

## La exigencia de la RC en el medio penitenciario. La necesaria aplicación de la STS 59/2018, de 2 de febrero, de unificación de la doctrina

**Puerto SOLAR CALVO**

*Jurista de II.PP., DEA Derechos Fundamentales*

Diario La Ley, Nº 9347, Sección Tribuna, 29 de Enero de 2019, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada  
Jurisprudencia comentada  
Comentarios

Va a hacer un año de que el TS dictara Sentencia para unificar la doctrina en materia de responsabilidad civil en el ámbito penitenciario. Sin embargo, se trata de una doctrina que ha tenido poco calado tanto en las Juntas de Tratamiento, como entre los JJVP. Ello, entendemos, por las dificultades de erradicar una concepción altamente moralista de lo que supone el abono de la responsabilidad. El presente trabajo plantea los problemas que genera esta perspectiva sobre la responsabilidad —el abono de la responsabilidad civil vinculada al tercer grado no beneficia a la víctima, no tiene nada que ver con la asunción delictiva y viene más bien a permitir un uso utilitarista de dichos abonos para el logro del tercer grado—. A la vez, se trata de explicar la brillante aportación que en la resolución de los mismos supone la STS 59/2018, de 2 de febrero. (LA LEY 1361/2018) Todo ello partiendo del principio de no dejar de exigir la responsabilidad civil a los condenados, en tanto, no olvidemos, han sido declarados responsables del daño causado, siempre que dicha exigencia se lleve a cabo conforme a los parámetros objetivos y generalizados que la resolución del TS determina e impone. Esto es, tratando a los internos como auténticos ciudadanos sujetos de derecho que siguen siendo.

### I. EL ABONO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Una de las novedades introducidas por la LO 7/2003, de 30 de junio (LA LEY 1123/2003), de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, fue la del apartado 5 del art. 72 LOGP (LA LEY 2030/1979) que exige que en las clasificaciones en tercer grado, sean éstas iniciales o se trate de progresiones, el penado satisfaga las responsabilidades civiles. En concreto:

«La clasificación o progresión a tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a)** Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas.
- b)** Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c)** Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
- d)** Delitos contra la Administración pública comprendidos en los Capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal».

Como hemos adelantado, a pesar de lo que en un primer momento puede inferirse de este requisito penal para el

acceso al tercer grado penitenciario, exigir el abono de la responsabilidad civil en el momento del acceso al régimen abierto se presta a consideración crítica que cuestiona su introducción en la norma. A la vez, son varias las precisiones que se han de abordar para comprender el limitado alcance de su significado en cuanto a reparación efectiva de la víctima. Veamos cada uno de estos aspectos con mayor profundidad.

## II. RESPONSABILIDAD CIVIL Y TERCER GRADO

La Exposición de Motivos de la LO 7/2003 (LA LEY 1123/2003) señala que el nuevo requisito viene a introducir mayor certeza en el pronóstico favorable de reinserción de los internos que acceden a tercer grado. La voluntad por parte del interno de abonar las responsabilidades pecuniarias correspondientes a la víctima puede tomarse como índice positivo de evolución tratamental (1) . Por ello, el requisito del abono de la responsabilidad civil encuentra cierto sentido dentro de su estructura. Sin embargo, y si bien puede ser cierta esa vinculación entre abono de responsabilidad civil y mejora de tratamiento, la norma no acierta convirtiendo dicho abono en requisito para el acceso al tercer grado (2) .

Vincular el abono de la responsabilidad civil a las posibilidades de un tercer grado otorga un carácter mercantilista a esta institución bastante ajeno a su naturaleza. Si en general se critica que el sistema penitenciario favorece cambios tratamientos impostados por parte del interno en pos de salidas de prisión y mayores márgenes de libertad, con este requisito todo ello se hace más sencillo, pues aportar una cantidad de dinero bastará para valorar que ese cambio se ha producido. Y es que el abono de la responsabilidad civil no tiene porqué ser más que eso en muchas ocasiones, pudiendo perfectamente realizarse con carácter manipulativo para procurar un acceso al tercer grado.

Tras el acceso al tercer grado el interno suele estar en mejores condiciones de hacer frente a las responsabilidades patrimoniales derivadas del delito

A su vez, tampoco acierta la norma porque es justamente tras el acceso al tercer grado cuando el interno suele estar en mejores condiciones de hacer frente a las responsabilidades patrimoniales derivadas del delito. Esto por la mayor posibilidad de incorporación al mercado laboral que el régimen abierto conlleva.

## III. ALCANCE PRÁCTICO DEL ABONO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Más allá de lo anterior, la redacción del apartado 5 del art. 72 LOGP (LA LEY 2030/1979) no está exenta de problemas (3) . En primer lugar, tal y como expuso el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la Ley, no puede tratarse de un requisito que se aplique en sentido estricto, pues supondría hacer depender márgenes de libertad personal de una contingencia económica. En concreto:

«La exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado. La reparación del daño es signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado. Por ello, esta exigencia debe establecerse en forma análoga a la establecida en el vigente artículo 81 (LA LEY 3996/1995) y 88 del Código penal (LA LEY 3996/1995) (4) , que no requieren para la suspensión o la sustitución de la pena de prisión, respectivamente, la efectiva reparación del daño, sino el esfuerzo serio dirigido a esa reparación, por lo que no debe ser obstáculo para la suspensión de la ejecución el estado de insolvencia del penado» (5) .

