

CONSULTA NUMERO 4/1990, de 5 de noviembre

**LIBERTAD CONDICIONAL: SOBRE SI
EL REQUISITO DE HABER CUMPLIDO
LAS TRES CUARTAS PARTES DE LA CONDENA
ES APLICABLE A LOS PENADOS AFECTOS
DE ENFERMEDAD GRAVE**

I

El tema central planteado en la Consulta es el de la compatibilidad del artículo 60, párrafo segundo, del Reglamento penitenciario de 8 de mayo de 1981 con el artículo 98.2 del Código Penal. Mientras para esta última norma es presupuesto ineliminable del beneficio de la libertad condicional que el sentenciado haya extinguido las tres cuartas partes de la condena, el precepto reglamentario establece que los penados podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional sin necesidad de haber cumplido las tres cuartas partes de aquélla, cuando «se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables».

Ha surgido esta cuestión a propósito de la planificación del beneficio de la libertad condicional a penados afectados por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (S.I.D.A.). Y ante ella caben dos géneros de consideraciones, con resultados distintos. Por un lado, la aplicabilidad del artículo 60 del Reglamento Penitenciario estaría avalada por evidentes razones de justicia material, pues aparte de que el artículo 81 del Código

Penal establece que «no puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto», en los casos de enfermedades irrecuperables las penas privativas de libertad ya no pueden cumplir su fin primordial de procurar la reinserción social del penado. Pero, en sentido contrario, hay que hacer estas observaciones; la primera, que el artículo 98 del Código Penal regula una institución que tiene como finalidad constituir un medio de prueba de que el liberado se encuentra corregido (art. 5 de la Ley de 23 de julio de 1914), fin al que no responde la libertad condicional otorgada conforme al artículo 60 del Reglamento Penitenciario; y la segunda, que cabe cuestionar si la Administración Penitenciaria cumple el deber que le corresponde de velar por la salud de los reclusos enfermos, cuando, lejos de prestarles la asistencia sanitaria debida, les concede la libertad condicional por ser enfermos graves abandonándolos a su suerte cuando más asistencia necesitan. Y no debe desconocerse que las Comisiones de Asistencia Social y la Administración Pública no están en condiciones de facilitar la asistencia que aquellas personas precisan.

II

En orden a los hechos concretos que han motivado la Consulta, se precisan del siguiente modo:

La aplicación del artículo 60 del Reglamento Penitenciario se circunscribe esencialmente a los supuestos de internos que han desarrollado el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, los denominados complejos asociados al S.I.D.A. y que se encuentren en fase terminal de la enfermedad. Para valorar la incidencia del problema que se plantea, debe señalarse que, según datos estimados, entre el 50 y el 70 % de la población reclusa del territorio ha generado anticuerpos frente a la enfermedad (VIH+), lo que hace prever el desarrollo de ésta en un plazo de dos a siete años. En Cataluña, en donde se han transferido prácticamente la totalidad de las competencias en la

materia por el R.D. 3.482/1983, las enfermerías de los establecimientos de reclusión —singularmente la del Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona, con 2.200 internos— no siempre reúnen las condiciones exigidas por la Ley, no existe Hospital Penitenciario y la asistencia sanitaria extrapenitenciaria se canaliza por el momento a través del Departamento de Confinados, con diez camas, en el Hospital Clínico Provincial de Barcelona, lo cual, obviamente, no garantiza el cumplimiento de lo previsto en el artículo 3.4.º y concordantes de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Mas esto no sucede sólo en la Comunidad Autónoma de Cataluña, sino también en los Centros Penitenciarios del resto del Estado, por lo que es preciso el desarrollo de las redes hospitalarias, o, alternativamente, el perfeccionamiento del sistema de colaboración con la red pública hospitalaria extrapenitenciaria.

