

# Algunas cuestiones relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios

BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Sevilla

*A la Ley Orgánica General Penitenciaria en su cuarenta aniversario y a la Escuela de Alcalá, dirigida por el Prof. García Valdés, por su inestimable contribución a la ciencia penitenciaria de nuestros días.*

## RESUMEN

*La incorporación de los beneficios penitenciarios al sistema penal ha ido progresivamente en aumento. Debido a su importancia en la ejecución de la pena es necesario reflexionar sobre las garantías jurídicas para evitar un uso arbitrario de los mismos. En nuestra publicación hemos estudiado algunas de las que nos resultan más relevantes.*

*Palabras clave: Beneficios penitenciarios; principio de legalidad; naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios; irretroactividad.*

## ABSTRACT

*The incorporation of penitentiary benefits into the penal system has progressively increased. Due to its importance in the execution of the penalty it is necessary to reflect on the legal guarantees to avoid an arbitrary use of them. In our publication we have studied some of those that are most relevant to us.*

*Key words: penitentiary benefits; principle of legality; legal nature of penitentiary benefits; non-retroactivity.*

SUMARIO: I. Introducción.—II. ¿Qué son los beneficios penitenciarios? a) La oportunidad del término. b) El término beneficio en la legislación penitenciaria.—III. Los beneficios penitenciarios: derecho o gracia.—IV. Consecuencias de considerar los beneficios como derechos de los privados de libertad.—V. El principio de retroactividad y los beneficios penitenciarios.

## I. INTRODUCCIÓN

Las sucesivas reformas del Derecho penal desde los albores del positivismo jurídico, que podemos situar a caballo entre las postrimerías del siglo XIX y los comienzos del XX, han ido enriqueciendo paulatinamente nuestras legislaciones con una serie de beneficios que, en no pocas ocasiones, representan auténticas modificaciones sustanciales de la pena impuesta por los tribunales. Aunque pronto se buscaron argumentos más o menos artificiosos, distinguiendo entre la condena nominal y la real para justificar la compatibilidad de estos cambios sustanciales con el dogma de que ni la cosa juzgada ni la pena impuesta podían ser objeto de modificación al margen del poder judicial, es difícil mantener que la pena de prisión impuesta por un juez en una sentencia firme no ha sufrido alteración alguna cuando el condenado la está cumpliendo en su domicilio. Si estos cambios son de una repercusión esencial en la pena, aun se hacen más relevantes, teniendo en cuenta que, en muchos casos, se otorgan no solo de espaldas al poder judicial, sino en base a criterios tan difusos como las expectativas resocializadoras del condenado (1). De manera que no es extraño que penas de prisión muy graves impuestas por los tribunales de justicia revestidas de todas las garantías procesales, pierdan finalmente su virtualidad porque su ejecución queda enervada por la aplicación de un beneficio concedido por la administración, que reduce la estancia en el centro penitenciario o, llegada la ocasión, sencillamente la evita.

Aun hay que añadir en esta reflexión crítica inicial el agravio comparativo que se sigue produciendo cuando los beneficios afectan

---

(1) Un ejemplo verdaderamente paradigmático de hasta donde pueden llegar los beneficios penales nos lo ofrece, tras la Reforma de 1/2015, el artículo 80. 3 CP, gracias al cual el condenado «no habitual» puede ver como un número indeterminado de condenas a penas de prisión inferiores a dos años, cada una de ellas, se quedan sin ejecutar tan solo con el argumento de que «*las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen*».

exclusivamente a la pena privativa de libertad. El principio de proporcionalidad no se limita a exigir un mayor castigo a quien tiene mayor responsabilidad, sino, también, menos posibilidades de eludir su ejecución, no se trata solo de fundamentar un discurso de la amenaza, sino de la ejecución de la misma. En este sentido no es proporcional a la responsabilidad penal establecer excepciones al cumplimiento de la sanción cuando esta es grave y no hacerlo cuando es menos grave (2). El condenado a una inhabilitación o a una multa sabe que inexorablemente la va a cumplir sea cual sea su gravedad, en cambio, esto no ocurre a los condenados a penas privativas de libertad, gracias a los beneficios penales. El discurso resocializador contra la prisión ha sido el argumento para justificar esta política criminal, pero los riesgos de arbitrariedad y el potencial desocializador de otras penas exigen hoy, al menos, una revisión del modelo.