La Instrucción 2/2005 (LA LEY 131/2005) de la SG.II.PP asume esta interpretación y exige bien el abono de la responsabilidad civil para el acceso a tercer grado, bien el compromiso de abono futuro en función de la mejora de las condiciones económicas del implicado (6) . De manera que dicho requisito se valora de manera flexible, y la mayor o menor exigencia al respecto dependerá de los esfuerzos realizados por el condenado para el abono, su capacidad económica presente y la previsible futura y especialmente, los daños causados y el enriquecimiento obtenido (7) . Una solución un tanto descafeinada, que rebaja en mucho el objetivo de la norma, pero que trata de enmendar el hecho de que el acceso a mayores cotas de libertad dependa de la situación económica de los internos. Más aún, si se tiene en cuenta el desacierto que supone exigir el abono de la responsabilidad civil en el momento de acceso al tercer grado, esto es, en el momento previo a tener acceso a un trabajo remunerado en condiciones de igualdad con el resto de ciudadanos, y de manera generalizada a quienes por definición se encuentran en una situación patrimonial normalmente desfavorable.

En segundo lugar, el texto legal resulta poco preciso en relación con los delitos de *cuello blanco* (8) . Justamente,

aquellos respecto de los que la exigencia del requisito de abono de la responsabilidad civil pudiera estar más justificada. Así, no especifica a qué se refiere la aplicación singular del mismo. Se intuye una cierta intención de severidad y control en la redacción de la norma, pero al no explicar el cómo, se rebaja *ab initio* la efectividad que pudiera obtenerse de ello. En su valoración, la mayor parte de los JJVP y la doctrina coinciden en entender que a través de este párrafo no se introduce una cualificación específica del requisito de abono de la responsabilidad civil (9) . Sin embargo, ello no obsta para la confusión que la norma provoca, estableciendo una diferenciación que parece no tiene efectos objetivos concretos, sino meramente valorativos, dentro del margen discrecional y amplio que su redacción en conjunto permite (10) .

Finalmente, respecto la forma de abono, tampoco se establece nada en relación al modo de proceder al respecto. Tratando de llenar los vacíos de la norma, se sigue la doctrina establecida por el TS, que al interpretar el concepto de «reparación del daño» en referencia a la atenuante del art. 21.5 CP (LA LEY 3996/1995) lo hace de manera extensiva, aceptando como tal reparaciones simbólicas, como muestras del propósito de reparar el daño, o reparaciones parciales (11) . En la práctica esto se traduce en que el requisito del apartado 5 art. 72 LOGP (LA LEY 2030/1979) se suele tramitar a través de pagos parciales gestionados en el propio centro penitenciario. No obstante, esta situación no está exenta de problemática práctica. Dado el vacío normativo, queda en manos de los órganos sentenciadores la aceptación o no de los pagos parciales. De manera que son frecuentes los casos en que internos con baja capacidad económica intentan realizar pagos parciales que son reiteradamente rechazados por su escasa significación sobre el montante total de la responsabilidad civil impuesta (12) .

#### IV. EL NECESARIO CAMBIO DE PARADIGMA

A pesar de las objeciones expuestas, diversos autores aplauden la introducción de este requisito en la dinámica de cumplimiento, pues supone una atención a la situación de las víctimas, a la par que implica un cambio en la actitud del interno respecto de las mismas (13) . Sin embargo, creemos más acertada la postura de TAMARIT SUMALLA que refiere que si bien con este requisito se trata de evitar el olvido a las víctimas, la fórmula legal adoptada resulta técnicamente defectuosa. Además, su carácter reparador es mínimo comparado con prácticas de mayor interés que se vienen realizando en el derecho comparado (14) . Tal y como se recoge en la norma, el abono de la responsabilidad civil no sirve a los efectos reparadores que se propone.

Como hemos visto, la efectividad real de la exigencia de abono de la responsabilidad civil es muy escasa dada la interpretación que se ha realizado del texto legal. De un lado, el acceso a mayores cotas de libertad no se puede hacer depender únicamente de su abono o no, debiendo considerarse la situación económica del condenado. De otro, partimos de una población con una capacidad económica habitualmente mermada derivada de la propia situación de encierro. En la práctica, ello deriva en que basta la realización de pagos simbólicos o el mero compromiso de abono para el acceso al tercer grado (15) .

Por su parte, en cuanto a la Administración Penitenciaria, más allá de la cuestionable amenaza de no concesión del tercer grado, posee una capacidad de actuación bastante limitada. Es más, los medios con que cuenta para conocer la verdadera situación económica de los internos son escasos y en la mayoría de las ocasiones meramente referenciales, pues dependen de lo que el propio interesado o sus familiares quieran aclarar al respecto (16) . A la vez, la exigencia de la responsabilidad civil a través los centros penitenciarios da lugar a una duplicidad administrativa, penitenciaria y judicial, de muy escasa eficacia. Parece que se tratase de garantizar el abono de la responsabilidad civil, exigiendo el mismo desde todos los ámbitos posibles, pero sin poner los medios para su verdadera determinación y ejecución.