En estas condiciones, la aplicación del artículo 60 del Reglamento Penitenciario a los condenados aquejados de S.I.D.A. coadyuvará a paliar las deficiencias estructurales existentes por cuanto, de un lado, se da inmediata satisfacción al interno que ansía en cualquier caso la libertad, se liberan las tensiones que se generarían en las condiciones descritas y, en fin, se alivian pesadas cargas para la Hacienda Penitenciaria derivadas de enfermedades de largo desarrollo. De este modo, el Estado que, a través de uno de sus órganos, la Administración de Justicia, ha impuesto penas privativas de libertad, y que a través de otro, la Administración Penitenciaria, ha asumido la función de ejecutarlas y la tutela de valores fundamentales, como la salud, traslada su inicial responsabilidad de procurar la necesaria asistencia sanitaria hasta el fallecimiento, a las familias que suelen acogerlos en situaciones habitualmente dramáticas.

III

En la Consulta se hacen también consideraciones técnico-jurídicas sobre la libertad condicional, sus requisitos y la efi-

cacia o no de la excepción prevista en el artículo 60, párrafo segundo, del Reglamento Penitenciario.

1. Se dice en primer lugar que la institución de la libertad condicional, conforme al principio de individualización científica de la condena, rector de la legislación penitenciaria vigente, constituye el cuarto grado de tratamiento penitenciario, y se configura como un período de transición entre la vida en reclusión y la libertad definitiva, justificado por el éxito que los efectos de prevención especial de la pena han desplegado sobre el sujeto durante el tiempo transcurrido en medio cerrado.

Son presupuestos para su concesión que el sentenciado lo haya sido a penas de más de un año de privación de libertad, que se encuentre en el último grado de la condena y que haya extinguido las tres cuartas partes de ésta. Y sus requisitos son dos. Uno implica la adaptación del interno a la vida regimental del Centro (que merezca el beneficio por su intachable conducta), y el otro se basa en consideraciones de orden criminológico (que ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad). Así se desprende de los artículos 98 del Código Penal y 58 del Reglamento Penitenciario.

2. Pero los presupuestos para la obtención de la libertad condicional, conforme al artículo 98 del Código Penal, quiebran merced a la existencia del artículo 60 del Reglamento Penitenciario, que dispone que «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 de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional.

Igual sistema se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables».

Así, el precepto reglamentario facilita el acceso al cuarto grado de tratamiento penitenciario a internos que, aún lejos de cumplir las tres cuartas partes de la condena, se encuen-

tren en alguno de los dos casos descritos, y gocen en el momento de la incoación del expediente del tercer grado y cumplan los requisitos de conducta y criminológicos referidos anteriormente. En la práctica el presupuesto exigido por el Código Penal de que el penado ostente el tercer grado, se cumple formalmente merced a compasivos informes-propuestas de los Equipos de Tratamiento por el Centro Directivo, conociendo ambos órganos previamente del estado de salud del interno.

3. En lo estrictamente jurídico, el artículo 60 del vigente Reglamento Penitenciario, heredero del artículo 54 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de febrero de 1956 y del artículo 23 del Decreto de 22 de marzo de 1932, goza de apoyo en un sector de la doctrina penitenciarista. Se arguyen en su defensa razones de justicia material que concurren en el fundamento de la excepción, perceptibles con facilidad, como son las dificultades para delinquir y la escasa peligrosidad de los posibles beneficiarios; y razones humanitarias, integrándose en ellas la familia del interno, el propio penado y el resto del colectivo social como directa o indirectamente favorecidos por la aplicación de la excepción reglamentaria. De las razones apuntadas se hicieron eco en reuniones celebradas, los Jueces y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, constatándose las dificultades de ofrecer solución jurídica satisfactoria para penados en condiciones de salud como las descritas, y cuyo perfil personal, familiar, psicológico, penal y criminológico no se ajustara a las variables de tal carácter trazadas en la legislación penitenciaria a modo de requisitos para el adelantamiento de la excarcelación.

Pero los motivos expuestos, aunque poderosos, no desvirtúan la presumible ilegalidad del artículo 60 del Reglamento Penitenciario, por cuanto a través de una norma reglamentaria se prescinde de un requisito esencial establecido en el artículo 98.2 del Código Penal, haber cumplido las tres cuartas partes de la condena, lo que resulta contrario al principio de jerarquía normativa establecido por el artículo 9.3 de la

Constitución, el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 1.2 del Código Civil.

De otro lado, se ha puesto de relieve la distinta fundamentación del instituto de la libertad condicional y de su excepción (tratamiento penitenciario de aquél, pietismo en 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.