En fin estos cambios tan radicales que en lo material afectan a la santidad de la cosa juzgada y castigada, no se han acompañado de un trabajo doctrinal a través del cual se aclaren las muchas dudas que surgen de la aplicación de lo que, en adelante, vamos a llamar genéricamente los beneficios penitenciarios; si bien recientes contribuciones de nuestra doctrina han dado un considerable impulso al debate sobre el tema (3).

El tema es lo suficientemente amplio, complejo y trascendente como para que desde ahora renunciemos a otro objetivo que no sea reflexionar sobre los problemas más destacados de los beneficios penitenciarios y animemos a la ciencia penal a elaborar una teoría general de los mismos que evite en el futuro un uso discriminado y arbitrario de los beneficios a favor de fines inconfesables, que a la postre vendrían a desprestigiarlos y hacerles perder la importancia que tienen en un sistema penal orientado a la reinserción social de los condenados. Esta razona-

---

(2) ROXIN (*vid. Por todos, Derecho penal. Parte general. T. I. Madrid, 1997, passim*) se ha encargado de desarrollar la tesis de que tras el principio de proporcionalidad también se encuentra el de culpabilidad aunados ambos en la idea de pena justa.

(3) Sin ánimo de ser exhaustivo son contribuciones imprescindibles sobre los beneficios penitenciarios las siguientes: BUENO ARÚS, *Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristáin*. San Sebastián, 1989, pp. 999-1008. GALLEGO DÍAZ, *Los beneficios penitenciarios y el tratamiento. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXIV, 2011, pp. 253-292; GARCÍA VALDÉS, *Relación del interno con la vida exterior y beneficios penitenciarios*. CPC, n.º 18, 1982, pp. 599-607; MILLA VÁZQUEZ, *Los beneficios penitenciarios en Iberoamérica*, Lima, 2016; SANZ DELGADO, *Regresar antes: Los beneficios penitenciarios*. DGIIPP. Madrid, 2006; RENART GARCÍA, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*. Madrid, 2003; VEGA ALOCÉN, *La libertad condicional en el Derecho español*. Madrid, 2001.

ble necesidad contrasta con la falta de claridad que se espera del ordenamiento jurídico penitenciario, en él –como señala unánimemente la doctrina (4)– los beneficios penitenciarios aparecen una y otra con contenidos distintos y cuestiones tan sencillas como que son y que naturaleza jurídica tienen no quedan satisfactoriamente resueltas.

Tres son, por tanto, las cuestiones que vamos a abordar a continuación en relación con los beneficios penitenciarios. En primer lugar, tratar de delimitar conceptualmente los beneficios penitenciarios. En segundo lugar, ver cual es su naturaleza jurídica. Y, por último, plantearnos una cuestión muy debatida en estos momentos referida a la aplicación del principio de retroactividad a las normas que recogen los beneficios penitenciarios.

## II. ¿QUÉ SON LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS?

### a) La oportunidad del término

Sin necesidad de profundizar en los orígenes históricos de la expresión *beneficios* (5), de marcado carácter privatístico (6), desde una óptica jurídica pueden considerarse como privilegios que ostentan determinadas personas que se encuentran en una situación jurídica especial para que puedan contrarrestar los perjuicios que se derivan de esa situación determinada. Así el beneficio de abdicación permitía a la mujer viuda renunciar a toda participación en los bienes del matrimonio, librándose de esta forma de las responsabilidades que su marido hubiere contraído o el beneficio de competencia favorecía a algunos parientes evitándoles las obligaciones del pago de deudas sino después de haberse reservado lo necesario e indispensable para su subsistencia. En el lenguaje común –al contrario de lo que sucede en el mundo del derecho– la expresión beneficio no se refiere al status de una persona, sino a la propia acción con la que se mejora la situación de una persona o una cosa.

---

(4) BUENO ARÚS, *op. cit.*, pp. 999-1008. GALLEGO DÍAZ, *op. cit.*, pp. 253-292.