La actividad burocrática que con todo ello se genera acaba provocando un resultado caótico e ineficaz que deriva valoraciones arbitrarias y materialmente injustas para los internos. Teniendo en cuenta la problemática que también existe en vía judicial para conocer la verdadera situación patrimonial de los condenados (17) , y como mero ejemplo de lo que apuntamos, no es extraño encontrar sobre un mismo interno declaraciones de solvencia e insolvencia en sentencias próximas en el tiempo (18) . En estos casos, la norma no sólo no obliga a corregir la valoración realizada, sino que traslada sus efectos a la A.P., que se ve obligada a realizar una valoración sobre datos contradictorios cuando no incorrectos (19) .

Por todo ello, LÓPEZ CERRADA reclama que:

«Se debería normalizar, unificar y simplificar, las intervenciones e información sobre la responsabilidad civil, tanto a

nivel institucional: Tribunales y Juzgados sentenciadores y los Centros Penitenciarios, como con el propio penado. Evitando con ello una burocratización innecesaria y mejorando la efectividad y eficacia. En este sentido, los Jueces y Tribunales sentenciadores deberían remitir, de oficio, junto con la correspondiente liquidación de condena, el pertinente informe de responsabilidad civil, con inclusión de los datos necesarios, como el número de cuenta de consignación, para hacerla efectiva» (20) .

La situación es tan caótica y el conocimiento real sobre los ingresos de los internos tan escaso, que en ocasiones y como refiere CERVELLÓ DONDERIS, el requisito «puede chocar con el principio de igualdad en relación a la reinserción social si perjudica a quienes carecen de recursos económicos» (21) .

Con la desvinculación de la responsabilidad civil del acceso al tercer grado se evitarían los pagos meramente utilitaristas

Más preocupante aún es que, al margen de su ineficacia, el precepto consolida lo que se ha convertido en dinámica normativa generalizada. El legislador, queriendo dar una imagen de dureza y rigor en la respuesta penal, protege a la víctima convirtiendo la ejecución de la condena en una carrera de obstáculos para el infractor. Encontrar el lugar adecuado de la víctima exige un planteamiento más creativo y de calado más profundo, que necesariamente, ha de ir más allá de prolongar el carácter vindicativo del proceso penal en la ejecución penitenciaria. Así, si lo que verdaderamente se

pretendía con este nuevo requisito era que la reparación del daño tuviese un peso específico en la valoración de la evolución tratamental de los internos, hubiera bastado con su inclusión como variable a considerar entre las previstas en el art. 102.2 RP (LA LEY 664/1996). Desvincular la responsabilidad civil del acceso al tercer grado reconciliaría esta institución con su naturaleza en tanto que consecuencia del delito. Con ello, se evitarían los pagos meramente utilitaristas a los que la ha reducido su configuración como requisito de acceso al tercer grado. A la vez, el mensaje que con ello se enviaría a los internos sería totalmente distinto pero mucho más adecuado que el actual a efectos resocializadores y tratamentales reales. Esto es, la responsabilidad civil ha de abonarse en sede judicial en tanto consecuencia del acto realizado y no por la expectativa utilitarista de mejora que a través de dicho abono puede obtenerse. Medida a nuestro juicio, bastante más adecuada, pero sin duda, mucho menos vistosa que el planteamiento que la reforma escenificó de cara a la opinión pública.

Muy significativo en este sentido que indicamos, el AJVP de Huelva de 21.01.14, al desestimar recurso contra resolución de mantenimiento en segundo grado de tratamiento en los siguientes términos:

«(..) en el presente supuesto, no puede decirse que la interna haya observado tal conducta, en cuanto que pese a desempeñar continuamente destino retribuido en el Centro Penitenciario (taller de lavandería desde el 16-04-2009), habiendo tenido unos ingresos económicos elevados (más de 12.000 euros) tan solo ha destinado a la reparación de las víctimas del grave delito cometido 200 euros, por lo que su actitud frente a los perjudicados no puede considerarse como, "comprometida", siendo además sus pagos mínimas cuotas de 30 euros, considerándose por ello su conducta más un intento de justificación del cumplimiento del requisito mencionado, con la clara intención finalista de obtener el tercer grado que una verdadera conducta de la interna destinada a la reparación de las víctimas, como parte de la asunción de su responsabilidad delictiva por los graves hechos por los que se encuentra condenada (homicidio)» (22) .

## V. LA IMPORTANCIA DE LA STS 59/2018, DE 2 DE FEBRERO

Como acabamos de exponer, la puesta en práctica del abono de la responsabilidad civil como requisito para el acceso al tercer grado genera no pocos problemas. En primer lugar, la vinculación del abono de la responsabilidad civil al pase al tercer grado, lejos de transmitir a los internos que dicho abono es una obligación en sí misma derivada del hecho por ellos cometido, favorece la idea de que se trata de un mero requisito para el acceso a mayores cotas de libertad, al que únicamente deben hacer frente en la medida en que obtienen algo a cambio. Esto es, el paso al tercer grado al que la responsabilidad civil se vincula.

