestro ordenamiento jurídico el supuesto excepcional de la libertad condicional para los penados mayores de setenta años.

Añade, además, el preámbulo que esta tendencia moderna introducida en la legislación de todos los pueblos cultos, se manifestó ya "[...] en el Decreto de la República de 10 de Diciembre de 1931, que indultó del resto de sus penas a todos los reclusos mayores de setenta años [...]".

Una idea semejante defiende MANZANARES SAMANIEGO (11), quien considera que esta institución tiene su origen en un decreto de 10 de diciembre de 1931, que indultó la pena a todos los penados mayores de setenta años.

En nuestra modesta opinión, la idea defendida por el citado preámbulo y por MANZANARES SAMANIEGO es equivocada por las siguientes razones:

1. El tan citado decreto de 10 de diciembre de 1931, por el que se concede el indulto, entre otros, a los penados mayores de setenta años, es sólo una "[...] aclaración y complemento del de indulto general, fecha 8 del corriente mes, inserto en la GACETA DE MADRID de 9 del mismo [...]" (12).

2. El indulto general establecido por el decreto de 8 de diciembre de 1931 (13) obedece al deseo del Gobierno de la República de "*subrayar la importancia histórica de la labor realizada por la Cortes Constituyentes españolas dando cima a la obra de redacción de la Constitución y celebrar, al mismo tiempo [...], la elección del primer Presidente de la República [...]*".

En consecuencia, el decreto de 10 de diciembre de 1931 por el que se concede el indulto a los penados mayores de setenta años no es más que una ampliación y un añadido al indulto general otorgado por el decreto de 8 de diciembre de 1931, con motivo de la elección del Presidente de la República y la aprobación de la Constitución de 1931.

Por tanto, en el indulto de los penados mayores de setenta años no subyace en ningún caso una idea humanitaria, como así lo defiende el decreto de 22 de marzo de 1932, sino más bien la idea de realzar la importancia histórica de unos acontecimientos políticos.

Es más: el Gobierno en un primer momento se olvida completamente de indultar a los penados mayores de setenta años, y dos días más tarde tiene que elaborar con urgencia un decreto de 10 de diciembre de 1932, de carácter aclaratorio y complementario del indulto general, por el que se concede también el indulto, entre otros, a los penados mayores de setenta años.

No queda, pues, ninguna duda de que el indulto de los penados mayores de setenta años, que, según el legislador y algún sector de la doctrina, está en el origen de los supuestos excepcionales de la libertad condicional, no obedece en ningún caso a razones humanitarias, sino más bien a la intención del Gobierno de la República de conmemorar la importancia de unos hechos históricos determinados: el nombramiento del Presidente del Gobierno y la aprobación de la Constitución de 1931.

Pero la audacia del legislador va todavía más allá, y en el preámbulo del decreto de 22 de marzo de 1932 explica que para excluir del ámbito penal a los mayores de setenta años va a utilizar la institución de la libertad condicional por los buenos resultados que está consiguiendo.

Debido a su importancia, debemos reproducir textualmente las palabras del legislador: *"Ya se manifestó esta inclinación [la exclusión del ámbito penal a los mayores de setenta años] en el Decreto de la República de 10 de Diciembre de 1931, que indultó del resto de sus penas a todos los reclusos mayores de setenta años, y con el fin de dar permanente aplicación a ese principio, ligándolo a la institución de la libertad condicional que tan favorables resultados causa [el subrayado es nuestro][...]".*

El legislador, pues, pretende excluir del ámbito penal a los mayores de setenta

años a través de la libertad condicional, basándose sólo en el endeble argumento de los buenos resultados alcanzados por la institución. Ni por un instante se detiene a pensar cuál es el fundamento último de la libertad condicional.

Pero el propio legislador cae en una evidente contradicción cuando unas líneas más arriba dice que la exclusión de responsabilidad penal de este grupo de penados se inspira en su debilidad física y moral. Cuando, por el contrario, la institución de la libertad condicional se inserta en el sistema progresivo [actualmente, de individualización científica] de la ejecución de las penas privativas de libertad con la pretensión de lograr la reeducación y reinserción social del penado.

A nuestro juicio, la libertad condicional no es, desde luego, una institución diseñada para excluir por razones humanitarias del ámbito penal a los mayores de setenta años.

Por si esto no fuese suficiente, un decreto de 29 de julio de 1977, que modifica parcialmente el RSP. de 2 de febrero de 1956, extiende también el supuesto excepcional de la libertad condicional a los penados que sufran una enfermedad muy grave con padecimientos incurables.

En consecuencia, el legislador pretende por razones humanitarias excluir de la responsabilidad penal a los penados mayores de setenta años y a los enfermos incurables y, para conseguirlo, utiliza la institución de la libertad condicional, que no es más que una fase del tratamiento penitenciario que persigue la reeducación y la reinserción social del penado. El legislador, pues, intenta lograr una idea humanitaria a través de una institución esencialmente reeducadora.

No hace falta advertir que el error, producto de una frivolidad y de una falta de rigor técnico-jurídico del legislador de 1932, se ha mantenido con persistencia tenaz hasta nuestros días.

4.2. Una crítica al diseño legislativo

La doctrina científica y la jurisprudencia han criticado la utilización de la institución de la libertad condicional con la intención humanitaria de excluir del ámbito penal a los penados que padecen una enfermedad muy grave e incurable y a los ancianos.

Así, la STS. de 12 de septiembre de 1991 argumenta que en estos casos, carece "[...] de sentido, con carácter definitivo, la programación de un tratamiento rehabilitador o resocializador, respondiendo su permanencia en prisión a consideraciones exclusivamente aflictivas y retributivas".

Si como afirma el TS., ya no tiene ninguna razón de ser la aplicación del tratamiento rehabilitador a los penados septuagenarios y a los enfermos incurables, en ese caso, añadimos nosotros, tampoco tiene ningún sentido la aplicación de la libertad condicional, que no es más que una institución mediadora para conseguir el fin primordial de las penas privativas de libertad: la reeducación y la reinserción social.

Una idea semejante defiende la Fiscalía General del Estado en su consulta n1 4/1990, de 5 de noviembre (14), donde afirma que "*[...] en los casos de enfermedades irreversibles las penas privativas de libertad ya no pueden cumplir su fin primordial de procurar la reinserción social del penado*".

La Fiscalía General del Estado añade más adelante en la misma consulta que "*[...] se ha puesto de relieve la distinta fundamentación del instituto de la libertad condicional y de su excepción (tratamiento penitenciario de aquél, pietismo de ésta). Finalmente, se ha observado que a través de la excepción se obtiene la impunidad por vía penitenciaria confiando a esa legislación problemas propios del Derecho penal sustantivo*" (15).

La doctrina científica también ha criticado con dureza ésta sinrazón. Así, MANZANARES SAMANIEGO (16) destaca la escasa relación que estos supuestos

guardan con la libertad condicional, defendiendo su reconducción al derecho de gracia. Sugiere que *"Como nuestra Constitución actual prohíbe expresamente los indultos generales en el Art. 62 . g), en este caso, estos supuestos especiales podrían resolverse a través de los indultos particulares"*.

En un sentido semejante, ASENSIO CANTISÁN (17) considera que la solución ideal en estos casos es la concesión del indulto, ya que la excarcelación de estos sentenciados no tiene su base en razones resocializadoras, sino humanitarias. Según este autor, estamos ante una medida de gracia y, como tal, debe tratarse.

Asimismo, el criterio de actuación nº 64 de la octava reunión de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, celebrada en Madrid en 1993, aconseja *"[...] una nueva regulación positiva del beneficio previsto en el Art. 60 del RP. de 1981, que pusiera de relieve su naturaleza esencialmente humanitaria y sus diferencias esenciales con la libertad condicional propiamente dicha"* (18).

De igual manera, el auto del JVP. de Málaga de 23 de julio de 1991 (19), aclara que *"Los partidarios de su aplicación aducen razones humanitarias para llevar a cabo la medida, mientras que los detractores estiman más acorde con la ley [...] la aplicación de otras instituciones como los permisos y el indulto, estimando existir un vacío legal que incumbe llenar al legislador"*.

En conclusión, la doctrina científica y la jurisprudencia critican con insistencia la utilización de la institución de la libertad condicional para excluir del ámbito penal a los condenados septuagenarios y a los enfermos muy graves e incurables, pues con ello se pretende dar cauce a una pretensión humanitaria a través de una institución reeducadora.

Quizá, un ejemplo de la vida real pueda ilustrar aún mejor la distinta fundamentación de la libertad condicional y sus supuestos excepcionales. Recientemente se ha aplicado a un penado, miembro de la mesa nacional de HB., el supuesto excepcional de la libertad condicional por enfermedad incurable. La medida se ha adoptado por evidentes razones humanitarias, para que el penado pueda disfrutar sus últimos momentos de vida en libertad, junto a sus seres queridos. Nadie en su sano

juicio podrá pensar que la finalidad reeducadora que persigue la libertad condicional ha surtido efecto alguno en este supuesto. En consecuencia, la medida se ha adoptado por razones humanitarias, y nunca por motivos reinsertadores. Ese penado sale de la prisión para morir en libertad, y no precisamente porque esté reeducado y reinsertado.

4.3. El auténtico fundamento

SÁNCHEZ YLLERA (20) resume la opinión mayoritaria de la doctrina científica, cuando defiende que el fundamento de los supuestos excepcionales de la libertad condicional es doble:

1º Razones de justicia material, pues la enfermedad incurable y la ancianidad merman la fuerza física, la agresividad y la resistencia del penado. Esto implica una reducción de su capacidad criminal y de su peligrosidad social.

2º Razones humanitarias. Las sentencias judiciales consideran casi de forma unánime que éste es el fundamento esencial de los supuestos excepcionales de la libertad condicional. Aunque un análisis más detallado de las diversas sentencias revela que detrás de esta razón humanitaria se esconden dos tipos diferentes de argumentación:

a) Que el penado no muera privado de libertad, amparándose en el derecho a morir dignamente que tienen todas las personas, sea cual sea su condición. Así, el auto de la Audiencia provincial de Zaragoza de 26 de junio de 1992 (21) considera que la intención del legislador es "*[...] evitar que tales personas pasen sus últimos días en un medio penitenciario y alejados de su familia, y que lleguen a fallecer en el interior de los indicados centros*".

En el mismo sentido se pronuncia el auto del JVP. de Cádiz n1 1 de 17 de noviembre de 1994 (22) cuando dice que "*[...] se inspira en razones humanitarias, más concretamente [...], para que el interno no muera en un Establecimiento Penitenciario [...]*".

No hay que olvidar, además, que el art. 25.2 de la CE. de 1978 ordena

que *"El condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo [...]"*. E incluido en ese capítulo segundo se encuentra el art. 15, que defiende que *"Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [...]"*.

Siguiendo los mandatos del legislador constituyente, el legislador ordinario obliga a la Administración penitenciaria, en el art. 3.4 de la LOGP. de 1979 y en el art. 4.2.b) del RP. de 1996, a velar por la vida, la integridad física y moral y la salud de los internos.

En consecuencia, el preso tiene el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral y, como contrapartida, la Administración penitenciaria tiene la obligación de velar por el cumplimiento de este derecho.