(5) La RAE incluye en su Diccionario una acepción de la palabra *beneficio*, referida expresamente a los beneficios penitenciarios como «Medidas que, articuladas como derechos en el marco penitenciario y con el fin de facilitar la reeducación y la reinserción social del recluso, permiten la reducción de la duración de la condena o el adelantamiento de la libertad condicional».

(6) En el Código civil son frecuentes los institutos jurídicos que emplean esta expresión –beneficio de división, beneficio de excusión, beneficio de inventario, beneficio de plazo, etc.

Sin embargo, el uso de esta expresión en el ámbito penitenciario se explica porque comparte la misma raíz etimológica de *beneficencia* de la que se venía haciendo empleo frecuentemente para significar aquellos servicios caritativos a través de los cuales se otorga protección o auxilio a los desvalidos. Ambas expresiones no permiten avanzar en una visión moderna de estos institutos jurídicos. Las instituciones de la beneficencia, como los patronatos (7), nunca han logrado presentarse como iniciativas ajenas a los controles ideológicos de los sectores más desfavorecidos. En el siglo XIX no se aprecia tanto la vinculación de las actividades de la beneficencia con el control religioso, pero tras los movimientos filantrópicos se ocultan objetivos de adoctrinamiento que hoy no pueden ser asumidos en un Estado democrático. Por esta razón la expresión beneficios penitenciarios es desde una óptica semántica inapropiada para significar los institutos jurídicos que permiten introducir cambios sustanciales en la ejecución de la pena con el objetivo de empoderar los programas de reinserción social.

También nos parece inapropiada la expresión beneficio porque sitúa al interno en una relación de sumisión con el benefactor, de quien depende discrecionalmente la decisión de concederlo. El paternalismo inspira todas las iniciativas de beneficencia y fomentan una imaginaria de la población penitenciaria que ni es acertada, ni es conveniente. La concesión de un «beneficio» no es un acto de beneficencia ni de caridad ni siquiera de solidaridad filantrópica, sino que es un derecho que el ordenamiento jurídico otorga a los privados de libertad en el proceso de ejecución de la pena.

## b) El término beneficio en la legislación penitenciaria

La expresión *beneficios* no se encuentra generalizada ni en las primeras legislaciones penitenciarias, ni tampoco en los trabajos doctri-

---

(7) Los Patronatos y sus servicios de beneficencia penitenciaria aparecen ya en el s. XVI en obras clásicas, como en los Capítulos XVI al XVIII *Del Cuydado que se debe tener con los presos pobres* de Sandoval. Con el RD de 9/07/1915 se establece oficialmente y con carácter general el Patronato, es decir, se trata de poner orden a las numerosas asociaciones de beneficencia que proliferaban en una época de un marcado carácter filantrópico y humanista. La ordenación de estas iniciativas sociales se antojó imprescindible porque muchas tenían funciones sobre los beneficios penales, preparando rebajas de condena y haciendo un seguimiento de los excarcelados. Todavía durante el régimen de Franco existían estas instituciones de beneficencia, como el Patronato de la Merced o el de San Pablo, que desplegaron una labor humanitaria muy importante, estimulando la caridad de la sociedad para repartir recursos en forma de beneficios entre la población reclusa.

nales de los penitenciaristas más destacados. Así, por ejemplo, Cadalso (8) en su obra *Instituciones Penitenciarias* prefiere calificar a la libertad condicional, que hoy esta considerada como un beneficio, como recompensa. Es recompensa por que el penado la gana con un sostenido proceder sin tacha. En el mismo sentido, *Bentham* a quien se reconoce el mérito de haber ideado la libertad condicional, la da a conocer en una publicación bajo el título de *Theorie des peines et des recompenses* (Cap. XII). También como mérito fue concebida la libertad condicional en las primeras regulaciones francesas como ocurre en el Reglamento 15/02/1930 para los centros de menores. Por su parte, ni los Congresos Internacionales de *Londres* (1872), ni los posteriores de *Estocolmo* (1878), y *Roma* (1885) dedicaron ponencias bajo semejantes expresiones.