En segundo lugar, dada la imposibilidad de ser estrictos en la exigencia del abono de la responsabilidad civil, pues ello supondría proscribir el acceso al tercer grado a quien carece de recursos, se ha impuesto una interpretación laxa de dicha exigencia. De modo que no se tiene en cuenta tanto el hecho de haber satisfecho la responsabilidad civil, como la voluntad demostrada de proceder a ello en la medida de las posibilidades económicas de cada interno — como ejemplo, mediante la firma de un compromiso de pago, o la realización de pagos parciales—. Sin embargo, lo

que en un principio parece bueno, deriva en cierta arbitrariedad si atendemos al diferente criterio que tanto las Juntas de Tratamiento como los JJVP vienen manteniendo al respecto. Es decir, actuaciones de los internos que determinadas Juntas y JJVP valoran como suficientes en cuanto al requisito del art. 72.5 LOGP, (LA LEY 2030/1979) pueden no serlo para otras Juntas o JJVP. Por ello, la resolución que aportamos es doblemente acertada. No sólo porque recuerda que la responsabilidad civil es una consecuencia del delito a la que necesariamente hay que hacer frente, sino porque establece un criterio objetivo y claro para determinar su exigencia.

En este contexto, de acuerdo con la STS 59/2018, de 2 de febrero (LA LEY 1361/2018):

«(...) la satisfacción de las deudas contraídas por razón de delito y que el tribunal ha fijado en el fallo de la sentencia condenatoria constituyen un crédito en favor del acreedor que el obligado por la sentencia condenatoria debe satisfacer y a cuyo efecto dispone el ordenamiento procesal civil los embargos y medidas cautelares en el caso de que fuera preciso una ejecución obligatoria, por no haber sido asumida de forma voluntaria. En la fijación de esta forma de satisfacción y de ejecución judicial el propio ordenamiento señala las pautas a seguir, bajo la rúbrica del embargo de bienes en los arts. 584 y siguientes de la LEC (LA LEY 58/2000), regulando el modo de proceder para el aseguramiento de la deuda declarada. Es el propio ordenamiento civil el que señala en el art. 607 (LA LEY 58/2000) la procedencia del embargo de sueldos y pensiones y considera inembargables los sueldos, jornales y retribuciones que sean superiores al salario mínimo interprofesional, conforme a la escala que relaciona estableciendo distintos niveles en función de los ingresos y de las cargas familiares. A su vez establece una excepción a la inembargabilidad respecto a pensiones alimentarias. (...) Si por ministerio de la ley son bienes inembargables, sobre ellos no puede actuarse, desde la coacción del Estado, el cumplimiento de la obligación. Por tanto, quedan al margen de la ejecución y, consecuentemente, no puede ser considerados como parte del esfuerzo reparador que el deudor de la responsabilidad civil debe realizar para satisfacer la deuda los ingresos inferiores a lo declarado inembargable. (...) es llano afirmar que el juez de vigilancia penitenciaria ha de valorar la situación del penado, o del liberado, e imponer medidas tendentes a la satisfacción de la responsabilidad civil o en la adopción de medidas tendentes a la realización de un esfuerzo reparador que satisfaga la exigencia del art. 90 CP. (LA LEY 3996/1995) Consecuentemente, con estimación del recurso consideramos que la interpretación procedente del art. 90 CP (LA LEY 3996/1995) en cuanto a las medidas que pueden ser impuestas y referidas a la responsabilidad civil no permiten imponer obligaciones de reparación sobre ingresos inferiores a los límites establecidos en el artículo 607 LEC (LA LEY 58/2000)».

En definitiva, el salario mínimo interprofesional y los parámetros del art. 607 LEC. (LA LEY 58/2000) se establecen como límite y criterio único para la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito a efectos del acceso a mayores cotas de libertad.

Y ahora, vayamos más allá de la propia resolución. El recurso de la que ésta deriva se circunscribe al acceso a la libertad condicional. Y para ese acceso al último hito del período de cumplimiento, el que mayores márgenes de libertad permite, establece un límite claro y riguroso para exigir el abono de la responsabilidad civil: que el interno cobre el salario mínimo interprofesional. Este hecho debiera hacernos recapacitar sobre una práctica habitual en muchos centros penitenciarios y juzgados de vigilancia en los que el abono de la responsabilidad no sólo se vincula al tercer grado, sino también al disfrute de permisos. Como decimos, si para lo más —el pase a la libertad condicional—, el TS ha establecido en el salario mínimo interprofesional el límite a la exigencia de la responsabilidad, para lo menos, como son los permisos penitenciarios, la valoración sobre esa exigencia debiera de seguir, como mínimo, idéntico parámetro. Máxime si tenemos en cuenta que la capacidad económica de los internos en prisión es normalmente peor que la de aquellos que han accedido a la libertad condicional (23) .

## **VI. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA STS 59/2018 COMO JUSTA OPORTUNIDAD PARA EL CAMBIO**

Las resoluciones del TS para unificación de la doctrina en materia penitenciaria son necesariamente escasas. La propia lógica del recurso de casación así lo impone. Sin embargo, en el ámbito penitenciario a esa lógica se suma la dificultad de dar cauce procesal a demandas de los internos que pueden resultar coherentes, si estos no cuentan con un abogado no sólo ducho en la materia, sino experimentado en la interposición de este tipo de recursos. De ahí que hayamos de felicitarnos de resoluciones como la que se acabamos de comentar, pues establece un criterio interpretativo que, al margen de otorgar la razón al recurrente, ayuda a que en el día a día penitenciario sea más armónico y justo.