La cuestión que se plantea tendría especial relevancia práctica en el caso de que, ante las dos opciones posibles, se diera prioridad a la que considera contrario al principio de jerarquía normativa el artículo 60 del Reglamento Penitenciario y, por tanto, nula de pleno derecho —conforme al artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado—, la norma en él contenida que posibilita la excarcelación anticipada de enfermos incurables. En este caso los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria deberán oponerse a la concesión de la libertad condicional, salvo cuando concurren los requisitos del artículo 98 del Código Penal. De prosperar esta tesis significaría la ineficacia en la práctica, por su no aplicación, de una norma, como la del artículo 60 del Reglamento Penitenciario, formalmente válida aún cuando discutible jurídicamente.

Indicar, por último, que el problema que presentan ahora los enfermos incurables ya se había planteado respecto a los septuagenarios, aunque desde la perspectiva penal y no administrativa, por Jiménez de Asúa, impulsor del Decreto citado de 22-3-1932, y también en la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1968, en orden a la supresión del requisito temporal del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena y, muy concretamente, si dicha suspensión contenida en una norma con rango de Decreto podía vulnerar otra con rango de ley formal o, por el contrario, se producía una infracción del principio de jerarquía normativa establecido entonces en el artículo 1.2.º del Código Civil y 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y hoy, con

rango fundamental, en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

IV

Y, en fin, el objeto propio de la Consulta se concreta así: si en lo sucesivo los Fiscales deberán continuar informando los expedientes de libertad condicional, conforme a los acuerdos de las reuniones de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, en sentido favorable a la concesión del beneficio citado para todos los penados con enfermedad grave terminal o S.I.D.A. en estado avanzado, en las condiciones en que se viene realizando, o si, habida cuenta de las razones jurídicas expuestas, han de oponerse a la concesión de la libertad condicional, pero instando en este caso por los cauces jurídicos establecidos (art. 4.3º y 1.º del Estatuto del Ministerio Fiscal en relación con el art. 77 de la Ley General Penitenciaria) la inmediata adopción por la Administración Penitenciaria de medidas tendentes a asegurar el tratamiento terapéutico a los penados con enfermedad grave en fase terminal, singularmente S.I.D.A., mediante la creación de Hospital Penitenciario o concertado, con suficiente capacidad con el fin de satisfacer el mandato legal previsto en los artículos 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 138 del Reglamento.

V

1. El tratamiento privilegiado en la aplicación de la libertad condicional para «enfermos muy graves, con padecimientos incurables», como dice el artículo 60, párrafo segundo, del Reglamento Penitenciario, o para los afectados de «enfermedad grave o irreversible», en expresión del artículo 336.4 e) de la norma reglamentaria, tiene su origen en el Real Decreto del Ministerio de Justicia de 29 de julio de 1977. Por virtud de esta disposición se sujetaron al régimen

que preveía para los septuagenarios el artículo 54 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956. En el artículo 60 del Reglamento de 8 de mayo de 1981 permanece la asimilación. Coinciden ambos Reglamentos en modificar el sistema común del Código Penal, pues a los enfermos graves e irrecuperables se les puede otorgar la libertad condicional sin haber extinguido las tres cuartas partes de la condena, como requiere sin embargo el artículo 98.2 del Código Penal. Pero los presupuestos a que condicionan la excepción no son los mismos en los referidos Reglamentos. Un menor rigor presidía el texto reglamentario de 1956.

En su redacción originaria, el artículo 54 del Reglamento de 2-2-1956, establecía que «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 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 en sus penas respectivas». El R.D. de 29-7-1977 adicionó un segundo párrafo expresivo de que «igual sistema se seguirá cuando, según el informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables».

El primer párrafo del artículo 60 del actual Reglamento modifica el inciso primero del artículo 54 del Reglamento de 1956, siendo ahora su tenor literal el siguiente: «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieren 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 aquella, podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional». El párrafo segundo, referente a los enfermos muy graves, es idéntico al párrafo segundo del artículo 54 del anterior Reglamento.