Mucho más distantes de la expresión *beneficios penitenciarios* se encuentran los defensores del correccionalismo radical, quienes –como en el caso de *Dorado Montero*– preferían utilizar para estos nuevos institutos, que se alejaban de un modelo absoluto y monolítico de prisión, expresiones como tratamiento o asistencia (9).

De manera que aunque de *beneficios* se habla ocasionalmente en algunos textos legales (10), como sinónimo de mejora, su utilización como epígrafe abarcando un grupo de instituciones jurídico-penitenciarias no la vamos a encontrar hasta épocas muy recientes. En efecto, se trata de una expresión acuñada por las legislaciones penitenciarias actuales (11). Ley y Reglamento Penitenciario vigentes son los primeros textos en los que se inaugura la expresión *beneficios penitenciarios*.

Nuestra Ley penitenciaria se refiere a los beneficios de forma mucho más parca que el Reglamento. De hecho, la Ley solo los menciona en tres ocasiones: la primera de ellas, en el artículo 29.1, cuando exime del deber de trabajar a los internos que se encuentren

(8) CADALSO, F. *Instituciones Penitenciarias y similares en España*. Madrid, 1922.

(9) DORADO MONTERO, P. *Bases para un nuevo Derecho Penal*. Buenos Aires, 1973.

(10) El Reglamento Orgánico de los Servicios de Prisiones de 1930 en España se refiere a la libertad condicional como *beneficio* (v. gr. arts. 46-58). No se encuentra, en cambio, en el articulado de la Ley de Libertad Condicional de 1908.

(11) GALLEGO DÍAZ, *op. cit.*, p. 254, no comparte esta opinión y entiende que corresponde al Reglamento de 1956 la primacía de la expresión beneficio. En efecto, en dicho Reglamento se emplea la palabra «beneficio», pero a diferencia de lo que sucede en el Reglamento actual, no llega a crearse un *nomen iuris* con vocación de incluir una serie de institutos jurídicos diferenciados. En los textos precedentes y hasta donde hemos alcanzado nuestra indagación el legislador emplea la palabra beneficio como sinónimo de mejora o privilegio, así sucede, entre otros en el CP de 1928 (arts. 18 y 190) o en el Reglamento de 5 de mayo de 1913 (art. 265).

en determinadas circunstancias, sin «perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios»; en la segunda, en el artículo 76.2 c/ cuando señala, a la hora de regular las competencias de los Jueces de Vigilancia, que estos aprobarán las propuestas «que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena»; por último, el mismo artículo 76.2 en el apartado g/ otorga a los mismos jueces la competencia de «acordar lo que proceda» sobre las quejas relacionadas con los beneficios penitenciarios (12). Del texto legal podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Existe un concepto normativo-jurídico de beneficios penitenciarios, independiente del uso de la expresión beneficio para referirse de forma indeterminada a los privilegios que se obtienen durante la ejecución de la pena. Los beneficios penitenciarios son aquellos que se conceden cuando la ejecución de la pena privativa de libertad ha comenzado. Se diferencian de los beneficios penales que son aquellos que impiden que se inicie la ejecución.

- El presupuesto para acceder a un beneficio es contar con una sentencia firme (art. 202 RP), de manera que las eventuales mejoras regimentales a las que acceden los preventivos no tiene esta naturaleza jurídica.

- La redención de penas por el trabajo –hoy desaparecida– es un beneficio penitenciario. Sin embargo, el legislador elude catalogarlos, es decir, ofrecer una relación cerrada de los mismos. Desplazando a los operarios de la ejecución de la pena privativa de libertad, la función de determinar cuándo nos encontramos ante un beneficio penitenciario o ante un simple privilegio.

- Los beneficios penitenciarios son de dos tipos: los que acortan la condena y los que no. Son beneficios que acortan la condena aquellos que reducen la pena nominal impuesta en la sentencia firme. El resto afecta exclusivamente a las condiciones materiales de ejecución.

- La competencia de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en relación a los beneficios no esté clara. Mientras que el RP señala que son siempre acordados por estos a propuestas de la Administración (13), el artículo 76 solo les concede a los jueces la competencia de aprobarlos, por tanto, es la Administración quien acuerda la concesión/tramitación de los mismos. La Administración penitenciaria

---

(12) También se emplea la expresión beneficio en el artículo 29. 2, pero lo hace en un sentido genérico.