En el concreto asunto que la STS 59/2018 (LA LEY 1361/2018) aborda, y tal y como hemos expuesto a lo largo del trabajo, la vinculación del abono de la responsabilidad civil al tercer grado como requisito para su concesión tiene más sombras que luces. En primer lugar, desde la perspectiva de los internos, para nada supone una asunción directa del delito (24), sino, en muchas ocasiones, un abono manipulativo de los daños ocasionados por el mero hecho de obtener el rédito penitenciario que supone el tercer grado. Es más, dada la concreta manera en que la responsabilidad civil se exige en el medio penitenciario, a través de pagos parciales de la misma, el abono de pequeñas cantidades puede dar por satisfecho el requisito. En consecuencia, desde la perspectiva de la víctima, esta forma normativa y práctica de proceder, lejos de generar satisfacción, revictimiza, pues, en el mejor de los casos, mes a mes, mediante el abono de cantidades que seguro le resultarán irrisorias en comparación con el daño causado, se les recordará justamente el mismo. Por último, y en sentido contrario, el margen de discrecionalidad de la norma es tal que, en no pocas ocasiones, se le exige el abono de la responsabilidad civil a quien no tiene medios para ello.

La STS 59/2018 supone la oportunidad de cambiar el mensaje tratamental que en el medio penitenciario tan erradamente enviamos a los internos

En este contexto, la STS 59/2018 no puede ser más que felicitada. No sólo por la claridad que aporta en un asunto tan ambiguo, sino porque supone la oportunidad de cambiar el mensaje tratamental que en el medio penitenciario tan erradamente enviamos a los internos. En este sentido, en lugar de transmitirles que el abono de la responsabilidad civil es necesario para acceder al tercer grado, la STS 59/2018 equipara a los internos con cualesquiera ciudadano que, ante el daño cometido y al margen de otras consideraciones morales sobre el mismo —esto es, al margen de si asume o no el delito—, le exige el puntual abono de la reparación económica del daño

causado, de acuerdo a sus posibilidades económicas y con independencia del beneficio penitenciario que pueda o no obtener de ello.

Como decíamos al principio, la resolución, a pesar de ser de las pocas que recaen en materia de unificación de doctrina, no ha calado en las Juntas de Tratamiento ni en los JJVP. A los internos, ante una no concesión o regresión del tercer grado por falta de abono de la responsabilidad civil, sólo les resta recurrir, alegando la resolución que referimos, con la esperanza de no tener que alcanzar de nuevo la sede del TS. En esta situación, creemos que la A.P. debiera dar el paso que ya dio con ocasión del período de seguridad introducido igualmente por LO 7/2003. Si recordamos, la LO 7/2003 contenía la siguiente cláusula en cuanto a la aplicación retroactiva del contenido relativo a la ejecución de la pena privativa de libertad. Según su Disposición Transitoria Única: (LA LEY 1123/2003)

«Lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículos 90 (LA LEY 3996/1995) y 93.2 del Código Penal, (LA LEY 3996/1995) respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 (LA LEY 2030/1979) y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LA LEY 2030/1979) respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena».

La Administración Penitenciaria en sus Instrucciones 9/2003 y 2/2004, de acuerdo con el Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO 7/2003, el criterio mayoritario de los JJVP manifestado en su XIII Reunión de marzo 2004 y algunos órganos judiciales, como la AN en Auto de 06.07.05, entendió que la previsión anterior incluía indirectamente la aplicación retroactiva del art. 36 CP (LA LEY 3996/1995), pues el mismo art. 72.5 LOGP (LA LEY 2030/1979) cuando refiere que «la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además (...) los requisitos previstos por el Código Penal», se remitía al mismo. Sin embargo, múltiples voces se alzaron contra esta opción interpretativa. Primero, la propia Circular 1/2004, de la Secretaría de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil optó por la solución contraria. Segundo, múltiples autos de Audiencias Provinciales (25) y la mayoría de la doctrina calificaban la interpretación escogida de contraria al principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables. No obstante, no es hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2006, (LA LEY 70566/2006) que resuelve el recurso para la unificación de doctrina contra el AAN antes mencionado, cuando decae definitivamente la tesis que en el mismo se sostenía.

De acuerdo con la misma:

«Siendo más perjudicial la Ley nueva que la existente en el momento de la comisión del delito concernido, sin que por otra parte no exista específica y concreta referencia legal en la Disposición Transitoria Única al art. 36 CP (LA LEY

3996/1995), no es posible una interpretación extensiva en contra del reo.

Dicho de otro modo, la Disposición Transitoria citada contiene un ámbito de vigencia exclusivamente referido a los arts. 90 (LA LEY 3996/1995) y 93.2 CP (LA LEY 3996/1995). En el presente caso, la resolución atacada, ha aplicado, además, extensivamente, dicha D.T. al art. 36 CP (LA LEY 3996/1995) que quedaba fuera del ámbito de dicha Disposición sin que pueda admitirse esa explicación por su naturaleza de interpretación extensiva en contra del reo por la vía oblicua del art. 72.5 LOGP (LA LEY 2030/1979), como efectuó la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En consecuencia, hay que declarar que la interpretación que efectúa la Sección IV de la Sala de lo Penal en el auto recurrido de exigir el cumplimiento de la mitad de la pena de prisión impuesta al penado para acceder al tercer grado penitenciario anunciando los hechos por los que ha sido condenado ocurrieran antes de la vigencia de la Ley 7/2003, no es ajustado a derecho y por ello debe ser rectificada esa interpretación dando lugar, en consecuencia al éxito del motivo, y con él al recurso formalizado.