Desaparecen en el artículo 60 los requisitos del artículo 54 de la intachable conducta y la garantía de ofrecer vida

honrada en libertad, sin duda por estar previstos de modo general en el artículo 98.3 y 4 del Código Penal. Y se confirma que la única excepción para estos destinatarios es que la libertad condicional se concede sin que concurra el requisito de haber extinguido las tres cuartas partes de la condena. Pero si conforme al artículo 54 la libertad condicional procedía «cualquiera que sea el período de tratamiento en que se encuentren y el tiempo que lleven extinguido de sus penas respectivas», desaparecidas estas expresiones, ahora, ciertamente, los enfermos muy graves pueden ser propuestos para la libertad condicional sin haber extinguido las tres cuartas partes, pero siempre que «reúnan los requisitos establecidos».

2. El citado giro tiene varias proyecciones. Si nos fijamos ahora en el orden gradual y temporal, debe concluirse que los enfermos graves beneficiarios serán sólo los que se hallen en un determinado grado y tipo de régimen y hayan cumplido una determinada fracción o parte de la condena impuesta. Si los enfermos graves en el sistema penitenciario anterior podían obtener la libertad condicional, cualesquiera fuera el período o grado en que se encontraren y el tiempo de pena cumplida, ahora no es así.

Pero ¿en qué grado deben estar clasificados y qué tiempo han de haber cumplido los enfermos graves para optar a la propuesta de libertad condicional? Analizamos estos dos temas porque, aun cuando lo que directamente plantea la Consulta es la legalidad o no del adelantamiento de la libertad condicional, los requisitos que han de concurrir es cuestión previa cuyo examen y resultado puede reducir el problema que en la Consulta adquiere grandes proporciones. La conclusión a obtener es que no todos los enfermos graves en un momento determinado pueden ser propuestos anticipadamente para la libertad condicional, sino sólo quienes «reúnan los requisitos establecidos».

Si la libertad condicional constituye el cuarto grado de tratamiento penitenciario, sólo quienes se hallen en el inme-

diatamente anterior, el tercero, pueden acceder a la libertad condicional. En este sentido, el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria expresa que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional. Los grados segundo y tercero se cumplirán, respectivamente, en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Nos interesa aquí el tercer grado o de régimen abierto, requisito general que ha de concurrir en todos los internos propuestos para la libertad condicional y también en todas las propuestas de libertad condicional anticipada, sujetas a los criterios comunes de clasificación, aplicando las circunstancias de progresión del artículo 65.2 de la Ley General Penitenciaria y no razones derivadas de la enfermedad del interno. Que la clasificación en tercer grado es siempre esencial a la propuesta, se infiere del artículo 61 del Reglamento Penitenciario, cuando dice que para iniciar la tramitación de los expedientes de libertad condicional, se atenderá a que «el penado va a cumplir las tres cuartas partes de su condena y se halla clasificado en tercer grado». Como la única excepción para los enfermos graves es la derogación del presupuesto temporal de haber cumplido tres cuartas partes de la condena, hallarse en el tercer grado es indispensable para el disfrute de la libertad condicional.

Ahora bien, ¿para la clasificación en tercer grado se requiere un mínimo legal de cumplimiento de la pena, que estará en función de su gravedad, o puede constituir una clasificación inicial para lo que bastará tener en cuenta la personalidad del delincuente y sus posibilidades de regeneración? La necesidad de atender a la duración de las penas y a mínimos temporales de internamiento en el sistema de individualización científica entendemos que es preceptivo, si bien en conjunción con el criterio de la personalidad del interno y su tratamiento. No otra cosa podemos deducir del artículo 63 de la Ley General Penitenciaria; tras señalar que para la individualización del tratamiento se realizará la clasificación, expresa que «la clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el histo-

rial individual, familiar, social y delictivo del interno sino también la duración de la pena». Y el artículo 251 del Reglamento Penitenciario dice que «para el caso de que se proponga para tercer grado a un interno que no tenga cumplida la cuarta parte de la totalidad de la condena o condenas, será necesario que concurren favorablemente ya calificadas las otras variables intervinientes en el proceso o calificación... En estos supuestos será necesario un tiempo mínimo de conocimiento del interno, previsión de conducta y consolidación de factores favorables no inferior a dos meses de estancia real en el Centro». Es cierto que, conforme al artículo 43.2 del Reglamento, la clasificación en tercer grado puede ser inicial o por evolución favorable del segundo grado, pero aquella no será anterior a los dos meses de estancia en el Centro. La conclusión es que será necesario un mínimo de internamiento y que, como norma general, para el acceso al tercer grado es preciso el cumplimiento de la cuarta parte de la pena impuesta.