(13) En el caso del indulto el Juez de Vigilancia penitenciaria también es el que acuerda, aunque su acuerdo se limita a tramitar el indulto.

puede conceder otras mejoras que no acorten la condena sin necesidad de que sean aprobados por el órgano judicial.

Por su parte, el Reglamento penitenciario hace un uso más prolijo de la expresión y además permite extraer conclusiones conceptuales. De las cerca de veinte ocasiones en las que se refiere al instituto de los beneficios penitenciarios, destaca el esfuerzo por establecer unas normas generales que pueden concretarse en los siguientes puntos sobre lo ya establecido por la Ley:

- Los beneficios penitenciarios son derechos de los internos (art. 4.2.h/). Más adelante volveremos sobre esta trascendente declaración más propia de una Ley y sobre el alcance que debe otorgársele.

- En sintonía con la Ley se asegura el acceso a los beneficios penitenciarios de quienes por determinadas circunstancias no pueden trabajar (art. 133.2) y, a estos mismos efectos, se equipara el trabajo retribuido con el ocupacional (art. 153. 2 y 3).

- De nuevo, en sintonía con la Ley se definen los beneficios penitenciarios como «aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento» (art. 202.1). A pesar de la dualidad, por decisión del legislador, en uno y otro caso, los beneficios tienen como contenido común la reducción del tiempo material de estancia en la prisión (14). No son beneficios otras medidas que puedan incrementar las salidas al exterior o las comunicaciones.

- Son beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular (art. 202. 2). La relación es doblemente criticable, de una parte, por lo que falta y, de otra, por lo que sobra. En primer lugar, es discutible que esta relación de beneficios sea cerrada. No le falta razón a Gallego Díaz cuando se pregunta si a otros efectos podrían tener tal consideración otras instituciones distintas (15). Sin embargo, el RP no deja lugar a dudas, no solo los define y menciona expresamente, sino que más adelante señala las particularidades de cada uno de ellos. Aún más grave, en segundo lugar, resulta la inclusión del indulto dentro de los beneficios penitenciarios. Ni los indultos son derechos, ni guardan relación alguna con los institutos resocializadores (16), ni, por último, son penitenciarios ya que lo

---

(14) En este sentido, también, BUENO ARÚS, *op. cit.*, p. 999.

(15) GALLEGO DÍAZ, *op. cit.*, p. 257.

(16) No es recomendable confundir las cosas y aunque el indulto en la medida que recorta la estancia en la prisión puede resultar que favorece la resocialización, su fundamento no está ahí, sino en las necesidades de corregir errores o ajustar las reacciones punitivas al principio de proporcionalidad cuando no hay cobertura legal para

único específico que tienen es que pueden ser instados desde los órganos penitenciarios, pero de igual manera podrían instarlo aunque la legislación penitenciaria no dijera nada al respecto (17).

- La finalidad de los beneficios es ayudar a la reeducación y reinserción social en el marco de una ejecución concebida de modo individualizado.

- En consonancia con lo anterior los beneficios se conceden discrecionalmente por el órgano competente, debiendo fundamentar su decisión en la «conurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción.» (art. 204).

De estos puntos se deduce indubitadamente la voluntad de nuestro legislador de crear un concepto jurídico denominado *beneficios penitenciarios*. A pesar de que la expresión carece de tradición legislativa o doctrinal, el Reglamento no se limita a definir en que consiste, sino que va mucho más allá. Señala sus fundamentos, su naturaleza y los principios que lo inspiran, también, algunas cuestiones procedimentales y, sobretodo, concreta que institutos jurídicos son beneficios penitenciarios. Negar esto es tanto como negar la norma jurídica y la vigencia del principio de legalidad.

Si la diferencia entre los beneficios penitenciarios y otros beneficios fuera poco relevante el debate discurriría en términos discursivos. Pero no son así las cosas.