(...) declaramos que el ámbito de aplicación de la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003 de 30 de junio (LA LEY 1123/2003) queda delimitado exclusivamente para los casos en los que sea procedente la aplicación del art. 90 (LA LEY 3996/1995) y 93.2 CP (LA LEY 3996/1995) y 72.5 (LA LEY 2030/1979) y 6 LOGP (LA LEY 2030/1979), debiéndose excluir de su aplicación cualquier otro precepto del CP que no venga expresamente mencionado en dicha Disposición. Por tanto, queda fuera de la vigencia extraordinaria que dicha Disposición declara, el art. 36 CP (LA LEY 3996/1995) en su versión anterior la Ley 7/2003. En consecuencia no es exigible el cumplimiento de la mitad de la condena de prisión a los penados por hechos delictivos cometidos antes de la vigencia de la actual redacción del art. 36 CP, y por tanto sólo les será aplicable la exigencia del cumplimiento de la mitad de la condena de prisión cuando los hechos se hayan cometido con posterioridad a la vigencia del texto del art. 36.2 CP (LA LEY 3996/1995), que entró en vigor el día 2 de julio de 2003».

Pues bien, si bien la resolución anterior supuso la casi inmediata modificación de las instrucciones que aplicaban el período de seguridad retroactivamente, la actual STS 59/2018 (LA LEY 1361/2018) se resiste a una aplicación directa que, si bien no tiene por sí misma (26) , sí creemos que debiera de ser promovida. Máxime si, como es el caso, de no producirse este impulso por las autoridades competentes, se deja el resultado querido por el TS al albur de que ciudadanos privados de libertad recurran con más o menos éxito.

Es más, específicamente para sentencias de unificación de doctrina y siguiendo a MOLINER TAMBORERO, «partiendo de la nueva realidad de las sentencias de unificación con características que superan las tradicionales de una sentencia de casación, y la situación apreciada de una sociedad en evolución, pero cada día más necesitada de la seguridad que pueden ofrecer las sentencias de unificación, la pregunta siguiente podría ser la de si habría que reconocérseles formal y legalmente una determinada fuerza vinculante superior a la que por sí mismas pueden tener» (27) . De modo que «habría que arbitrar algún procedimiento que las dotara de esa superior potestas que, sin lugar a dudas, les ha querido dar el legislador» (28) ,

(1) Así lo reconoce LÓPEZ CERRADA, V. M., «La responsabilidad civil en la LO 7/2003 y su incidencia en el tratamiento penitenciario», *REP*, n. 252, 2006, pp. 114, que refiere cómo el abono de la responsabilidad civil forma parte de los objetivos que marca el art. 59 LOGP (LA LEY 2030/1979): «El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley Penal (...) se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general».

(2) A raíz del estudio de este requisito, LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, pp. 86-91, ofrece un interesante análisis de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil y su regulación en Derecho Comparado, incluyendo un resumen de los hitos normativos en lo que la reparación del daño tiene relevancia penal. Igualmente, profundizan en la institución, FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «La satisfacción de la responsabilidad civil y su incidencia en el ámbito penitenciario», *Revista Poder Judicial*, n. 74, 2004, pp. 47-64; TAMARIT SUMALLA, J. A., «La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?», *RGDP*, n. 1, 2004, pp. 1-30. Desde una perspectiva más general, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; QUINTERO OLIVARES, G., CABANILLAS MÚGICA, S., DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., *La responsabilidad civil «ex delicto»*, Aranzadi, Navarra, 2002; ROXÍN, C., «Pena y Reparación», *ADPCCP*, t. 52, 1999, pp. 5-16; ALASTUEY DOBÓN, C., «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (II): la responsabilidad civil derivada del delito», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 238-245.

(3) Además de los problemas específicos que pasamos a abordar, se reproducen los propios del período de seguridad, también introducido en la LO 7/2003 (LA LEY 1123/2003), y su aplicación a determinados supuestos especiales de tercer grado como los enfermos terminales o el supuesto de tercer grado para ingreso en una Unidad Extrapenitenciaria. Como antes y a falta de mayor especificación normativa, para LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, p. 110, existen algunas especificidades para estos supuestos. Respecto de los primeros se imponen razones de dignidad. Respecto de los segundos, la

necesidad y oportunidad de recibir un tratamiento para solucionar el problema que ha motivado la actividad delictiva junto a la imposibilidad de trabajar durante el tiempo que dure el programa y con ello, normalmente, la obtención de ingresos.