Por tanto, podría pensarse que obligar a un preso anciano o que padece una enfermedad muy grave e incurable a morir en la prisión sería someterlo a una pena o trato inhumano o degradante, sobrepasando el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

b) Que la pena de prisión no agrave la enfermedad del penado. En este sentido, la STC. 48/1996, de 25 de marzo (23), pone de manifiesto que *"La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo que para su vida y su integridad física, su salud en suma, puede suponer la permanencia en el recinto carcelario"*.

PRATS CANUT (24), por su parte, considera que estos supuestos excepcionales de la libertad condicional no tienen *"[...] otro significado que el estrictamente humanitario de evitar que las penas privativas de libertad multipliquen sus efectos aflictivos perdurando cuando el recluso, bien a causa*

de su edad avanzada, bien a causa de un padecimiento muy grave de pronóstico fatal, se encuentra ya en el período terminal de su vida". En idénticos términos se pronuncia el ATS. de 19 de agosto de 1988.

En resumen, en la aplicación de los supuestos excepcionales de la libertad condicional prevalece siempre el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral del penado anciano o con una enfermedad muy grave e incurable sobre el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena [la reeducación y reinserción social] y la ley penitenciaria.

Por tanto, razones humanitarias, y no reeducadoras, aconsejan la excarcelación de este grupo de penados. Así lo han entendido, entre otras, las siguientes resoluciones judiciales: el auto del JVP. de Málaga de 23 de julio de 1991; el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 26 de junio de 1992; el auto del JVP. de Cádiz nº 1 de 17 de noviembre de 1994 y el auto del JVP. de Madrid nº 3 de 9 de mayo de 1995.

5. La regulación legal vigente

5.1. Los requisitos legales

La regulación legal vigente de los supuestos excepcionales de la libertad condicional: los septuagenarios y los enfermos incurables, se encuentra en el art. 92 del CP. de 1995 y en el art. 196 del RP. de 1996.

Lo más destacable de la regulación legal es que para la aplicación de estos supuestos excepcionales se exige el cumplimiento íntegro de todas las condiciones requeridas a la institución matriz, la libertad condicional, excepto uno: tener cumplidas las tres cuartas partes de la condena o, en su caso, las dos terceras partes.

La enumeración de los requisitos legales en el art. 90 del CP. es una enumeración exhaustiva, *numerus clausus*. No se puede solicitar, pues, el

cumplimiento de ningún otro requisito diferente de los mencionados en la ley, pero tampoco se puede dejar de cumplir alguno de ellos.

En consecuencia, los requisitos legales para disfrutar de los supuestos excepcionales de la libertad condicional son los siguientes:

1º.- Ha de tratarse de un preso penado. Los supuestos excepcionales de la libertad condicional sólo se aplican a los presos condenados en una sentencia penal firme. Una interpretación gramatical de los diferentes textos legales así lo confirma:

a) El art. 92 del CP. de 1995, que trata de los supuestos excepcionales, se refiere a los "*sentenciados*".

b) El art. 196.1 del RP. de 1996 se refiere igualmente a los "*penados*".

c) El art. 90.1 del CP. de 1995, cuando ordena que "*Se establece la libertad condicional [...] para aquellos sentenciados [...]*".

d) Y el art. 192 del RP. de 1996 ordena que sólo "*Los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el Código Penal cumplirán el resto de condena en situación de libertad condicional [...]*".

Una interpretación teleológica de la ley confirma la idea de que sólo a un preso penado, sentenciado o condenado pueden serle aplicados los supuestos excepcionales de la libertad condicional. El preso preventivo no puede acceder a estos supuestos excepcionales porque la libertad condicional es la última fase de la ejecución de una pena privativa de libertad. Difícilmente se podrá aplicar la libertad condicional a un preso preventivo que ni siquiera ha sido todavía juzgado.

Además, hay otra razón: para aplicar las distintas fases o grados del tratamiento penitenciario, y alcanzar en su momento el tercer grado, se requiere previamente que el

penado sea observado y clasificado. Y la clasificación no se puede efectuar hasta que el sujeto haya sido condenado en una sentencia penal firme.

Esto provoca que un preso preventivo septuagenario o que padezca una enfermedad muy grave e incurable no puede disfrutar de los supuestos excepcionales de la libertad condicional. Sólo los presos penados o condenados en sentencia penal firme pueden acceder a la libertad condicional y a sus supuestos excepcionales.

Hay, pues, un contrasentido evidente que demuestra cómo el diseño creado por el legislador para solucionar estos supuestos es un grave error.

Si la excarcelación del septuagenario y del enfermo incurable se fundamenta en razones humanitarias, éstas se presentarán siempre con independencia de cuál sea la situación procesal y penal del interno. La enfermedad no distingue si está atacando a un preso preventivo o a un preso penado. Pero la ley sí distingue la distinta situación procesal del preso, y sólo pueden acceder a los supuestos excepcionales los presos penados y nunca los preventivos.

Esto implica un trato discriminatorio, ya que la ley permite que el preso penado pueda morir en libertad y, en cambio, el preso preventivo depende del libre arbitrio del Juez de Instrucción. La ancianidad y la grave enfermedad pueden ser idénticas en un preso penado y en un preventivo y, sin embargo, el legislador no les da el mismo tratamiento legal.

Esta contradicción pone de manifiesto, una vez más, cómo los supuestos excepcionales de la libertad condicional no son el cauce más adecuado para excarcelar por razones humanitarias a los penados ancianos y a los enfermos incurables.

2º.- Sólo se aplica a las penas privativas de libertad. Los supuestos excepcionales de la libertad condicional sólo se aplican a las penas privativas de libertad, cualquiera que sea su duración. Esto implica la imposibilidad de aplicar estos

supuestos excepcionales a las penas de destierro, confinamiento, extrañamiento, caución, inhabilitación y aquellas otras privativas o suspensivas de cargos, derechos, profesionales u oficios.

3°.- Que se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario. Es un requisito cuya exigencia es inconstante en nuestros antecedentes legislativos. Así, el decreto de 22 de marzo de 1932 no lo exigía, en cambio, el RSP. de 5 de marzo de 1948 sí lo hacía. Por su parte, el RSP. de 1956 cambia el criterio de nuevo, y no lo exige. Posteriormente, el RP. de 1981 lo vuelve a exigir, condición que ya se mantendrá hasta nuestros días.

Este vaivén legislativo no es casual, sino que obedece a una duda razonable sobre su conveniencia en los supuestos excepcionales de la libertad condicional. Como establece el art. 102.4 del RP., el tercer grado del tratamiento penitenciario se aplica a los internos que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Su exigencia, pues, está justificada en el caso de la libertad condicional, cuya finalidad es reeducadora, pero carece de sentido en los supuestos excepcionales de la libertad condicional, cuya pretensión es humanitaria.

La doctrina científica y la autoridad judicial se han pronunciado también sobre esta materia. Así, el CGPJ., en su informe al proyecto de CP. de 1994, advertía de la conveniencia de no exigir la previa clasificación en tercer grado en los supuestos excepcionales de la libertad condicional, amparándose en que en última instancia han de prevalecer siempre las consideraciones humanitarias.

En esta línea de pensamiento, el criterio de actuación n1 63 de los JVP., aprobado en su octava reunión, celebrada en Madrid en 1994, establece que *"en los supuestos de aplicación urgente de la libertad condicional por razón de enfermedad grave e incurable, no hallándose el interno clasificado en tercer grado, el Juez de Vigilancia podrá acordar dicha progresión de grado, sin propuesta previa del Establecimiento, en el mismo Auto en que se conceda a aquél el beneficio de la libertad*

condicional" (25).

En igual sentido se pronuncia la instrucción de la DGIP. de 19 de octubre de 1994, cuando se refiere a la revisión de grado en estos supuestos. Concluye esta instrucción diciendo que *"en tales casos resulta especialmente importante que el seguimiento y las oportunas propuestas de clasificación se efectúen con rapidez y sin sometimiento a plazo alguno, sino con el exclusivo criterio de la evolución de la enfermedad"*.

MANZANARES SAMANIEGO (26) critica la práctica de algún Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de conceder el tercer grado en estos casos sólo con la intención de facilitar la libertad condicional excepcional a los septuagenarios y a los enfermos incurables. Concluye este autor diciendo que esta maniobra constituye un claro fraude de ley, y razón no le falta.

El problema que se plantea es un problema de fundamento. El legislador pretende conseguir por motivos humanitarios la excarcelación de los penados septuagenarios y de los enfermos incurables a través de la libertad condicional. Intenta lograr un fin humanitario a través de una institución reeducadora, con la consecuencia inevitable de que el engranaje del ordenamiento jurídico chirría al ponerse en funcionamiento.

Por eso, un sector de la doctrina defiende la maniobra fraudulenta de situar al interno anticipadamente, cuando todavía no le corresponde, en el tercer grado penitenciario. Pero utilizando el mismo argumento, se podría solicitar también la exclusión del cumplimiento de los demás requisitos, en un intento desesperado por alcanzar de cualquier manera la excarcelación por razones humanitarias.

4°.- Que haya observado una buena conducta. Los antecedentes legislativos han exigido siempre que el interno hubiese demostrado una "intachable conducta" durante su internamiento en la prisión. El CP. de 1995, atendiendo a la crítica de la doctrina científica, modifica el nivel de exigencia, y ahora sólo se requiere que el

interno demuestre una "buena conducta".

Se trata de un requisito de naturaleza subjetiva, cuya valoración será siempre difícil, sutil y problemática. En todo caso, para objetivar al máximo este requisito subjetivo, habrá que entender por "buena conducta" un comportamiento correcto, esto es, la inexistencia de sanciones disciplinarias no canceladas en el expediente del interno.

5°.- Que se formule un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes. Este requisito, introducido por el art. 90.1.c) del CP. de 1995, supone una novedad en nuestro ordenamiento jurídico.

Los antecedentes legislativos habían exigido siempre para disfrutar de los supuestos excepcionales de la libertad condicional, que el penado ofreciese "garantías de hacer una vida honrada en libertad como ciudadanos pacíficos y laboriosos". La única variación destacable en todo ese tiempo fue la supresión definitiva de la apostilla "como ciudadanos pacíficos y laboriosos" en el art. 98 del CP. de 1944.

La modificación efectuada por el CP. de 1995 supone una mejora notable para la eficacia de la libertad condicional, pues supone objetivar ese requisito, conectándolo al mismo tiempo con el tratamiento y la reinserción social.

Pero lo que parece adecuado para la libertad condicional, ya no parece tan correcto para sus supuestos excepcionales. No tiene ningún sentido exigir al penado anciano y al enfermo incurable un pronóstico favorable de reinserción social, porque se le excarcela precisamente por razones humanitarias, para que pase los últimos momentos de su vida en libertad, junto a su familia. Exigir en esos momentos tan dramáticos un pronóstico favorable de reinserción social es, a nuestro juicio, un desatino. Es decir a un hombre que se está muriendo, que no saldrá de prisión hasta que demuestre que va ser bueno.

Este problema demuestra una vez más el desajuste del sistema diseñado por el legislador, al intentar conseguir una finalidad humanitaria a través de una institución reeducadora, como la libertad condicional.

