



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Consultas

DOCUMENTO ANALIZADO

Consulta n.º 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 afectados de enfermedad grave.*

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Arts. 9.3, 10.1, 15, 25.2, 43.1 y 124 CE; art. 6 LOPJ; arts. 1, 4.3.º y 1.º -ahora 3.1 y .4, entonces 3.Uno y .Cuatro- de la Ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; art. 1.2 CC; art. 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, precepto derogado por apartado 1-a) de la Disposición derogatoria única de la Ley 50/1997, de 27 noviembre 1997, de Organización, competencia y funcionamiento del Gobierno; arts. 81 y 98 CP/1973. En séptimo lugar, el art. 990 LECrim, que se encuentra sustancialmente vigente, con las adiciones de sus párrafos quinto y sexto por el art. 2.152 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre; arts. 1, 3, 36 a 40, 63, 65.2, 67, 72, 76.2-b) –por error se cita 72.2.b)- y 77 LOGP; arts. 8.c), 43, 57, 58, 59. 60-II, 108, 128, 243, 251, 252-II, 270.5 y .6, 334 y 336.4-e) y -f) RP/1981; el RD 3482/1983, de 28 diciembre, sobre traspaso de servicios del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de Administración Penitenciaria; se citan asimismo disposiciones legales derogadas que sirvieron de base para las normas entonces vigentes, como la Ley de 14 de julio de 1914 de libertad condicional –art. 5-, art. 23 del Decreto de 22 de marzo de 1932, y el art. 54 del Reglamento de Servicios de Prisiones aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, con sus modificaciones de 1968 y 1977.

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

La Consulta se suscita sobre la compatibilidad del párrafo segundo del artículo 60 RP/1981 con el artículo 98.2 CP, que fijaba como requisito imprescindible para alcanzar la libertad condicional que el sentenciado hubiera extinguido las tres cuartas partes de la condena, mientras que el precepto reglamentario posibilitaba 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».

La Conclusión alcanzada es que no obstante las razones formales aparentemente conducentes a afirmar que la norma reglamentaria no se sujetaba al principio de jerarquía normativa, debía el Ministerio Fiscal informar favorablemente 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 restantes requeridos por el art. 60 RP/1981.

1.- DETERMINACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS INTERPRETADAS EN LA CONSULTA Y MODIFICACIONES LEGISLATIVAS QUE LAS HAN AFECTADO.-

Se citan los artículos siguientes:

En primer lugar, los arts. 9.3, 10.1, 15, 25.2, 43.1 y 124 CE, todos vigentes.

En segundo lugar el art. 6 LOPJ, que se encuentra vigente.

En tercer lugar, los arts. 1, 4.3.º y 1.º -ahora 3.1 y .4, entonces 3.Uno y .Cuatro- de la Ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, vigente con el cambio del sistema de numeración indicado.

En cuarto lugar, el art. 1.2 CC, vigente.

En quinto lugar, el art. 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, precepto derogado por apartado 1-a) de la Disposición derogatoria única de la Ley 50/1997, de 27 noviembre 1997, de Organización, competencia y funcionamiento del Gobierno. No obstante el precepto se contiene sustancialmente en el art. 23 de la Ley precitada, así como en el art. 51 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En sexto lugar, los arts. 81 y 98 CP/1973. Los preceptos indicados del Texto Refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, fueron derogados por el apartado 1-a) de la Disposición Derogatoria Única de la LO 10/1995, de 23 de noviembre. Las figuras contenidas en los mismos se encuentran actualmente recogidas en los arts. 3 y 90 a 93 CP. **Conviene advertir que el art. 92 CP regula en la actualidad la figura de la libertad condicional de enfermos graves e incurables, desapareciendo así sobrevenidamente la problemática central de eventual vulneración del principio de jerarquía normativa.**

En séptimo lugar, el art. 990 LECrim, que se encuentra sustancialmente vigente, con las adiciones de sus párrafos quinto y sexto por el art. 2.152 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

En octavo lugar, los arts. 1, 3, 36 a 40, 63, 65.2, 67, 72, 76.2-b) –por error se cita 72.2.b)- y 77 LOGP, preceptos

todos vigentes.

En noveno lugar, los arts. 8.c), 43, 57, 58, 59. 60-II, 108, 128, 243, 251, 252-II, 270.5 y .6, 334 y 336.4-e) y -f) RP/1981, preceptos todos derogados por el apartado 2.b) del Disposición Derogatoria Única del RD 190/1996, de 9 de febrero, con la sola salvedad del art. 108, que se encuentra vigente conforme al apartado 3 de la Disposición derogatoria precitada, y los arts. 334 y 336, que se mantienen vigentes con rango de resolución del centro directivo de la Administración penitenciaria correspondiente, en lo que no se oponga a lo establecido en el Reglamento Penitenciario, conforme a Disposición Transitoria tercera del RD 190/1996, de 9 de febrero. Conviene advertir que la regulación del expediente de libertad condicional se contiene actualmente en los arts. 192 a 201 del RP aprobado por RD 190/1996, y que las especialidades de la libertad condicional de enfermos muy graves con padecimientos incurables se contienen en el art. 196 RP.

En décimo lugar, el RD 3482/1983, de 28 diciembre, sobre traspaso de servicios del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de Administración Penitenciaria.

Finalmente, se citan disposiciones legales derogadas que sirvieron de base para las normas entonces vigentes, como la Ley de 14 de julio de 1914 de libertad condicional –art. 5-, art. 23 del Decreto de 22 de marzo de 1932, y el art. 54 del Reglamento de Servicios de Prisiones aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, con sus modificaciones de 1968 y 1977.