- (4) En el nuevo régimen de suspensión de condena tras la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), el abono de las responsabilidades civiles adquiere mayor relevancia. Tanto, que no proceder a su abono teniendo capacidad económica para ello, se convierte en motivo de revocación —art. 86.1, d) CP (LA LEY 3996/1995)—. Pero tanto en este caso, como para la valoración de dicho abono en tanto que requisito para proceder a la suspensión, se tiene en cuenta la capacidad económica del condenado —art. 80.2 3ºCP (LA LEY 3996/1995)—.
- (5) Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de LO de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, Comisión de Estudios e Informes, 2003, p. 47. Así lo exponen, RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, pp. 160-165.
- (6) Instrucción 2/2005 (LA LEY 131/2005), DG.II.PP., sobre las indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio (LA LEY 1123/2003), de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, pp. 3-4.
- (7) FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., «El beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional en España. Análisis histórico-evolutivo de la institución», *Revista Criminalidad*, n. 58, 2016, p. 105.
- (8) El término proviene del inglés *White-Collar Crime*, acuñado por Sutherland en 1933 para definir los delitos patrimoniales cometidos por personas pertenecientes a clases sociales altas y caracterizados por el empleo de medios ciertamente sofisticados en su comisión. Para mayor estudio, SUTHERLAND, E. H., *White Collar Crime*, Dryden Press, New York, 1949.
- (9) CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4ª ed., Tirant lo Blanc, 2016, pp. 210-211 para quien la norma establece un sólo régimen valorativo; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «La satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito como requisito para acceder al tercer grado y obtener la libertad condicional», en VV. AA., *XIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, CGPJ, Madrid, 2004, p. 11; LEGANÉS GÓMEZ, S., *Evolución de la clasificación penitenciaria*, Premio Nacional Victoria Kent, 2004; Ministerio del Interior, Madrid, 2005, p. 134; TAMARIT SUMALLA, J. M., «La introducción de la reparación del daño en la ejecución», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., «La introducción de la reparación del daño en la ejecución», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 123-124, advierte de la dificultad interpretativa del texto, proponiendo que, de exigirse un efectivo abono, habrá de vigilar que no se produzca un «efecto irradiante» sobre los restantes delitos no incluidos en el listado.
- (10) Esta amplitud valorativa que el art. 72.5 LOGP (LA LEY 2030/1979) permite tanto para los casos generales como aquellos más «singulares» ha sido duramente criticado. ARANDA CARBONEL, M. J., «Una aproximación práctica a la clasificación penitenciaria», *REP*, n. 252, 2006, pp. 70-74, quien refiere la multitud de problemas interpretativos a que la casuística penitenciaria da lugar y que la norma no resuelve, la dificultad valorativa que su amplitud produce y la disparidad de criterios que se aplican en la práctica. Por su parte, LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, trata de aportar una mayor determinación de los criterios valorativos generales (pp. 100-101) y los propios de los supuestos que el art. 72.5 LOGP califica de singulares (pp. 106-109). Además, realiza un profundo análisis de conceptos relacionados con la exigencia de la responsabilidad civil —intereses, bienes embargables, transmisión de la responsabilidad— que sin lugar a dudas ayudan en su aplicación (pp. 102-106).
- (11) Entre otras, SSTS de 04.02.2000 (LA LEY 3998/2000), 12.02.2000 (LA LEY 3989/2000), 05.09.2001 (LA LEY 8358/2001).
- (12) AP Oviedo, Sección 8ª, en su Ejecutoria 15/2014, rechazando hasta el cuatro ocasiones los intentos de pagos realizados por un condenado, exigiendo cuantías de, al menos, 500 euros. Al respecto, SOLAR CALVO, P., «La responsabilidad civil como requisito de acceso al tercer grado: más sombras que luces», *Legal Today*, 06.09.17.
- (13) Exige la paulatina introducción en nuestra normativa de aspectos de Justicia Restaurativa, BERISTÁIN IPIÑA, A. «Justicia restaurativa», *El País*, 12.01.03, p. 13. Felicítandose de la introducción del requisito por lo que su abono exige respecto de la evolución tratamental de los internos, BUENO ARÚS, F., Entrevista *Revista ATIP*, n. 1, 2004, pp. 5-6. De la misma opinión, JUANATEY DORADO, C., «La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal», *La Ley Penal*, n. 9, 2004, pp. 3 y ss., señala que: «es sin duda un acierto que la nueva ley requiera expresamente que se haya satisfecho la responsabilidad civil para que el condenado pueda ser clasificado en tercer grado o en libertad condicional». En el mismo sentido, FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Revista Poder Judicial*, 2004, p. 47, refiere: «El dato de que el legislador haya recordado que tan importante es el cumplimiento de la pena como el abono de las responsabilidades civiles constituyen sin duda un paso importante en la necesaria protección de la víctima». También se muestra partidario del nuevo requisito, LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, p. 117.
- (14) En efecto, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La introducción de la reparación del daño en la ejecución», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., 2004, pp. 114-115, señala que la LO 7/2003 (LA LEY 1123/2003) supone un cambio trascendental en la introducción de los contenidos reparatorios en la ejecución penal, respondiendo a la evolución de las tendencias favorables a la justicia reparadora, que tiene entre sus manifestaciones el impulso de la mediación y otras formas de participación de la víctima y de la comunidad en las distintas fases del sistema penal, además de la reparación del daño. Sin embargo, en pp. 121 y ss., se queja de la senda escogida por el Legislador para ello. En un sentido muy similar, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M., J., SAPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 281-286. Igualmente, TAMARIT SUMALLA, J. M., «¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 42 y 43, y «La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?», en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURUA ODRIOZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 456 y ss., donde critica al legislador por la visión reduccionista que muestra de la reparación, identificándola meramente con la responsabilidad civil derivada del delito. Critica también la introducción de este requisito vinculado al tercer grado, TORRECILLA COLLADA, M. P., «Balance de la Ley Orgánica General Penitenciaria tras treinta años de vigencia. Necesidad de abordar algunas reformas», *Diario La Ley*, n.7250, Sección Doctrina, 28.09.09.