6º- Como veremos a continuación, en el caso de los septuagenarios, ha de acreditarse la edad del interno, y en el supuesto de los enfermos, ha de demostrarse la gravedad e irreversibilidad de la enfermedad.

5.2. Los septuagenarios: la determinación de la edad

Para aplicar este supuesto excepcional de la libertad condicional, el art. 92 del CP. y el art. 196 del RP. exigen que los penados "*[...] hubiesen cumplido setenta años o los cumplan durante la extinción de la condena*".

El legislador ha fijado el límite en los setenta años, pensando que para entonces la peligrosidad social del penado habrá disminuido considerablemente como consecuencia del deterioro físico de la vejez.

En la mayoría de los casos, no hay ningún problema para acreditar la edad, ya sea mediante el DNI. o bien con la partida de nacimiento.

Ahora bien, como advierten GASQUE LÓPEZ y FOMBELLIDA VELASCO (27), "*cuando no se puede acreditar la edad [...] debe intervenir el Médico Forense, pues deben ser criterios científicos y no jurídicos los que se deben considerar*".

En este sentido, el art. 498.1 de la LOPJ. ordena que "*los Médicos Forenses desempeñarán funciones de asistencia técnica a los Juzgados, Tribunales y Fiscalías en las materias de su disciplina científica [...]*".

Por tanto, en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que tienen adscrito un médico forense, será éste quien emita el informe correspondiente. En aquellos Juzgados

de Vigilancia que no tengan médico forense, se acudirá a los de la ciudad en que se encuentre el centro penitenciario. Y, en su defecto, serán los médicos forenses adscritos a la Audiencia provincial los encargados de elaborar el informe.

Por su parte, el art. 375 de la LECRIM. se refiere a la determinación de la edad de un individuo por el médico forense, cuando dispone lo siguiente: *"para acreditar la edad del procesado [...] se suplirá el documento del artículo anterior por informe que acerca de la edad del procesado, y previo su exámen físico, dieran los Médicos Forenses [...]"*.

En conclusión, según GASQUE LÓPEZ y FOMBELLIDA VELASCO (28), para determinar si el penado tiene setenta años o más *"el Médico Forense basará su informe en el estudio de determinados parámetros antropológicos, que si bien no nos indican la edad exacta, permiten al menos clasificar al explorado dentro de unos máximos y unos mínimos"*.

5.3. El carácter de enfermedad muy grave e incurable

Para aplicar este supuesto excepcional, es necesario que el penado reúna todos los requisitos exigidos para la libertad condicional en el art. 90 del CP., excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta, o los dos tercios, en su caso.

La singularidad de la institución radica en la enfermedad del penado, que ha de ser muy grave con padecimientos incurables.

En este sentido, el art. 92, párrafo 21 del CP. exige un informe médico, solicitud que es detallada por el art. 196.2 del RP., al decir lo siguiente: *"cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico"*.

El art. 196.2 del RP. de 1996 supone una aclaración importante respecto al RP. de 1981, pues especifica con claridad que el informe médico lo harán los servicios médicos del centro penitenciario respectivo. En cambio, en la regulación anterior [el art. 60, párrafo 21, del RP. de 1981] se utilizaba una expresión genérica: informe médico. Expresión que obligaba al intérprete a acudir al art. 336.4.e) del RP. de 1981, para determinar con certeza que ese informe facultativo debía proceder del médico de la prisión.

En todo caso, el equipo médico de la prisión debe establecer un diagnóstico donde se especifique lo siguiente: el estado de salud general del interno, la fase actual de la enfermedad, el pronóstico a corto y medio plazo, el grado de autonomía personal y las necesidades de asistencia médica.

Si el JVP. solicitase al médico forense un informe, éste seguirá necesariamente para su elaboración las siguientes pautas:

1º Verificar la historia clínica y completarla cuando no lo estuviera.

2º Efectuar una exploración física completa, auxiliándose de cualesquiera otros tipos de exámenes: análisis, radiografías, etc.

3º Con todos los datos obtenidos, realizar un pronóstico que valore la extensión de la enfermedad, la repercusión funcional y su evolución [si es progresiva o estacional]. Para ello, habrán de tenerse en cuenta siempre los tratamientos previos y los posibles tratamientos futuros.

4º Si se trata de un enfermo terminal, el médico forense habrá de concluir que el sujeto "sufre una enfermedad progresiva, inexorable y discriminada, que no puede interrumpirse según el estado actual de conocimientos, siendo la muerte del individuo un hecho inminente o cercano" (29). El informe ha de fijar, además, la duración previsible de la enfermedad.

Que el informe médico requerido sea el del centro penitenciario, no impide a juicio de PRIETO RODRIGUEZ (30), que el penado solicite la unión al expediente de otros informes médicos, emitidos por facultativos a su cargo. Además, el JVP. admite

gustosamente todo tipo de informes: de médicos particulares, de hospitales y de clínicas.

A este respecto, PITA MERCÉ (31) considera que en la práctica, la enfermedad se puede acreditar documentalmente en autos por los siguientes medios:

1º El informe escrito del jefe médico de la prisión

2º El informe del director de la prisión.

3º Los informes de hospitales, clínicas y médicos particulares que hubiesen asistido anteriormente al interno.

4º El informe del médico forense cuando actúe, en caso de duda, a instancia del JVP.

5º Las declaraciones de testigos, los artículos de literatura médica sobre el desarrollo de la enfermedad, y cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

Uno de los problemas que plantea este supuesto es la interpretación adecuada del concepto jurídico indeterminado que utiliza el legislador, cuando habla de "enfermos muy graves con padecimientos incurables".

Como advierte PRIETO RODRIGUEZ (32), el legislador no define esa expresión ni concreta qué tipos de enfermedades tienen el carácter de muy graves e incurables. En todo caso, se trata de un problema interpretativo, en donde no cabrá nunca una solución generalizada y, en cambio, la verdad habrá que buscarla en el estudio de cada caso en concreto.

La Fiscalía General del Estado en su consulta n1 4/1990, de 5 de noviembre, aclara que no vale cualquier enfermedad grave, sino aquellas que han entrado en su último período, y sin que quepa además la posibilidad de una futura mejoría (3).

La doctrina defendida por el TC. en esta materia se recoge en la sentencia de 25 de marzo de 1996, que puede resumirse en los siguientes puntos:

1º Que no se trata de una excarcelación en peligro inminente o inmediato de muerte, sino para quien padece un mal sin remedio conocido según las reglas del arte médico en ese momento.

2º Debe existir un riesgo de empeoramiento progresivo en la salud del interno en un medio hostil como el carcelario, que pueda influir desfavorablemente por la ansiedad inherente a la privación de libertad y al sometimiento a un régimen de vida impuesto y mantenido con estrictas medidas disciplinarias, procurando el incremento de la presión emocional [estrés].

3º Si hubiera discrepancia entre los médicos sobre el éxito de una posible intervención quirúrgica que sanara la enfermedad del interno, en ese caso, la Administración penitenciaria no puede obligar al interno a someterse a ella. En este sentido, la STC. 120/1990 establece que "el derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa".

En opinión de GASQUE LÓPEZ y FOMBELLIDA VELASCO (34), hay que entender por enfermos muy graves con padecimientos incurables a los enfermos terminales, esto es, aquellos que padecen alguna de las siguientes enfermedades: *"tumores malignos avanzados, enfermedades degenerativas del sistema nervioso de larga evolución como la esclerosis en placas o el Guillen Barré, las insuficiencias renales crónicas cuando su situación funcional es tal que la única solución es el trasplante y éste no es posible, procesos respiratorios crónicos en sus fases avanzadas, hemopatías terminales, SIDA, etc."*

A modo de ejemplo, PITA MERCÉ enumera una serie de enfermedades incurables a las que se ha aplicado en la práctica el supuesto excepcional de la libertad condicional:

- 1° El síndrome de inmuno-deficiencia adquirida o SIDA.
- 2° La diabetes aguda, en fases muy agudas de diabetes crónica e irreversible.
- 3° Las enfermedades cardíacas graves.
- 4° La parálisis general progresiva de diversos orígenes, en fase ya consolidada.
- 5° Las enfermedades hepáticas graves e irreversibles.
- 6° La sífilis en su fase terciaria, y con pronóstico fatal.
- 7° Los ataques cerebrales o hemiplejías, que dejan secuelas graves en la funcionalidad y movilidad del interno.
- 8° Las neoplasias con pronóstico fatal.
- 9° Las situaciones de ceguera total con pronóstico irreversible.

Una de las enfermedades más frecuentes que padece el interno de una prisión es la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana [VIH.]. El número de reclusos infectados por el VIH. en España ha ido disminuyendo lenta pero progresivamente, desde que se puso en funcionamiento en 1993 el registro de VIH. Según la última encuesta, realizada en julio de 1997, los afectados eran 5306 internos, lo que representa un 20% de la población estudiada, siendo el porcentaje de la encuesta anterior del 22,7% (35).

Es imprescindible destacar que para diagnosticar a un enfermo de SIDA. no se atiende a que esté infectado por el virus, esto es, que sea VIH., sino a que padezca complicaciones producidas por esa deficiencia inmunológica.

Las siglas SIDA. responden a las iniciales del término Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. El centro de control de enfermedades de Atlanta define el SIDA. como una *"enfermedad caracterizada por un déficit de la inmunidad celular en pacientes de menos de sesenta años de edad y en los cuales no se ha demostrado causas conocidas de inmunodeficiencia primitiva o secundaria, acompañada de graves infecciones por gérmenes oportunistas y en ocasiones asociada a una variante del Sarcoma de Kaposi"* (36).

En opinión de GASQUE LÓPEZ y FOMBELLIDA VELASCO (37), el grupo de enfermedades que permiten diagnosticar al paciente como SIDA. son las siguientes:

- Sarcoma de Kaposi [tumor maligno de la piel].
- Linfoma del sistema nervioso central.
- Infecciones por herpes simple.
- Neumonía por *Preumocistis Carinii*.
- Enterocolitis por *Cryptosporidium*.
- Esofagitis por *Cándidas* o *Citomegalovirus*.
- Lencoencepatía progresiva multifocal.
- Meningitis o encefalitis producida por *M. Tuberculosis*.

5.4. El procedimiento de concesión.

La aprobación de los supuestos excepcionales necesita un procedimiento reglamentario, que es el mismo utilizado para la libertad condicional.

La junta de tratamiento, según establece el art. 194 del RP., inicia la tramitación del expediente, con la única salvedad de que en el caso de enfermedad muy grave e incurable, serán los servicios médicos de la prisión quienes informen previamente a la junta.

El art. 196 del RP. aclara que los documentos que han de componer el expediente han de ser los mismos exigidos en el art. 195 del RP. para la libertad condicional, con las siguientes salvedades:

1º Se exceptúa la obligación de que el interesado manifieste si dispone de trabajo o medio de vida cuando salga en libertad. En el caso de que no tuviera, tampoco se exige el informe de los servicios sociales sobre la posibilidad de conseguirle un trabajo en el exterior. Esta supresión parece lógica, porque tanto el septuagenario como el enfermo incurable salen de la prisión para morir y no para trabajar.

2° Si el septuagenario o el enfermo incurable carece de familia o apoyo exterior, en ese caso, el expediente ha de contener un informe social en el que conste su admisión por alguna institución o asociación. Esta medida pretende asegurar su atención y protección cuando esté en libertad, ya sea en su domicilio, en un hospital o en una institución privada.