Bien entendido que, aunque no encontramos cuál puede ser la razón que ha llevado al legislador a incluir solo dos beneficios dentro del concepto beneficios penitenciarios, su propia definición es tan amplia que permite incluir otras mejoras. Inevitablemente, y debido a ello, en el sistema penitenciario español deberá trabajarse con dos grupos de beneficios. Uno de carácter material y otro, formal. El primero elaborado por la doctrina con el objetivo de reagrupar los ele-

---

ello. En este sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Trad. Olmedo Cardenete, 5.<sup>a</sup> ed., Granada. 2002. pág. 995.

(17) Como es lógico no han faltado esfuerzos en la doctrina por establecer diferencias dentro de amplio y heterogéneo grupo de los beneficios con el objetivo de dar coherencia sistemática a su construcción conceptual. Así, GARCÍA VALDÉS, *Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX*, en ADPCP, vol. LIV, 2001, p. 29, los clasifica desde una original perspectiva: «Las hay hacia adentro del centro penitenciario, los premios regimentales que se refieren a la reducción de hierros, alimentación, comunicaciones, disposición de peculio u otros estímulos. Y existen otros beneficios hacia afuera del establecimiento: la libertad condicional o el indulto».

mentos afines del sistema penitenciario y el segundo indicado por el ordenamiento jurídico.

De una parte, uno amplio entendido como señala, con razón, *Sanz Delgado* (18), para quien los beneficios penitenciarios han sido siempre asociados a un conjunto de recompensas que recibe el interno a lo largo de la ejecución de la pena y que están meritadas en su buen comportamiento. En este grupo se incluyen una amalgama de institutos jurídicos de muy distinto significado y contenido en el proceso de ejecución de la pena de prisión cabe dentro de esa definición (*v. gr.* permisos de salida, visitas o la libertad condicional, cualquier que sea su modalidad, recompensas, etc.).

Tomando en cuenta esta definición material aún podemos establecer las siguientes clasificaciones de los beneficios, no sin antes dejar claro que, a nuestro juicio, los beneficios forman parte de un proceso continuo de modulación de la responsabilidad penal que se denomina proceso de individualización (art. 203 RP), el cual a su vez, está comprometido con las exigencias directas del principio de humanidad que informa toda la responsabilidad penal (19). Entonces podemos considerar que dentro del sistema existen las siguientes diferenciaciones de beneficios:

- Beneficios penales y penitenciarios. Como ya hemos apuntado los primeros operarían antes de que se inicie la ejecución de la pena.
- Beneficios mixtos. Algunos beneficios presentan este carácter mixto porque arrancan en las fases previas a la ejecución pero implican ejecuciones de sanciones que posteriormente, pueden dar lugar a nuevos beneficios. Forma parte de este grupo el beneficio de la sustitución previsto en los artículos 83 y 84 CP. La pena original se suspende y se ejecutan otras sanciones que, a su vez, pueden ser modificadas en fase de ejecución (art. 85 CP).
- Beneficios de contenido fijo y variable. Los primeros consisten en la concesión de privilegios predeterminados por el ordenamiento jurídico. Este es el caso de la suspensión de la ejecución de la pena o de la libertad condicional. Mientras que los segundos permiten al órgano que los concede diseñar sus contenidos conforme a las circunstancias que concurren. En este último grupo se encuentran aque-

---

(18) SANZ DELGADO, E. *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, 2003, p. 25. En el mismo sentido, BUENO ARÚS, F. *Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria*. Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 1-1999, p. 51

(19) MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, 2011, pp. 122 ss.

llos beneficios que prevén la sustitución de la pena original por una o varias medidas.

- Beneficios directa o indirectamente asociados a los programas resocializadores. La mayoría de los beneficios –v.gr. las recompensas– se orientan a la prevención especial positiva, sin embargo los cambios regimentales del sistema de individualización científica se hacen depender de la evolución del tratamiento resocializador. La resocialización, a veces, está reñida con la idea de la recompensa porque los beneficios resocializadores no se conceden mirando atrás, sino adelante, para reforzar estratégicamente los vínculos sociales, familiares y laborales de los condenados, mientras que los demás no pueden evitar ser instrumentos al servicio de la disciplina de un centro.