- (15) LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, p. 111, aborda su exigencia durante la libertad condicional, lo que a nuestro juicio es más oportuno al aplicarse en un momento penitenciario más adecuado.
- (16) Tal y como establece el art. 989.2 LECrim. (LA LEY 1/1882), modificado con ocasión de la LO 7/2003 (LA LEY 1123/2003), es el Secretario Judicial el que puede «encomendar a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia». Por tanto, como apunta LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 135: «¿cómo puede hacerlo la Junta de Tratamiento si no puede acudir a solicitar datos fiscales?». Opinión a la que se adhiere FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El sistema de de ejecución de condenas en España: El sistema de individualización científica», *Estudios penales y criminológicos*, n. 35, 2015, p. 165.
- (17) Al respecto, es interesante tener en mente las críticas vertidas sobre la eficacia judicial para determinar la capacidad económica de los condenados y exigir el abono de la responsabilidad civil. Así, GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Cóllex, 1999, p. 843, señala, que: «La ejecución de la responsabilidad patrimonial declarada en el proceso penal presenta tintes poco menos que dramáticos: los autos de insolvencia del condenado se dictan en la mayoría de los casos sin ninguna diligencia de investigación de su patrimonio (incluso aunque resulten en ocasiones referenciados en los autos bienes de su propiedad) y el acreedor, público o privado, ve burlado su derecho de crédito; es preciso exigir de los órganos jurisdiccionales y del MF una mínima diligencia en la fase de ejecución porque el proceso penal sólo finaliza cuando se restaura el orden jurídico perturbado, que no se agota en la sentencia de condena, sino que muy específicamente incide en la ejecución de lo juzgado». En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G, CABANILLAS MÚGICA, S., DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., 2002, p. 35, donde se afirma que: «El problema, como en los casos anteriores, es el de la inexorable burocratización que rodea a la declaración de insolvencia, que a su vez será fruto de comprobaciones formales y documentales. Por lo tanto de nada sirve que el en su día condenado lleve una vida cómoda y desahogada, o incluso, de lujo y ostentación si formalmente continúa siendo insolvente porque la capacidad de excusión sobre sus bienes no ha sido suficiente para levantar los velos y testaferrías que los ocultan». Por su parte, PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. R., «Nueva delincuencia: aspectos problemáticos de la gran reforma penal», *CDJ*, n. 22, 1993, p. 24, apunta que: «Si el delincuente es insolvente real o aparente, y en la mayoría de los casos lo es, la víctima no resulta indemnizada, mal agravado por el escaso interés frecuentemente demostrado por los órganos judiciales para averiguar la solvencia económica efectiva del culpable». Finalmente, PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., *Aproximación al Código Penal de 1995*, Colegio de Abogados de Tarragona, 1999, p. 88, que apunta: «El Capítulo IV (del Título V, del Libro I del CP) constituye reflejo de la preocupación legislativa en orden a lograr la efectividad de los pronunciamientos sobre responsabilidad civil, convertidos frecuentemente, ante la falta de rigurosidad en las declaraciones judiciales de insolvencia, en ilusorias».
- (18) Relativo a un mismo penado, mientras que la Ejecutoria 281/2015 JP 5 de Santander, sentencia de 21.11.14, lo declara insolvente, la Ejecutoria 466/2015 JP Santander 4, en sentencia anterior de 01.08.13, mantiene lo contrario.
- (19) SOLAR CALVO, P., «La responsabilidad civil como requisito de acceso al tercer grado (...)», *Legal Today*, 2017.
- (20) LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, p. 114.
- (21) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 211-212.
- (22) En sentido similar, el AJVP n. 3 de Madrid de 19.01.18 (LA LEY 89/2018), *Diario La Ley*, n. 9130, Sección Reseña de Sentencias, 01.02.18.
- (23) SOLAR CALVO, P., «El salario mínimo como límite para el abono de la responsabilidad civil. A propósito de la interesante STS 230/2018, de 2 de febrero», *Legal Today*, 24.04.18.
- (24) Como exponemos en SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., PEÑARANDA DEL RÍO, J., ¿Se puede exigir la asunción del delito al condenado?, *Diario La Ley*, n. 9277, 11 de octubre de 2018, la asunción del delito es otro de los factores penitenciarios habitualmente utilizados que se presta a numerosas consideraciones y que requiere de una cuidada valoración, más allá de su exigencia simplista.
- (25) En este sentido se pronunciaron la Sección 5ª de la AP de Madrid en Auto de 06.05.04 (LA LEY 106598/2004), la Sección 4ª de la AP de Barcelona en Autos de 14.05.04, 19.05.04 y 15.06.04, la AP de Zaragoza en Autos de 11.06.04 (LA LEY 138298/2004) y 04.11.04, (LA LEY 230757/2004) la Sección 4ª de la AP de Cádiz en Auto de 14.03.05 (LA LEY 59465/2005). Aporta un resumen de las resoluciones más destacadas, RÍOS MARTÍN, J. C. et. al., 2016, pp. 159-160.
- (26) MOLINER TAMBORERO, G., «La garantía de la seguridad jurídica en las sentencias de casación», *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, n. 35, 2013, p. 11.
- (27) MOLINER TAMBORERO, G., *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, 2013, p. 16.
- (28) MOLINER TAMBORERO, G., *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, 2013, p. 17.