3° En el caso de los septuagenarios, se exige la acreditación de la edad del interno mediante la certificación de nacimiento o, en su defecto, por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Y en el supuesto de los enfermos muy graves, se exige un informe de los servicios médicos de la prisión dirigido a la junta de tratamiento.

Concluido el expediente, la junta comprobará que contiene todos los certificados e informes. Posteriormente, si procediese, hará una propuesta razonada de autorización y lo elevará al JVP., quien, a su vez, remitirá el expediente al MF. para que emita un informe. Recibido el informe, el JVP. resolverá lo que proceda.

6.- Unas conclusiones

1°. El que señalan como el antecedente más remoto de la institución: el decreto de 10 de diciembre de 1931, que indultó a los penados mayores de setenta años, no se basó en razones humanitarias, sino en motivos claramente políticos.

2° La idea del legislador de 1932 era excluir del ámbito penal a los penados mayores de setenta años, debido a su debilidad física y moral. Y para ello, dicta el decreto de 22 de marzo de 1932, que aplica la libertad condicional a ese grupo de penados. Utiliza la institución de la libertad condicional sólo por los buenos resultados que está consiguiendo.

3° El decreto de 29 de julio de 1977 extiende el supuesto excepcional de la libertad condicional a los penados que sufran una enfermedad muy grave con padecimientos incurables.

4° El fundamento de los supuestos excepcionales es doble: razones de justicia material y razones humanitarias. Y dentro de este último, se especifican dos motivos todavía más concretos: a) que el penado no muera privado de libertad, amparándose en el derecho a morir dignamente que tienen todas las personas, y b) que la pena de prisión no agrave la enfermedad del penado.

5° El error está en que el legislador elige por sus buenos resultados la institución de la libertad condicional, que tiene un fundamento reeducador, para lograr una finalidad humanitaria.

6° La regulación legal vigente de los supuestos excepcionales de la libertad condicional: los septuagenarios y los enfermos incurables, se encuentra en el art. 92 del CP. de 1995 y en el art. 196 del RP. de 1996.

7° Para la aplicación de estos supuestos excepcionales se exige el cumplimiento de todas las condiciones requeridas para la libertad condicional, excepto el tener cumplidas las tres cuartas partes de la condena o, en su caso, los dos tercios.

8° Estos supuestos sólo pueden aplicarse a los presos penados. Esto implica que un preso preventivo septuagenario o con una enfermedad muy grave no puede acceder a este beneficio.

9° Se exige también que el penado se encuentre en el tercer grado de tratamiento. Es un requisito que no tiene una base sólida en los antecedentes legales y, además, es criticado por la doctrina.

10° La edad del penado septuagenario se acreditará mediante el DNI. o la partida de nacimiento. En su defecto, será examinado por el médico forense, que elaborará un informe al JVP.

11° Y en caso de enfermedad, habrá de determinarse el carácter de enfermedad muy grave con padecimientos incurable. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que sólo admite una solución particular e individualizada. En todo caso,

la doctrina entiende por tal, a los enfermos terminales, aunque el TC. matiza "Que no se trata de una excarcelación en peligro inminente de muerte, sino para quien padece un mal sin remedio conocido según las reglas del arte médico en ese momento".

Abreviaturas:

ATS.	Auto del Tribunal Supremo.
CC.	Código civil.
CE.	Constitución española de 1978.
CD.	Centro directivo [=DGIP.]
CGPJ.	Consejo General del Poder Judicial.
CP.	Código penal.
DA.	Disposición adicional.
DGIP.	Dirección General de Instituciones Penitenciarias.
DNI.	Documento nacional de identidad.
DT.	Disposición transitoria.
JVP.	Juez de vigilancia penitenciaria.
LOGP.	Ley orgánica general penitenciaria.
LOPJ.	Ley orgánica del poder judicial.
RP.	Reglamento penitenciario.
RSP.	Reglamento de servicios de presidios y prisiones.
SIDA.	Síndrome de inmunodeficiencia adquirida.
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC.	Tribunal Constitucional.
TS.	Tribunal Supremo.
VIH.	Virus de inmunodeficiencia humana.

Bibliografía:

- (1) ARANZADI, ESTANISLAO.
Decreto de 22 de marzo de 1932.
Repertorio Cronológico de Legislación.
10 edición. Pamplona, 1932. p. 243 y 244.
- (2) LÓPEZ DE QUIROGA, JACOBO.
RODRIGUEZ RAMOS, LUIS.
RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, LOURDES.
Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias.
Ed. Akal. Madrid, 1988. p. 748.
- (3) MARTINEZ ALCUBILLA BORONAT, MARCELO.

RSP. de 14 de noviembre de 1930.
Boletín Jurídico-Administrativo.
Anuario de Legislación y Jurisprudencia.
Madrid, 1931. p.810.

(4) ARANZADI.
RSP. de 5 de marzo de 1948.
Repertorio Cronológico de Legislación.
10 edición. Pamplona, 1948. p.971.

(5) MANZANARES SAMANIEGO, JOSE LUIS.
Individualización científica y libertad condicional.
Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia.
Madrid, 1984. p.78.

(6) ASECIO CANTISÁN, HERIBERTO.
Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional.
Revista Jurídica La Ley. Tomo I [1989].
Madrid, 1989. p.1004.

(7) SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO.
La libertad condicional. Cuestiones prácticas de su aplicación.
VI Reunión de JVP..
Madrid, 1994. p.153.

(8) ACTUALIDAD PENAL.
Semana del 15 al 21 de abril de 1991.
Madrid, 1991. p. 611.

(9) ACTUALIDAD PENAL.
Op. cit. p. 612.

(10) ARANZADI, ESTANISLAO.
Decreto de 22 de marzo de 1932.
Libertad condicional a los mayores de setenta años.
Repertorio Cronológico de Legislación.
10 ed. Pamplona, 1932. p. 243 y 244.

(11) MANZANARES SAMANIEGO, JOSE LUIS.
Op. cit. p. 79.

(12) ARANZADI.
Decreto de 10 de diciembre de 1931
Indulto a los penados mayores de setenta años.
Repertorio Cronológico de Legislación.
Pamplona, 1931.

(13) ARANZADI.

Decreto de 8 de diciembre de 1931.
Repertorio Cronológico de Legislación.
Gaceta de 9 de diciembre de 1931. n1 1632.

(14) ACTUALIDAD PENAL.
Semana del 15 al 21 de abril de 1991. p.603.

(15) ACTUALIDAD PENAL.
Semana del 15 al 21 de abril de 1991. n1 16. p.605.

(16) MANZANARES SAMANIEGO, JOSE LUIS.
Op. cit. p. 79.

(17) ASECIO CANTISÁN, HERIBERTO.
Op. cit. p. 1004.

(18) VIGILANCIA PENITENCIARIA.
VII Reunión de JVP.
CGPJ. Madrid, 1994. p.310.

(19) JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 1984-1995.
DGIP. Ministerio del Interior.
10 ed. Madrid, 1996. p. 396.

(20) SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO.
Comentarios al CP. de 1995. Vol. I [Arts. 1 a 233].
Coordinador: Tomás S. Vives Antón.
Valencia, 1996. p.521.

(21) JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA.
Op. cit. p. 401.

(22) JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA.
Op. cit. p. 408.

(23) ACTUALIDAD PENAL.
Semana del 17 al 23 de junio de 1996. n1 25. p. 1150.

(24) PRATS CANUT, JOSE MIGUEL.
Comentarios al nuevo Código Penal.
Ed. Aranzadi. Madrid, 1996. p. 501.

(25) CRITERIOS DE ACTUACIÓN.
VIII Reunión de JVP. [3 a 5 de noviembre de 1994].
CGPJ. Madrid, 1996. p. 226.

(26) MANZANARES SAMANIEGO, JOSE LUIS.
CP. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. [Arts. 1 a 137].

Ed. Trivium. Madrid, 1997. p. 1303.

(27) GASQUE LÓPEZ, JESÚS.
FOMBELLIDA VELASCO, LUIS.
Aspectos médico forenses del art. 60 del RP.
Revista Española de Medicina Legal n1 66-69.
Madrid, 1991. p. 51 y 52.

(28) GASQUE LÓPEZ. JESÚS.
FOMBELLIDA VELASCO, LUIS.
Op. cit. p. 52.

(29) GASQUE LÓPEZ, JESÚS.
FOMBELLIDA VELASCO, LUIS.
Op. cit. p. 52 y 53.

(30) PRIETO RODRIGUEZ, JAVIER I.
La libertad condicional en el Derecho Español.
Actualidad Penal n1 20 [20 de mayo de 1990]. Tomo I.
Madrid, 1990. p. 215 .

(31) PITÁ MERCÉ, RODRIGO.
Libertad condicional por enfermedad incurable.
V Reunión de JVP. [4 a 6 de octubre de 1990].
Conferencia [s.d.] p. 3.

(32) PRIETO RODRIGUEZ, JAVIER I.
Op .cit. p. 215.

(33) ACTUALIDAD PENAL.
Fiscalía General del Estado. Consulta n1 4/1990, de 5 de noviembre.
Semana del 15 al 21 de abril de 1991.
Madrid, 1991. p.609.

(34) GASQUE LÓPEZ, JESÚS.
FOMBELLIDA VELASCO, LUIS.
Op. cit. p. 52.

(35) SENADO.
Boletín Oficial de las Cortes Generales.
VI Legislatura.
Boletín General de 17 de febrero de 1998. n1 390. p. 49.
Bolrtín General de 20 de febrero de 1998. n1 391. p.81.

(36) GASQUE LÓPEZ, JESÚS.
FOMBELLIDA VELASCO, LUIS.
Op. cit. p. 53.

(37) GASQUE LÓPEZ, JESÚS.
FOMBELLIDA VELASCO, LUIS.
Op. cit. p. 54.

II

LIBERTAD CONDICIONAL ANTICIPADA POR ENFERMEDAD GRAVE E INCURABLE.

Margarita Aguilera Reija.

Abogada.

Coordinadora adjunta del Servicio de
Orientación Jurídica Penitenciaria.

1. Introducción.

Antes de entrar a analizar el artículo 92 del Nuevo Código Penal y los artículos 104.4 y 196 del Reglamento, se hace necesario un estudio previo de la actual cobertura jurídica, a fin de determinar cuáles son las obligaciones de la Administración y de los órganos judiciales ante el problema de los enfermos graves e incurables en prisión.

Por lo que se refiere a las prestaciones de la Administración, ya nuestra Constitución reconoce en su artículo 43.1 el derecho a la protección de la salud, encargando a los poderes públicos su organización y tutela. Si por otro lado observamos como el artículo 25.2 del mismo cuerpo legal reconoce a todo condenado a pena de prisión el goce de los derechos fundamentales, resulta obvio concluir que todo interno en un establecimiento penitenciario tendrá el derecho constitucional a la protección de su salud y la administración encargada de su protección no podrá ser otra que la penitenciaria.