3. Pero el adelantamiento de la libertad para los enfermos graves no quiere decir que la libertad condicional a conceder sea automática o que procede en cuanto se acredite el «quantum» de la pena cumplida y el período o grado de condena. «Reunir los requisitos establecidos», como dice el artículo 60, párrafo primero del Reglamento, tiene una mayor amplitud.

— Por lo pronto, ha de constar un buen comportamiento mostrado por el penado durante el tiempo de reclusión y una futura trayectoria positiva de conducta en el período inmediato de cumplimiento en libertad. A ellos se refiere el artículo 98.3 y 4 del Código Penal.

El artículo 98.3 aún menciona la intachable conducta. En el expediente para la propuesta de libertad condicional de la Ley General Penitenciaria y su Reglamento no hallamos considerada la buena conducta. Sin embargo, para la clasificación es importante la conducta penitenciaria o conducta global del interno (arts. 65.2.º de la Ley y 243 del Reglamento), y para la progresión a tercer grado (art. 251 del Reglamento) se valora

especialmente la buena conducta (art. 270.5 del Reglamento). Conforme al Reglamento de 1956 (art. 59), en la propuesta de libertad condicional debía figurar copia del expediente del interesado en el que figure su conducta disciplinaria. Mas a partir de la modificación del Decreto de 25-1-1968, el informe sobre la conducta se sustituye por «un informe del equipo que haya intervenido en la observación y tratamiento penitenciario del interno, pronunciándose sobre la oportunidad de conceder el beneficio habida cuenta de los factores positivos de reinserción social que presenta el sujeto».

Si no se exige que en la propuesta de libertad condicional figure información concreta sobre la conducta, sí se requiere informe del Equipo de Tratamiento (arts. 270.6 y 336.4 f) del Reglamento) para otorgar la libertad condicional, que irá fundamentado según lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley, en el estudio científico de la personalidad del penado; esto es, entre otras cosas, lo que «se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional» (art. 67 de la Ley). Mas como en el artículo 98.3 sigue estando la conducta intachable como requisito, ésta deberá limitarse al comportamiento penitenciario, y se dará siempre que no existan vigentes faltas disciplinarias de entidad (art. 128 del Reglamento).

Ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad, término del artículo 98.4 del Código Penal, es equiparable al que se emplea en la ley (art. 67) y el Reglamento (art. 336.4.f) relativamente al informe del Equipo de Tratamiento, que consistirá «en un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad» o «al pronóstico criminológico sobre su comportamiento futuro» (art. 270.6 del Reglamento). De todas formas hay que distinguir con la mejor doctrina dos casos. Cuando la situación en tercer grado es previa y de cierta continuidad al tiempo de la propuesta de libertad condicional, ésta operará de modo automático si en sus salidas del establecimiento hace vida normal y de trabajo. Y cuando son simultáneas la progresión al tercer grado y la propuesta de libertad condicional, sin haber disfrutado por tanto aún del régimen abierto, las garantías que deberá ofre-

cer el interno son las recogidas en el artículo 62 del Reglamento.

— En ningún caso podrá proponerse para tercer grado y por tanto no disfrutarán de la libertad condicional si al interno le quedan causas en situación preventiva (art. 252, párrafo segundo del Reglamento).

4. Pero para el supuesto excepcional de libertad condicional anticipada que regula el artículo 60 del Reglamento, es «*condictio iuris*» la grave enfermedad del interno. En una ocasión el Reglamento hace referencia al enfermo («enfermos muy graves», según el art. 60) y en otra, a la enfermedad («enfermedad grave», dice el art. 334). Aunque pueda haber diferencias entre los calificativos de «muy graves» y «graves», es lo cierto que en ambos preceptos después se equipararán al expresar, respectivamente, «padecimientos incurables» y «enfermedad irreversible». No, por tanto, cualquier enfermedad grave, sino aquellas que han entrado en su último período, y sin que quepa además la posibilidad de volver del estado a que se llega a otro anterior más benigno. El informe facultativo ha de proceder del médico del Establecimiento (art. 336.4 e) del Reglamento).