3.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO.-

Se cita el ATS de 18 de agosto de 1988, de la Sala Quinta de lo Militar.

Con posterioridad se han pronunciado la STC 48/1996, de 25 de marzo, que en resumen vino a señalar que tan solo una enfermedad grave e incurable en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente acortando así la duración de su vida, aun cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado por aquella, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal. Igualmente, ATC 381/1996, de 18 de diciembre, que inadmitió recurso de amparo de recluso en relación con autos que denegaban la libertad condicional anticipada a interno con infección de VIH, advirtiendo que pese a ser cierto que el interno padece una grave enfermedad y tiene cumplidas las tres cuartas partes de la pena, no reúne el resto de los requisitos legalmente exigidos -estar clasificado en tercer grado, observar buena conducta y ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad- para obtener la libertad condicional.

Por otro lado pueden citarse la STS de 12 de septiembre de 1991, y más recientemente, Auto de la Audiencia Nacional 359/2012 –Sección 1.ª- de 19 de septiembre de 2012 así como Auto de Juzgado Central de Menores de 30 de agosto de 2012 –ambos, del asunto *Bolinaga*-, y su secuela correspondiente a Auto de 11 de marzo de 2013.

4.- CIRCULARES FGE QUE AFECTEN A ESTAS DISPOSICIONES.-

No constan.

5.- VALORACIÓN SOBRE LA VIGENCIA TOTAL O PARCIAL DE LA CONSULTA 2/1980, DE 16 DE DICIEMBRE.-

Puede entenderse vacía de contenido tras la regulación de la modalidad especial de la libertad condicional de enfermos graves con padecimientos incurables por el art. 92 CP vigente, que superó las suspicacias generadas sobre la posible vulneración del principio de jerarquía normativa siempre mantenido desde la introducción de esta

figura por el artículo 23 del Decreto de 22 de marzo de 1932, sustancialmente reproducidos por los arts. 54 del RSP de 1956 y por el art. 60 RP/1981, en la medida en que excluían el requisito de cumplimiento de $\frac{3}{4}$ partes de condena establecido con carácter general por la Ley de Libertad condicional de 1914 y por los sucesivos Códigos Penales.

Ficha elaborada por la Unidad de Vigilancia Penitenciaria de la Fiscalía General del Estado.

TEXTO DE LA CONSULTA

Consulta n.º 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 art. 60, párrafo segundo, del Reglamento penitenciario de 8 de mayo de 1981 con el art. 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 art. 60 del Reglamento Penitenciario estaría avalada por evidentes razones de justicia material pues aparte de que el art. 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 irreversibles 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 art. 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 art. 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 art. 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. 3482/1983, 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 art. 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 art. 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 ansia 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 eficacia o no de la excepción prevista en el art. 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 esta. 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 arts. 98 del Código Penal y 58 del Reglamento Penitenciario.

2. Pero los presupuestos para la obtención de la libertad condicional, conforme al art. 98 del Código Penal, quiebran merced a la existencia del art. 60 del Reglamento Penitenciario, que dispone que «los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 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 aquella, 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 encuentren 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 art. 60 del vigente Reglamento Penitenciario, heredero del art. 54 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de febrero de 1956 y del art. 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 art. 60 del Reglamento Penitenciario, por cuanto a través de una norma reglamentaria se prescinde de un requisito: esencial establecido en el art. 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 art. 9.3 de la Constitución, el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 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 art. 60 del Reglamento Penitenciario y, por tanto, nula de pleno derecho -conforme al art. 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 art. 98 del Código penal. De prosperar esta tesis significaría la ineficacia en la práctica, por su no aplicación, de una norma, como la del art. 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 art. 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 art. 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. 4.3.º 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 arts. 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 art. 60, párrafo segundo, del Reglamento Penitenciario, o para los afectados de «enfermedad grave o irreversible», en expresión del art. 336.4 e) de la norma reglamentaria, tiene su origen 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 art. 54 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956. En el art. 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 a partes de la condena, como requiere sin embargo el art. 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 art. 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 art. 60 del actual Reglamento modifica el inciso primero del art. 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 art. 54 del anterior Reglamento.

Desaparecen en el art. 60 los requisitos del art. 54 de la intachable conducta y la garantía de ofrecer vida honrada en libertad, sin duda por estar previstos de modo general en el art. 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 art. 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 encontraran 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 inmediatamente anterior, el tercero, pueden acceder a la libertad condicional. En este sentido, el art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena». Y el art. 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 art. 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 art. 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 art. 98.3 y 4 del Código penal.

El art. 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, si 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 art. 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 art. 98.3 sigue estando la conducta intachable como requisito, esta 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 art. 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, esta operará de modo automático si en sus salidas del establecimiento hace vida normal y de trabajo. Y cuando son simultáneas la profesión al tercer grado y la propuesta de libertad condicional, sin haber disfrutado por tanto aún del régimen abierto, las garantías que deberá ofrecer el interno son las recogidas en el art. 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 art. 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 equiparán 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 alternativa 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 art. 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 art. 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 art. 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 derecho a la salud. Así, el art. 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 art. 43.1.º se reconoce el derecho a la protección de la salud.

Con total respeto a este marco constitucional, el art. 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 art. 60 del Reglamento penitenciario aunque no el del art. 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 art. 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 art. 60 del Reglamento penitenciario, aunque no se haya cumplido aún el previsto en el art. 98.2 del Código penal.

Por último, señalar que este modo de interpretar el art. 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 art. 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 art. 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 art. 60 tantas veces citado con el art. 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 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».