Así lo entiende la propia ley Orgánica General Penitenciaria cuando en su artículo 3.4 establece que *“la Administración Penitenciaria velará por la vida integridad y salud de los internos”*. En el mismo sentido el artículo 4 del Reglamento Penitenciario donde se enumeran los derechos de las personas presas: *“Los internos*

tendrán derecho a que la Administración Penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud.."

Tras esta somera, pero necesaria visión de la actual regulación de la protección de la salud de los internos en establecimientos penitenciarios, podemos sacar como conclusión que la Administración Penitenciaria y los órganos judiciales tiene la obligación legal de la protección de la salud de los reclusos.

2. EL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO PENAL

La inclusión del artículo 92 en el Nuevo Código Penal resuelve la pretendida quiebra del principio de jerarquía normativa del antiguo artículo 60.2 del Reglamento de 1981. Por su parte el nuevo Reglamento desarrolla el artículo 92 del C. P. en sus artículos 104.4 y 196

Entrando directamente en el análisis del artículo 92 del Código Penal, éste regula un supuesto excepcional para acceder a la libertad condicional : establece una excepción al requisito de haber cumplido las tres cuartas partes e incluso las dos terceras de la condena, a los que según informe médico se trate de *“enfermos muy grave, con padecimientos incurables”*.

De este modo la excarcelación se funda en conceptos jurídicos indeterminados lo que afecta, según Joaquín Sánchez -Covisa Villa (1), a la **garantía de su objetiva aplicación** y provoca graves **conflictos de interpretación y valoración** entre todos los que participan en su aplicación, (médicos, equipos de tratamiento, jueces y fiscales) que condicionan su puesta en practica.

Es por ello, que se hace necesario la previa definición de criterios de valoración de los requisitos del artículo 92 del Código Penal, única manera de lograr una cierta objetividad que elimine cualquier atisbo de arbitrariedad. Criterios que deben ser explícitos y motivados con argumentaciones que evidencien las premisas valorativas de

los mismos.

2.1. Derecho fundamental a obtener una resolución motivada

El artículo 24.1 de la Constitución Española exige, como uno de los contenidos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que las resoluciones judiciales no sean arbitrarias o patentemente irrazonadas por efectuar una valoración claramente impropia que impida el acceso al recurso, pudiendo dar lugar al amparo constitucional por violación del artículo 24.1 de la Constitución, en caso de ausencia absoluta de motivación en la negación o concesión de la libertad condicional.

En consecuencia podemos afirmar que todo condenado que sufra una enfermedad grave e incurable tiene el derecho fundamental a que la resolución en que se conceda o deniegue su excarcelación anticipada sea suficientemente razonada y fundada.

2.2. El principio de humanidad y el respeto a la dignidad de la persona son criterios de interpretación de la norma

Nadie ha puesto en duda el fundamento humanitario de los beneficios que comprende el artículo 92 del Código Penal. No obstante, a pesar de su reconocimiento como principio de nuestro sistema penal, no siempre ha sido bien entendido como *criterio de interpretación teleológico-objetivo*. Como dice Karl Larenz (2) es una exigencia no sólo del legislador sino también del intérprete evitar las contradicciones de valoración dentro del orden jurídico.

Al declarar la Constitución Española en su artículo 10.1 que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad constituyen uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, se está reconociendo el principio liberal, presupuesto de la negación de las penas inhumanas (artículo 15 de la CE) por el cual cada hombre y

consiguientemente también el condenado, no debe ser tratado nunca como medio o cosa, sino siempre como fin o persona, lo que implica una limitación fundamental a la calidad y cantidad de la pena.

3. REQUISITOS DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.

Los requisitos para acceder a la libertad condicional por aplicación del artículo 92 del nuevo Código Penal son cuatro, tres comunes al instituto de la libertad condicional:

- * La clasificación del interno en tercer grado de tratamiento
- * Buena conducta
- * Pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes.

El cuarto requisito es que el interno sea septuagenario o tenga enfermedad grave con padecimientos incurables.

A.- ENFERMEDAD GRAVE CON PADECIMIENTOS INCURABLES

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 325/1994 de 12 de diciembre, considera que *"a la hora de conceder la libertad condicional en virtud de cuatro circunstancias, a una de las cuales se le da prevalencia absoluta respecto de las restantes, por tratarse de enfermo muy grave con padecimiento incurable, en la extensión genérica de la norma aplicable"*.

El artículo 92 del Código Penal está pensado esencialmente para los **enfermos terminales**. Sin embargo, el concepto de enfermo terminal no debe ser interpretado tan restrictivamente que pueda llegar a confundirse con **enfermo agónico o cercano a la muerte**. Ni la letra ni el espíritu, ni la finalidad, ni la sistemática del artículo 92 del

C.P. autorizan esa interpretación. En este sentido el auto de la Sala V del Tribunal Supremo de 19 de Agosto de 1988, en el que se afirma que el citado precepto contempla los supuestos en que los reclusos *"bien por causa de su edad avanzada, bien a causa de un padecimiento grave de pronóstico fatal, se encuentra ya en el período terminal de su vida"*. De manera que el Tribunal Supremo interpreta ambas situaciones como similares. Es evidente que una persona septuagenaria no se encuentra en peligro inminente de muerte, por lo que no hay por qué exigirle esa condición al enfermo muy grave con padecimientos incurables, pues su fundamentación es la misma: que la privación de libertad no aumente sus efectos aflictivos en el período más o menos largo - pero incontestablemente terminal de su vida -.

Por su parte la sentencia de 12 de septiembre de 1991, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo declara: *"pero, en todo caso, la postura que adoptó el Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria parece conforme con el tenor literal del precepto (el sida ya desarrollado con pronóstico de fallecimiento a corto plazo cumple, sin duda los dos requisitos exigidos, pues se trata de una enfermedad que es, al tiempo muy grave e incurable) y también parece acorde con la finalidad humanitaria de tal forma que permitiría adelantar la excarcelación a algún momento anterior al de la muerte inminente, pues quizá debiera entenderse que **no es el propósito de este artículo del Reglamento el que puedan sacarse de la prisión a los enfermos sólo para que mueran fuera de la cárcel**, pareciendo, por el contrario, lo más adecuado al espíritu de esta disposición el que pudieran permanecer en libertad alguna temporada anterior al momento del fallecimiento"*.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996, de 26 de marzo da un paso más cuando afirma que: *"**La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato** ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas, como aquí ocurre, la menor*

peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva, no pietatis causa sino por criterios enraizados en la justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble con otra guisa. (...) La Audiencia denegó la liberación anticipada porque “la estancia en prisión” no constituye “un peligro seguro para la vida”, hace decir a la norma interpretada lo que no dice, creando un requisito obstativo, un impedimento más, donde no existe. Está claro que la excarcelación no puede garantizar la sanidad de un mal incurable según diagnóstico pero permite una mejoría relativa y una evolución más lenta, con menos ocasiones de episodios agudos, no sólo por el tratamiento Médico, que también podría recibir en la cárcel, sino por el cambio de ambiente que coadyuva positivamente por la unidad psicosomática del ser humano, mientras que la permanencia en el establecimiento penitenciario ha de incidir negativamente en la misma medida. Lo dicho pone de manifiesto que la lectura restrictiva del precepto reglamentario hecha por la Audiencia Provincial más allá de su texto introduce un factor de riesgo para la integridad física y aún para la vida del ya enfermo”.

El período terminal de la vida, es un concepto indeterminado en cuanto a su duración que puede ser más o menos largo. Más desde una perspectiva estrictamente jurídica, según Joaquín Sánchez-Covisa Villa, (2) una vez se dé la situación de gravedad e irreversibilidad del padecimiento, habrá que atender además a otros referentes: *"entre las que destacan no sólo las referentes a las estimaciones del tiempo de supervivencia, sino también, cualquiera que sea éste, las **condiciones de su existencia**, en cuanto a una mayor o menor autonomía física y psíquica que acrediten una **situación de notoria deficiencia e insoportable inferioridad respecto del resto de los reclusos de tal manera que carezca de sentido, con carácter definitivo, la programación de un tratamiento rehabilitador o resocializador, respondiendo su permanencia en prisión a consideraciones exclusivamente aflictivas y retributivas"***.

B.- CLASIFICADO EN TERCER GRADO

Como afirma Heriberto Asencio Cantisan (3), la constatación de una enfermedad grave e incurable provocarán ineludiblemente el reconocimiento del

beneficio de la excarcelación anticipada cuando el condenado ya se encuentre clasificado en tercer grado de tratamiento, ya que la libertad condicional no es sino una continuación de aquella clasificación y régimen, habiéndose ya realizado un análisis de la personalidad del condenado que demuestra que tiene capacidad para cumplir la pena en un régimen próximo a la libertad.

El problema surge cuando el requisito del tercer grado no concurra con carácter previo. El informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto del Código Penal de 1994 había llamado la atención sobre la conveniencia de no seguir exigiendo en todo caso la previa clasificación en tercer grado, lamentando que el legislador no hubiera atendido esta sugerencia expuesta ya en relación al Proyecto de 1992, y que finalmente ha sido una vez más desoída en el trámite parlamentario. El motivo alegado en el Informe era que se puede llegar a una situación terminal sin merecer la referida clasificación y no obstante deberían imponerse en última instancia las consideraciones humanitarias.

El Reglamento Penitenciario en su artículo 102.2 establece que para determinar la clasificación ponderar la personalidad y el historial individual, familiar social y delictivo del interno y la duración de las penas. Sin embargo la constatación de la existencia de una **enfermedad grave con padecimientos incurables, en el sentido ya indicado, vacía de contenido esta previsión legal**. El fundamento del adelantamiento de la libertad condicional para los enfermos incurables, ciertamente, debe prescindir de estos elementos valorativos no sólo por no guardar relación alguna con la finalidad perseguida por el beneficio, sino también porque puede introducir elementos encubiertos de discriminación intolerables. Borja Mapelli Caffarena (4) llega a afirmar que el principio de humanidad, que inspira este precepto, debe proyectarse sobre todos los requisitos comunes de la libertad condicional, llegando casi a desaparecer al ceder estos ante razones de carácter humanitario.

La progresión a tercer grado y aprobación de la libertad condicional, se puede acordar por el Juez de Vigilancia Penitenciaria sin la necesidad de previo expediente administrativo. Así José María Tamarit Sumalla (5) considera que más allá de las

formalidades establecidas reglamentariamente, la propia Ley permite al interno solicitar directamente la libertad condicional en caso que la Administración penitenciaria no hubiera cursado el expediente. Las propuestas a las que hace referencia el artículo 76.2-b de la LOGP pueden ser tanto elevadas por la Junta de Tratamiento como las que efectúe directamente el interno cuando la Administración haya informado desfavorablemente sobre la liberación.