Todos los antecedentes justificativos de los requisitos de la libertad condicional serán comprobados por la Junta de Régimen y Administración antes de elevar la propuesta al Juez de Vigilancia Penitenciaria para su aprobación (art. 63 del Reglamento). Una vez que la propuesta tiene entrada en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se remite al Ministerio Fiscal para informe. Y emitido éste, el Juez de Vigilancia resuelve (art. 72.2.b de la Ley). El Ministerio Fiscal comprobará que de los términos de la propuesta se extraerán todos los requisitos establecidos, incluido el carácter irreversible o incurable de la enfermedad, por lo que el expediente de adelantamiento de la libertad condicional puede estar formalmente completo. En tales casos, ¿el informe del Ministerio Fiscal deberá ser favorable o contrario a la concesión del beneficio de la libertad condicional? Esta es, justamente la al-

ternativa que plantea la Consulta. El pronunciamiento en favor de la solución positiva choca con la legalidad de la que el Ministerio Fiscal es el más cualificado defensor (arts. 124 de la Constitución y 1.º del Estatuto del Ministerio Fiscal). El principio de legalidad en materia penal alcanza también a la legalidad en la ejecución de las penas (arts. 81 del Código Penal y 990 de la LECrim.). Luego siempre que se advierta discordancia entre las normas del Código Penal y disposiciones reglamentarias, éstas no deberán aplicarse. El artículo 98.2 del Código Penal no autoriza a prescindir del requisito de que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena. Al contrario, lo exige de modo imperativo. La referencia conjunta en el artículo 81 del Código Penal a que las penas se ejecutarán en la forma prescrita «por la ley y reglamentos», no presupone que pueda alterarse la jerarquía normativa, sino que sólo se aplicarán los reglamentos que sean conformes a ley. El artículo 9.3 de la Constitución garantiza tanto el principio general de legalidad como el de jerarquía normativa, que afirma la supremacía de la ley, sin que pueda ser arbitrariamente alterada, por lo que los Jueces y Tribunales (art. 6 de la L.O.P.J.) no aplicarán los reglamentos o cualesquiera otras disposiciones contrarias a la ley o al principio de jerarquía normativa y las disposiciones que contradigan otras de rango superior carecen de validez (art. 1.2 del Código Civil). Todas estas normas son conocidas y valoradas jurídicamente en la Consulta.

VI

Superada históricamente la fase de las cárceles-custodia y la fundamentación puramente expiatoria y retributiva de las penas privativas de libertad, se reconoce en todos los sistemas penitenciarios avanzados que el recluso, a pesar de encontrarse en una especial situación jurídica de sujeción frente a la Administración penitenciaria, no por ello pierde su esencial condición de persona y la dignidad y derechos fundamentales que le son inherentes, y de modo preeminente el dere-

cho a la salud. Así, el artículo 25.2 de la Constitución Española reconoce expresamente que «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma, gozará de los derechos fundamentales de este capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso tendrá derecho... al desarrollo integral de la personalidad». Y en el artículo 43.1.º se reconoce el derecho a la protección de la salud.

Con total respeto a este marco constitucional, el artículo 3.4.º de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26-9-1979 prescribe que «la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza. En consecuencia... La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos».

Este reconocimiento general, además de plasmarse en unas normas concretas que regulan la infraestructura personal y material de la sanidad penitenciaria (arts. 36-40 de la Ley), se complementa en el Reglamento Penitenciario, al expresar su art. 8,c) que los Establecimientos penitenciarios se organizarán conforme al criterio de que la asistencia médica se prestará en análogas condiciones que las de la vida libre.