En este mismo sentido Ignacio Sánchez Yllera (6) afirma que *“El expediente de libertad condicional que al Juzgado se eleva - artículo 63.1 RP - tiene por objeto reunir los datos que al Juez le van a servir para tomar con mayor conocimiento la decisión de conocer o no la libertad condicional. La Junta de Régimen y Administración no propone la libertad condicional, sino porque está obligada a realizar el expediente de libertad condicional y recoge en él datos que el Reglamento señale - si dispone o no de trabajo, medios de vida, si se acepta la tutela de la Comisión de Asistencia Social, el informe del CAS sobre la oferta de trabajo, y su posibilidad de vigilancia y tutela y el informe pronóstico final del Equipo de Tratamiento a que hace referencia el artículo 67 de la LOGP - y elevarlo al Juzgado antes de la fecha de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena. Por lo tanto si en el expediente personal que obre en el Juzgado constan todos los datos que el Juez necesita para tomar esta decisión, conforme al artículo 92 del Código Penal, podrá el Juez de Vigilancia otorgar por sí, y sin expediente administrativo previo, la libertad condicional del penado.”*

Hasta tal punto esto es así que, la VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, aprobaron el criterio de que en *“los supuestos de aplicación urgente de la libertad condicional por razón de enfermedad grave e incurable, no hallándose el interno clasificado en tercer grado, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar dicha progresión de grado sin propuesta previa del establecimiento, en el mismo auto en que se conceda a aquél el beneficio de la libertad condicional.”*

C.- BUENA CONDUCTA

El nuevo Código Penal sustituye la exigencia de “intachable conducta” por “buena conducta”. Concepto jurídico indeterminado que debe ser interpretado y aplicado a la luz del principio de humanidad inspirador de esta norma.

Buena conducta debe ser entendido de modo flexible toda vez que a las personas con enfermedad grave e incurable no se les puede exigir los criterios generales de valoración (predisposición al trabajo, colaboración en distintos tipos de actividades laborales o educativas, disfrute de permisos, etc.) pues se encuentran impedidos para ellos.

D.- PRONÓSTICO INDIVIDUALIZADO Y FAVORABLE DE REINSENCION SOCIAL.

El antiguo Código Penal exigía garantías de hacer vida honrada en libertad, dicho requisito ha sido sustituido en el Nuevo Código por un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por los expertos que Juez de Vigilancia estime convenientes. Sin embargo la exigencia de la reinserción social debe ser interpretada desde una situación de enfermedad grave e incurable. La Fiscalía General del Estado de 1991, se manifiesta en este sentido cuando dice que en estos supuesto "*las penas privativas de libertad ya no pueden cumplir su fin primordial de procurar la reinserción social del penado.*"

De este modo el informe de los expertos deberá referirse a dos cuestiones. En primer lugar que las necesidades sanitarias y asistenciales del recluso queden suficientemente cubiertas en libertad condicional, en concreto si va a recibir un adecuada atención médica y si cuenta con apoyo familiar o de otro tipo. En segundo lugar que la libertad del enfermo no suponga un riesgo intolerable contra la seguridad ciudadana. Esto obliga a valorar en cada caso los riesgos que para la seguridad pública puede ocasionar la peligrosidad del enfermo condenado para el caso de una excarcelación anticipada.

4.- LAS RESOLUCIONES DE LA SECCION 5ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, encargada de resolver los recursos en materia penitenciaria, ha ido definiendo y concretando, a través de sus resoluciones los requisitos para acceder a la libertad condicional anticipada por enfermedad grave e incurable, creando con ello una mayor seguridad jurídica.

Transcribo a continuación, un resumen de los autos con más interés.

* "No obstante, a la vista de los informes médicos del recurrente, que revelan un estado de salud muy deteriorado, queda examinar si procede aplicar el artículo 104.4 del mencionado Reglamento, que prevé la clasificación en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal de los enfermos muy graves con padecimientos incurables, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad. (...)

"Parece claro que sufre diversas enfermedades muy graves e incurables, con independencia de la evolución más o menos favorable que cada una de ellas pueda tener, también, que el conjunto de todas representan una limitación considerable de la vida del penado y que por los impedimentos que necesariamente comportan en las actividades cotidianas ordinarias del mismo, y que afectan a múltiples facetas, suponen, al mismo tiempo, una dificultad para delinquir y una disminución de la peligrosidad de aquél. Por lo tanto, se cumplen los requisitos establecidos en la disposición citada por lo que las razones humanitarias y de dignidad que en ella se exponen se accede a la solicitud del recurrente, estimando el recurso." AUTO 829/97 11.9.97 JVP Nº2 EXP 51/95

* "La resolución impugnada ha de mantenerse. El interno, una vez excarcelado por progresión de grado al amparo de lo dispuesto en el artículo 90 de la L.O.G.P., no cumplió con las condiciones que se establecían en el auto de excarcelación, desapareciendo de su entorno. No se pone en duda el hecho de su grave enfermedad, pero tal gravedad no le impidió marcharse y no cumplir con las condiciones, y en tales circunstancias se le revocó la libertad concedida, negándole ese tercer grado."

AUTO 862/97 16.9.97 JVP Nº2 EXP 571/91

* “Nos encontramos ante un penado afectado de enfermedad grave -VIH+-, desde el año 1986 con un pronóstico a corto plazo fatal, según se desprende de lo informes médicos; goza de acogimiento familiar, y en los permisos que ha disfrutado no se ha observado nada anormal, haciendo vida familiar, con conducta adaptada. Indudablemente su enfermedad es grave, y a pesar de su pronóstico, **no quiere decir que haya perdido su capacidad total para delinquir**, por ello, literalmente no se puede considerar cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 104.4 del R.P. , **pero el texto legal no requiere tal estado de salud, equivalente a la inconsciencia y a consecuencia se ha de dar por cumplidos los requisitos del citado precepto**, en el caso de autos , por lo que procede acceder a su solicitud de progresar a tercer grado por motivos de enfermedad.” AUTO 982/97 14.10.97 JVP N°2 EXP 1528/94

* “La clasificación en tercer grado del interno fue propuesta por los servicios médicos del centro penitenciario cuyo pronóstico en fecha 26.9.96 era muy grave a corto medio plazo. La Junta de Tratamiento denegó el tercer grado por considerar que su estado de salud actual no tiene cabida en los términos utilizados por el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario. Dicho artículo únicamente requiere que se trate de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, cuya clasificación en tercer grado se hace por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad. Estos requisitos concurren en el interno recurrente, a la vista de los informes emitidos por los servicios médicos del centro, que son los que van tratando y atendiendo la evolución de la enfermedad padecida por el penado, y han apreciado el estado en que se encuentra el mismo, considerando que reúne las exigencias del mencionado artículo. Así lo entiende también la Sala, a pesar del informe emitido por el médico forense cuyo pronóstico a diferencia de los anteriores, **pues no cabe interpretar que el artículo 104.4 del Reglamento prevea la clasificación en tercer grado sólo en los supuestos en que sea previsible un fallecimiento inminente a fin de que los últimos días o incluso horas las pase el enfermo en un ambiente más cercano, sino que, sin necesidad de llegar a esta situación extrema, trata de suavizar las condiciones de vida de quien ya padece una enfermedad irreversible y se encuentra en estado muy grave, todo ello, como dice el precepto, por razones humanitarias y de respeto a**

la dignidad de la persona. Aún cuando lo anterior ya es motivo suficiente para la estimación del recurso, además, en el presente caso, hay que tener en cuenta el informe social favorable del servicio correspondiente del centro penitenciario, que desde hace más de dos años no consta que el interno haya tenido ninguna relación con las drogas, por lo que no se puede presumir que se mantiene su adicción a las mismas, y que $\frac{3}{4}$ partes de la condena las cumplió en agosto pasado y la definitiva la cumplirá dentro de pocos meses, en mayo del próximo año, por todo lo cual procede la clasificación solicitada.” AUTO 1017/97 22.10.97 JVP N°2 EXP 2066/93

* “La progresión a tercer grado y la aplicación de la libertad condicional se solicitan en base a la misma causa : la existencia de una enfermedad grave con padecimientos incurables. (...) de suerte que los servicios médicos consideran que se trata de un enfermo de SIDA con muy mal pronóstico a corto, medio plazo lo que le será susceptible de aplicación del artículo 104 del Reglamento en informe emitido en 23-4-97. El informe del director de la prisión recogiendo los datos médicos incluye que el preso padece VIH estadio IV y que su pronóstico es grave a un mes y muy grave a cuatro meses vista contados desde abril. El informe de la trabajadora social de 8 de mayo de 1997 hace referencia al buen apoyo y a la buena acogida familiar, a la pertenencia de la madre a una asociación de lucha contra la droga, así como a que el interno es toxicómano pero en la actualidad no muestra síntomas de consumo. En fin, los datos relativos a las penas que cumple son los siguientes : penas impuestas :8 años, 11 meses y 28 días. Inicia el cumplimiento el 10.12.93, cumple tres cuartas partes en Julio de 1998 y la totalidad de la pena en enero del 2000 (lo que es revelador de la obtención de importantes redenciones.) Por otra parte, se considera en su contra el fracaso en su tratamiento de desintoxicación y la ausencia de disfrute de permisos de salida, así como una alegada multireincidencia que no resulta del expediente y que más parece referirse a una plural actividad delictiva, si bien el número de ingresos en prisión es elevado -ocho- su conducta en la misma no es mala pues ni tiene sanciones, ni recompensas y ha participado en las actividades de la escuela y del taller de mecánica.

Son estos datos que, si se prescinde de las enfermedades que padece, serían insuficientes para acordar la progresión a tercer grado pues no se revelan especiales

avances en la reinserción ni es conveniente el régimen de semilibertad inherente al mismo sin una cierta preparación a través de los permisos.

Pero lo esencial es que el expediente contiene los suficientes datos como para pronunciarse sobre la progresión a tercer grado y la libertad condicional y que la resolución en un sentido u otro dependerá del concepto mismo de si estamos en presencia de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Al respecto ha de decirse que existe también un informe médico-forense de 10 de junio de 1997 que concluye afirmando que en opinión del facultativo “el informado no presenta enfermedad que se prevea con un desarrollo fatal a corto medio plazo, salvo complicaciones”. No consta que el médico forense hiciera otras exploraciones o análisis complementarios aunque se deduce de su informe que tuvo a la vista los dictámenes de los servicios médicos de la prisión y que se reunió con el interno cuyo aspecto externo describe como consciente, orientado, asintomático y con aparente buen estado general.

Debe pues analizarse si estamos en presencia de un enfermedad muy grave y con padecimientos incurables, esto es la suficiencia del cumplimiento de este requisito para acordar la progresión al tercer grado y la libertad condicional . Al respecto ha de decirse que **esa progresión y esa libertad podrían darse sin más especiales requisitos en el plazo de unos pocos meses (menos de siete), simplemente con una conducta positiva y un buen uso de algún permiso penitenciario previo. Es decir que su eventual anticipación, por su limitada extensión temporal, no supone un beneficio singularísimo o especialmente extraordinario.**

Pues bien la concesión de esas ventajas o beneficios en razón de la presencia de las enfermedades descritas dependerá en buena parte del concepto y contenido que se atribuya a esa circunstancia o causa de concesión.

El contenido mínimo que debe darse a esa causa de enfermedad muy grave y con padecimientos incurables a la hora de decidir sobre la progresión de grado y la libertad condicional incluiría el derecho a morir y a agonizar o premorir fuera de prisión. Pero **si se coteja con otras causas de concesión y particularmente con la de edad avanzada -mayores de 70 años - se observará que ese contenido mínimo no se corresponde con el propósito de la norma (artículo 104,y 196 del Reglamento**

Penitenciario, en lo que ahora se resuelve, refrendada por el artículo 92 del Código Penal), sino **también se extiende a vivir en libertad esa última etapa de la vida que puede incluso tener una larga duración, un vivir en libertad que es también convivir - el hombre como ser social desde los filósofos griegos - , en definitiva sentir la vida como convivencia o interdependencia y no como supervivencia y dependencia absoluta de otros.**

Pero es que además la concesión de estos beneficios enlaza directamente con **bienes y derechos constitucionalmente consagrados lo que permite no dilatarlos hasta las fases terminales de la enfermedad .**

En positivo, son el derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 de la Constitución) pues, como es sabido, el SIDA no es tanto mortal en si cuanto por facilitar infecciones o enfermedades oportunistas que en principio son de más fácil contagio en lugares de obligada convivencia colectiva y más si el estado sanitario medio de los internos - muy frecuente los más débiles socialmente, marginados, toxicómanos - es inferior al de las personas libres.

Igualmente enlaza con la **proscripción constitucional de penas inhumanas** y no se trata aquí de filosofar sobre la dureza de las penas privativas de libertad, sino de **constatar que una pena en principio no reputada inhumana pueda tornarse tal si se añade pena a la pena, esto es, lo que la norma busca es una suerte de efecto sustitutivo de la prisión por la enfermedad pues el efecto acumulativo de ambos sufrimientos -la privación de libertad y la enfermedad grave e incurable- tornaría inhumana por cruel, la ejecución de la pena.**

También, negativamente, **es absurdo orientar la ejecución de la pena a la reinserción y la rehabilitación, es decir a la convivencia responsable en libertad (artículo 25 de la Constitución) si esa libertad ha de durar las pocas horas o días que mediaran entre la excarcelación y la muerte.**

En fin, el principio de personalidad de la pena, reconocido, al menos, implícitamente en el artículo 25 de la Constitución, resulta en su integridad siempre de muy difícil cumplimiento en cuanto que también terceros inocentes se ven afectados por la prisión del condenado ; pero esa afectación es singularmente dura cuando, como en el caso de la madre del interno, la privación de su presencia actual se presenta como prólogo de su definitiva ausencia.

Por todo ello, acreditada la presencia de al menos una enfermedad muy grave y con padecimientos incurables y, aunque el pronóstico no sea fatal a corto o medio plazo, se cumple los requisitos para acordar la progresión a tercer grado y la concesión de la libertad condicional.” AUTO 1288/97 16.12.97 JVP N°2 EXP 205/91

* “Los informes médicos referentes al interno recurrente que se han ido emitiendo desde Octubre de 1996 ponen de manifiesto un deterioro psicofísico importante y un pronóstico malo a corto plazo. Así se indica en el primero que consta en el expediente, que procede del servicio médico del centro penitenciario, y en los sucesivos emitidos por el médico forense en fechas 17.12.97, 7.1.97 y 21.2.97, todos ellos coincidentes en la gravedad de la enfermedad y en el mal pronóstico a corto plazo, siendo este dato determinante para que el Ministerio Fiscal informara el 20.12.96 en el sentido de no oponerse a la libertad condicional del interno, aún constando la mala conducta observada por el mismo que refiere el informe de la Junta de Tratamiento, si bien en contradicción con la propuesta del mismo centro en la que se indica, aunque ciertamente en lo que parece un impreso-tipo, que la conducta del interno es buena. Pero es que a pesar de tal dato negativo, lo verdaderamente determinante para acceder a la libertad condicional es el estado de salud del penado, grave e irreversible, con una evolución progresiva desfavorable constatada por los mencionados informes, y que ha motivado que haya sido ingresado recientemente en un centro hospitalario y después de esto excarcelado. Por tanto, existían motivos suficientes para haber concedido la libertad condicional cuando se propuso, **pues a pesar de que en los informes médicos se mantiene la posibilidad para delinquir por la capacidad ambulatoria del enfermo, lo cierto es que la gravedad de la enfermedad padecida y la probable evolución de la misma eran suficiente para aconsejar entonces tal medida y no dilatarla hasta que la muerte fuera inminente, permitiendo de aquella forma que tanto el interno como las personas de su entorno más cercano pudieran disfrutar de un periodo de tiempo de convivencia antes de que el deterioro fuera total.** “ AUTO 156/98 13.2.98 JVP N°2 EXP 217/94

* “El interno ha solicitado, además de la progresión de grado, la libertad condicional. La cita del artículo 104 del Reglamento Penitenciario en su recurso supone que el recurrente lo que pide es salir de la prisión. Esa petición se incorpora al recurso contra la denegación de progresión, siendo petición que se reitera en el recurso de reforma y subsidiario de apelación. Debe, en el presente auto, resolverse sobre dicha pretensión.

La progresión a tercer grado y la aplicación de la libertad condicional se solicitan en base a la misma causa : la existencia de una enfermedad grave con padecimientos incurable. El interno sufre las siguientes enfermedades : VIH positivo, conocido desde 1989, hepatopatía por virus B y C, tuberculosis pulmonar en 1991, (correctamente tratado durante un año). En la última analítica destacan 206 CD4 (octubre de 1996 presentando un índice Karnofsky de 90. Se encuentra en tratamiento actual con DDI. Con los datos anteriores, y según el informe médico de 21 de noviembre de 1996 (folio 7), se llega a la conclusión de que se trata de una infección por VIH estadio C2 con importantes inmunodepresión lo que hace pensar en un pronóstico malo a corto plazo. El pronóstico a seis meses vista, a contar desde el 21 de noviembre de 1996 en que se estableció el diagnóstico, es grave.

El informe de la trabajadora social, de 5 de Diciembre de 1996, señala la inexistencia de antecedentes penales y toxicofílicos en los miembros de la familia de origen del interno. En cuanto a la familia adquirida, su esposa tiene trabajo en Telemarketing donde también trabaja su hija mayor. Sus otros dos hijos se encuentran escolarizados. La vinculación familiar es muy positiva con todos los miembros de su familia, en especial con la esposa e hijos. En dicho informe se hace también referencia al buen apoyo y acogida familiar ante un eventual permiso o libertad condicional anticipada. También se hace referencia a la condición de toxicómano del interno si bien expone no consumir en la actualidad. Los datos relativos a las penas que cumple son los siguientes : condena total de 55-12-6. Tiene previsto el cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes para el año 2015.

Consta en su contra, condenas de evasión en ingreso anterior (año 85 no reincorporación de permiso al Centro Penitenciario de Segovia), otro más reciente que tuvo lugar en el presente ingreso. El 21.12.93 se evadió del CIS Victoria Kent,

estando en tercer grado (fue progresado en Julio de 1992). Reingresó el 18.1.95, habiendo cometido hechos delictivos en Mayo del 94 por los que ha sido recientemente condenado. Fue regresado a segundo grado en Abril de 1995 y no ha vuelto a disfrutar permisos.

Consta aprobada baja en redención con efectos de 21.12.93.

Ya en el mes de Mayo de 1996, los servicios médicos del Centro aportaron informes a los efectos de posible aplicación de lo previsto en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario a la Junta de Tratamiento, no pudiendo ser valorado al tener el interno decretado prisión preventiva en causa ya penada. Al final del proceso aludido, recuperó el interno la clasificación en segundo grado con efectos de 25.10.96

Son estos datos de por sí negativos para acordar una progresión a tercer grado no resultando conveniente un régimen de semilibertad (inherente a su concesión) para quien no se ha preparado al mismo a través de los permisos.

Sin embargo la petición de progresión a tercer grado y de libertad condicional tienen su fundamento en la presencia de una enfermedad grave y con padecimiento incurables. Por lo tanto habrá de establecerse si estamos en presencia de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Existe un informe médico forense de 18.2.1997 en el que consta: “en el momento actual el informado está consciente, orientado, con buen estado de nutrición, buen estado general. Dados los antecedentes penales del informado ...en mi opinión el pronóstico a corto-medio plazo es bueno salvo complicaciones”

En el presente caso, la progresión al tercer grado y la libertad condicional suponen un beneficio singularísimo y extraordinario puesto que esa progresión y libertad, sin especiales requisitos, tardarían aún mucho en llegar.

Por lo tanto para atender a la solicitud del apelante habrá de valorarse la presencia de las enfermedades que padece, al ser éstas el fundamento único de una eventual admisión de lo solicitado. Para ello habrá de determinarse el concepto y contenido que se atribuya a esa circunstancia o causa de concesión.

El contenido mínimo que debe darse a esa causa de “enfermedad muy grave y con padecimientos incurables” incluiría el derecho a morir y a agonizar o premorir fuera de la prisión. De todos modos y si se coteja con otras causas de

concesión y particularmente con la edad avanzada (mayores de 70 años) se observará que ese contenido mínimo no se corresponde con el propósito de la norma (artículo 104 y 196 del Reglamento Penitenciario, refrendada por el 92 del Código Penal,) sino que también se extiende a vivir en libertad esa última etapa de la vida que puede incluso tener una larga duración. Por otro lado es de destacar que, en el presente caso, los Servicios Médicos del Centro Penitenciario Madrid IV, en mayo de 1996, aportaron un informe a los efectos de posible aplicación de lo previsto en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario a la Junta de Tratamiento.

Por otra parte la concesión de estos beneficios enlaza directamente con bienes y derechos constitucionalmente consagrados lo que permite no dilatarlos hasta las fases terminales de el enfermedad.

El interno goza de apoyo familiar en todos los sentidos lo que redundará en un mejor estado sanitario del mismo. Por otra parte , es un hecho que la privación de libertad supone que, no sólo el penado sino, terceros inocentes se vean afectado por ella, en este caso la familia y sobre todos sus hijos cuya privación de su presencia actual presenta como prólogo de su definitiva ausencia.

Por todo ello, acreditada la presencia al menos de un enfermedad grave y con padecimientos incurables y, aunque el pronóstico no sea fatal a corto o medio plazo, se cumplen los requisitos para acordar la progresión a tercer grado y la concesión de la libertad condicional.” AUTO 68/98 16.1.98 JVP N°2 EXP 895/92

* “Si bien la resolución administrativa inicial y los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que se impugnan hacen referencia a la denegación de la progresión al tercer grado, es lo cierto que la pretensión del interno era doble : progresión a dicho grado y concesión de la libertad condicional. Por tanto, en congruencia, la resolución ha de resolver sobre ambas pretensiones. El interno tiene 38 años de edad con nueve ingresos en prisión desde 1981. Actualmente, tras haber quebrantado en una ocasión la libertad condicional cumple causa por cuatro delitos de robo con intimidación o robo con fuerza. La totalidad de las penas a cumplir es de 10 años, 7 meses y 15 días. En prisión ininterrumpida desde el 8.10.94, tiene previsto el cumplimiento de las tres cuartas partes con redención de condenas para noviembre

de 1999. Es un interno con antecedentes toxicofílicos sin que conste la superación de su problema con las drogas. Actualmente no observa mala conducta y cuenta con apoyo familiar caso de ser excarcelado en libertad condicional .

Asimismo, sus antecedentes familiares son : padre fallecido en 1982 por suicidio. La madre trabaja desde hace 16 años en labores por limpieza. Tiene dos hermanos, el varón fallecido en 1996 por VIH, tras estar internado en el propio Centro Madrid IV. Con la hermana y la madre mantiene comunicaciones normales. La madre está dispuesta a acogerlo en el domicilio y darle el apoyo necesario. Carece de experiencia profesional y ha trabajado en períodos cortos con carácter temporal. Es consumidor de droga desde los 18 años y es politoxicómano. La vivienda de la madre lo es en propiedad y aparentemente reúne condiciones de habitabilidad.