Junto al primer nivel de previsión de asistencia general penitenciaria existen otros. Uno es el que requiere la atención sanitaria en Establecimientos especiales hospitalarios o psiquiátricos; el ingreso en ellos se acuerda por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias previa propuesta de la Junta de Régimen y Administración, con simple dación de cuenta a la autoridad judicial de quien depende el detenido o preso o al Juez de Vigilancia Penitenciaria en el caso de los penados (art. 57 del Reglamento). El último nivel de asistencia sanitaria lo constituye la atención en Centros hospitalarios extrapenitenciarios «en caso de necesidad o de urgencia»

(art. 36.2 de la Ley desarrollado por el R.D. 319/1988, de 30 de marzo).

Es, pues, obligación esencial que se impone a la Administración penitenciaria, la de prestar la asistencia debida, incluso extrapenitenciaria, a todos los internos enfermos. Obligación que no sólo no se extingue sino que se acentúa cuando se trate de enfermos irrecuperables o incurables en fase terminal. Mas, según se indica en la Consulta, tal deber para los portadores graves de SIDA no es de fácil cumplimiento con los medios materiales y personales de que actualmente se dispone, situación que contribuye sin duda a la excarcelación en libertad condicional en cuanto concurren los requisitos del artículo 60 del Reglamento penitenciario aunque no el del artículo 98.2.º del Código Penal. Lo más ajustado a la legalidad sería que la Administración penitenciaria estuviera en condiciones de cumplir rigurosamente su deber de tratamiento e instar en casos especiales medidas de gracia compatibles con la asistencia postpenitenciaria, evitando el riesgo que para la salud pública pueden representar estos enfermos no curados en libertad.

No desconocemos que desde el punto de vista de la legalidad estricta resulta impecable la inaplicación del artículo 60 del Reglamento Penitenciario por falta de cobertura legal. Pero aún así, ¿caben otras soluciones al grave problema, social y humano, que se presenta en algunos Establecimientos penitenciarios con altas cifras de enfermos del SIDA en fase terminal, que resultan notoriamente insuficientes para atenderlos, o que carecen de los medios adecuados, dificultando así que el tratamiento terapéutico alcance a todos en la forma debida? El hecho cierto es que al aparecer la muerte para ellos como algo inexorable y no lejano, se impide totalmente a los internos con enfermedad irreversible la corrección real y la consecución del fin primordial de reinserción social requerido por la Constitución (art. 25) y la Ley General Penitenciaria (art. 1). Motivaciones humanitarias aconsejan la excarcelación anticipada. Si, de modo general, las razones humanitarias no pueden alegarse para dejar sin aplicación un

mandato legal (el art. 98.2 del Código Penal), pues ello conduciría siempre al virtual incumplimiento de la pena, sí es oportuno valorarlas en casos singulares. De igual modo, motivos de justicia material y otros fundados en que la Administración Penitenciaria no siempre está en condiciones de facilitar la asistencia precisa a los internos aquejados de SIDA en fase terminal, han de contribuir a *dulcificar la interpretación* de normas que, no coincidiendo totalmente con las contenidas en una ley formal, se conforman con el principio constitucional de la dignidad de la persona y con la necesidad de humanizar el cumplimiento de las penas. La vía de la equidad tampoco debe ser ajena a la solución de especiales supuestos. De ahí que el Ministerio Fiscal pueda, como hasta ahora, 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, ya examinados, requeridos por el artículo 60 del Reglamento penitenciario, aunque no se haya cumplido aún el previsto en el artículo 98.2 del Código Penal.

Por último, señalar que este modo de interpretar el artículo 60 de la norma reglamentaria es el que parece informar reformas legislativas en proyecto y resoluciones del Tribunal Supremo. En el primer sentido, expresar que el artículo 85 del borrador de anteproyecto de Código Penal que el Ministro de Justicia ha dado a la publicidad este mismo mes, incorpora el contenido del artículo 60 del Reglamento penitenciario. Y en el segundo, destacar que la Sala de Vacaciones del Tribunal Supremo dictó el 19-8-1988 un auto en el que, a propósito de la incompatibilidad o no del artículo 60 tantas veces citado con el artículo 98.2 del Código Penal, se declaraba 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 la jerarquía normativa, puesto que aun no estando respaldada por la Ley Orgánica General Penitenciaria, lo está sin duda alguna por el ar-

título 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 artículo 15 de la misma Norma, que prohíbe las penas inhumanas».