El preso solicita la progresión de grado y la libertad condicional, ofreciendo hacer vida honrada en libertad, ya que está gravemente enfermo. Los informes recibidos de la prisión refieren las siguientes enfermedades e incidencias médicas : Infección por VIH estadio B-3, con pronóstico muy grave a seis meses vista verificado hace más de 14 meses (26.11.96), candidiasis oral de repetición, tuberculosis no bacilifera, Hepatitis C y hepatopatía crónica, herida por arma blanca en hemitórax izquierdo. Según el informe médico al interno son susceptibles de aplicación los artículos 104.4. y 196 del Reglamento Penitenciario. Con este informe coinciden el médico forense en su informe de 11 de marzo de 1997, si bien en uno posterior de 8 de abril de 1997 se afirma que la enfermedad no impide al preso capacidad para relacionarse con el mundo exterior fuera de su ambiente familiar y por tanto, aunque limitada, existe capacidad para delinquir.

El interno, aparentemente, ha dejado en algún momento de tomar la medicación adecuada a su enfermedad, si bien desde abril de 1997 sigue el tratamiento y coopera con los servicios médicos del centro para que otros internos lo sigan (informe 25.4.1997)

A la vista de estos informes el Fiscal ha informado favorablemente la libertad condicional (dictamen 13.3.1996) si bien posteriormente lo hizo desfavorablemente aunque solicitando un seguimiento en la información mediante reconocimientos periódicos por si era preciso cambiar de criterio.

Los artículos 104.4 y 196 del Reglamento Penitenciario establecen la

posibilidad de progresión al tercer grado y concesión de la libertad condicional cuando un interno padezca una enfermedad muy grave con sufrimientos incurables. **Las razones de estas normas pueden en síntesis encontrarse en el respeto a la vida y a la integridad física y moral como derechos fundamentales más fácilmente vulnerables en prisión que fuera de ella, en la prohibición constitucional de penas inhumanas que, aunque no sean en abstracto reputadas como tales en nuestra cultura, pueden en concreto y en ejecución, devenir tales si el sufrimiento inherente a la enfermedad supone un añadido o carga adicional al que supone la pena tal que el cumplimiento de ésta lleve al preso (y a terceros, muchas veces) a simas de dolor.** Ciertamente la ley, tanto el Código Penal derogado como el vigente exigen además de la presencia de la enfermedad unas ciertas **garantías de hacer vida honrada en libertad** (texto refundido de 1973) que se concretan en un **pronóstico individualizado y favorable a dicha vida honrada** (Código de 1995). **Pero este requisito debe analizarse, si bien siempre con prudencia, también con elasticidad.** Pues en un tierra como la nuestra más proclive a buscar culpables que a buscar soluciones, **el miedo al error siempre posible en ese pronóstico podría tener tales efectos paralizantes que jamás nadie arriesgara el vaticinio salvo en los supuestos de enfermedades en fases tan avanzadas y tan terriblemente incapacitantes en que pudieran afirmarse la imposibilidad física de delinquir.** Y ello sería tanto como reducir el beneficio de libertad condicional al derecho a sobrevivir (si acaso) y a agonizar y morir, como si la vida en libertad, por condicional que sea ésta, fuera un concepto compatible con tan pobres extremos y no se extendiera a la capacidad de convivencia, de dar, además de recibir y de integrarse lo más plenamente posible en la sociedad a la que siempre se afirma que el preso no ha dejado de pertenecer.

Así pues, si en el presente momento la presencia de enfermedades gravísimas y con sufrimientos incurables es patente, el preso ha cumplido 38 años - hecho cronológico que como es sabido debilita por sí sólo la tendencia a delinquir - su capacidad criminal aunque persista (cabría preguntarse en quien no) está atenuada, el pronóstico de vida no es muy largo y el ambiente familiar es de acogida y responsabilización, **el riesgo de acordar la libertad condicional es asumible y**

sobre todo es preferible al riesgo, sino es ya lesión, de estar sometiendo a un preso a una pena que por sus circunstancias es inhumano que cumpla. Pues sólo la función retributiva de la pena puede explicar la presencia en prisión hasta la preagonía y esa retribución sumada a la enfermedad sería cruel, y carece de sentido orientar a la reinserción a quien sólo hubiera de salir de prisión para agonizar y morir. Puede, sin embargo, añadirse a la condición general de no delinquir durante la libertad, la cautela de acordar que quede bajo custodia familiar ofrecida por el interno y por su madre, pero debe estimarse el recurso.” AUTO 71/98
16.1.98 JVP N°2 EXP 530/95

* “Pese al tenor de las resoluciones judiciales y la previa administrativa, relativas exclusivamente a la denegación de progresión a tercer grado del preso ahora apelante es lo cierto que éste también solicita la libertad condicional con cita expresa de los artículos 92 del Código Penal y 196 del Reglamento Penitenciario. Deba pues resolverse también sobre esta pretensión.

El interno tiene 42 años de edad. Cumple condena por delitos violentos contra la propiedad con una extensión de 16 años 10 meses y dos días y, en virtud de las redenciones ganadas, tras iniciar el cumplimiento el 14-2-92, habrá cumplido las tres cuartas partes en marzo de 1998. Cuenta con apoyo familiar, no ha disfrutado de permisos de salida y se dice que sufre una drogodependencia no superada. Su situación clínica es la siguientes : HIV positivo desde 1992, último análisis conocido arrojaba un total de 54 CD4 (lo normal son ochocientas), padece trombopenia asociada a VIH, Hepatopatía crónica por virus b, Delta y c y candidiasis orofaríngea de repetición. El índice de Kanofsky es de 80 (actividad normal con esfuerzo) y su pronóstico a un mes vista y a seis meses vista era muy grave en marzo de 1997.

La drogodependencia no superada es un juicio de valor de la Administración previsiblemente fundado en la observación directa pues no constan sanciones por tenencia o consumo de estupefacientes. En todo caso en un régimen de sujeción especial del administrado a la Administración, no puede atribuirse exclusivamente al interno la responsabilidad de una eventual permanencia en el consumo. Pero lo esencial es valorar no tanto el origen o la posible causa de agravación de sus enfermedades sino la trascendencia de éstas en orden a la eventual aplicación de los

artículos 104-4 y 196 del vigente Reglamento Penitenciario.

Como es sabido **la enfermedad conocida como SIDA no es tanto mortal en si cuanto, principalmente, por debilitar de tal suerte la capacidad de defensa del organismo que multiplica el riesgo de infecciones comunes que un organismo sano está en condiciones de rechazar y otro debilitado por VIH o rechaza con mayor dificultad o no es capaz de superar. En ese sentido la presencia en un centro carcelario, de gran concentración humana, con un porcentaje importante de también afectados por el retrovirus y en el que, según informes oficiales, es posible seguir consumiendo drogas al margen cautelas higiénicas elementales, no es en principio la fórmula más indicada para preservar la salud del enfermo.**

Este argumento es positivo a conceder la libertad condicional por causa de enfermedad grave en cuanto que enlaza directamente con **el derecho a la integridad física (a la salud) consagrado como fundamental por el artículo 15 de la Constitución**, e incluso con **el derecho a la vida** que es esencialmente el derecho a conservarla durante el tiempo posible, a no perderla cuando aún no es hora, y que proclama igual norma constitucional.

De otra parte el repetido artículo 15 de la Constitución **prohíbe las penas inhumanas**. Mandato que se dirige a todos los poderes públicos: Al legislador que no puede establecerlas en la ley, y a la Administración y a los jueces que **han de velar porque una pena, aún considerada en nuestra estadio cultural como humana en abstracto, se torna inhumana en su ejecución. Y esto puede ocurrir si al sufrimiento inherente a la privación de libertad se suman otros que pueden llevar al ser humano al límite de su capacidad de resistencia cuando no traspasarlo**. En el presente caso la privación de libertad ha sido lo suficientemente prolongada y la conducta y capacidad de redención lo bastante buenas como para que las tres cuartas partes de la condena se cumplan en pocos días, aparecen presentes varias enfermedades muy graves que hoy por hoy no tienen cura. Se cumplen pues lo requisitos de los artículos 104 y 196 del Reglamento Penitenciario. Ciertamente cabe, como hipótesis, que la salud del enfermo haya mejorado con alguno de los modernos tratamientos, pero el Tribunal ha de atenerse no a un juicio hipotético o de posibilidad, sino a los datos que como ciertos obran en el expediente.

El Código Penal derogado, conforme al cual fue condenado el hoy apelante,

exigía además unas ciertas garantías de que el preso hiciera vida honrada en libertad, requisito que la nueva ley ha endurecido exigiendo un pronóstico individualizado y favorable de hacer vida honrada en libertad, pronóstico del que cabe igualmente pronosticar que su obtención no será fácil si sólo se valoran los riesgos siempre existentes de volver a delinquir , más si persiste y se acentúa la tendencia a desplazar o al menos, a hacer compartir la responsabilidad por hechos de terceros al autor de dicho pronóstico cuya tendencia natural siempre será la de evitar ese juicio de reproche, quizá con la excepción de los supuestos extremos en que pueda afirmarse que la enfermedad ha traído como consecuencia la incapacidad física para delinquir. Pero evidentemente **la ley no busca la libertad de los agonizantes, pues a ellos les está casi vedado por esencia el hacer vida en libertad. Sobrevivir agónicamente no es vivir, no es vivir en convivencia, no permite una suficiente capacidad de autodeterminación en muchos casos como para hablar de libertad.** En el presente caso, si el preso ha de cumplir en pocos días tres cuartas partes de la pena, sus enfermedades son tan graves como requerir un tratamiento severo hasta donde sea tolerable por el penado, éste cuenta con apoyo familiar y tiene más de cuarenta años las posibilidades razonables de que haga vida honrada son elevadas. Debe pues estimarse el recurso y concederse la progresión a tercer grado de tratamiento y la libertad condicional.” AUTO 222/98 26.2.98 JVP N°2 EXP 135/95

- (1) Joaquín Sánchez-Covisa Villa “Problemas de interpretación y aplicación del artículo 60 del Reglamento Penitenciario y artículo 92 del Nuevo Código Penal , a los enfermos del Sida” Segunda Conferencia Nacional Sobre Sida y Drogas, 23 y 24 de noviembre de 1995.
- (2) Karl Larenz “Metodología de la Ciencia del Derecho” Ed. Ariel. Barcelona, 1966
- (3) Heriberto Asencio Cantisán “Criterios y método de aplicación del artículo 60 del Reglamento Penitenciario y la problemática de los enfermos afectados del Sida” Jornadas Sida en las prisiones organizadas por SALHAKETA
- (4) Borja Mapelli Caffarena “Normas penitenciarias en el Anteproyecto de Código Penal de 1992
- (5) José María Tamarit Sumalla “Curso de Derecho Penitenciario” De Cedecs 1996
- (6) Ignacio Sánchez Yllera VI Reunión de Jueves de Vigilancia Penitenciaria 1993.