De todo lo dicho hasta aquí se desprenden dos ideas que dificultan enormemente los esfuerzos por elaborar una teoría de los beneficios penitenciarios. La primera de ellas es que dicha expresión carece de raíces históricas, ni legislativas ni doctrinales. La segunda que bajo esta expresión puede igualmente reunirse aquellos institutos reconocidos, como tal, por la ley –concepto formal–, como definir los beneficios penitenciarios como *aquellos instrumentos jurídicos que, con distintos objetivos, determinan unas condiciones penitenciarias mas favorables para un interno en comparación con las que sufren otros* –concepto material–.

Ambas opciones son posibles, y, desde luego, nos inclinamos por un concepto material de beneficios, si bien nos interesa hacer una matización. Cuando el legislador se refiere a los beneficios penitenciarios debe entenderse una referencia exclusiva a los que vienen recogidos como tal por el ordenamiento jurídico. Sustentar esta convención es hoy día más necesario que nunca, debido a la reciente evolución del sistema penal, en general, y del penitenciario, en concreto, con un endurecimiento de las condiciones objetivas para poder acceder a algunos institutos que favorecen mejores condiciones regimentales. El legislador se refiere genéricamente a los beneficios sin especificar cual de ellos se ve afectado por estas reformas. Así pues, por razones de seguridad jurídica y de respeto al principio de legalidad, tan desvirtuado en el ámbito de la normativa penitenciaria, es necesario convenir que las referencias legales a los beneficios penitenciarios deben entenderse referidas a aquellos institutos recogidos como tal en el Título Sexto.

Son, en consecuencia, beneficios penitenciarios estrictamente el adelantamiento de la libertad condicional (20) y el indulto particular (art. 202.2 Rto.). No lo son ni la libertad condicional común ni el resto de los institutos que de una u otra forma permiten que el interno evite la estancia efectiva en la prisión o la atenué.

### III. LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS: DERECHO O GRACIA

La disyuntiva planteada en este epígrafe viene en gran medida resuelta por las conclusiones a que hemos llegado en el apartado anterior. La expresión beneficio penitenciario no se compadece con la autonomía jurídica de que gozan algunos de los institutos que están recogidos dentro de la misma. De manera que sería incongruente seguir preguntándonos de forma general cual es la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios sin acotar los mismos, a pesar de que el Reglamento declara de forma explícita y genérica (art. 4/h) que los beneficios penitenciarios previstos en la legislación son derechos de los privados de libertad.

La redención de penas por el trabajo o por educación –cuando existía–, la semi-libertad, la libertad condicional o los contactos con el mundo exterior son, sin ningún género de dudas, derechos de los internos (21), incluso cuando resulta formalmente dudoso que puedan considerarse beneficios penitenciarios y no están, por tanto, explícitamente reconocidos como tal en la legislación, porque un argumento formal como el *nomen iuris* «beneficio» no es suficiente para eludir dicho reconocimiento y porque, en definitiva, un derecho siempre es un beneficio para quien lo disfruta (22). Tampoco es un obstáculo el hecho de que para que se concedan sea preciso que concurren ciertos requisitos de carácter subjetivo, como es un pronóstico resocializador positivo. El informe técnico de los equipos multidisciplinares sobre el pronóstico de futuro del condenado no es una actividad arbitraria, ni siquiera discrecional, sino que el técnico que lo emite se somete a una

---

(20) Como sabemos la Reforma 1/2015 ha modificado en profundidad todo el Capítulo III del CP donde se regulan beneficios penales y penitenciarios. Entre estos últimos, se encontraba un solo modelo de adelantamiento de la libertad condicional. Ahora, tras la Reforma, nos encontramos, al menos, otras dos modalidades de adelantamiento distintas. A nuestro juicio todas ellas deberán de entenderse incluidas dentro de la referencia genérica del artículo 202 del Reglamento penitenciario.

(21) Opinión que puede considerarse también doctrina dominante en España. Cfr. RENART GARCÍA, F. *op. cit.*, pp. 67 ss.

(22) BUENO ARÚS, *op. cit.*, p. 1000.

metodología predeterminada jurídicamente vinculada, que puede contrastarse, eventualmente, con otros informes y, en su caso, ser objeto de revisión mediante un recurso ante un órgano judicial. Dichos informes «deberán expresar criterios que permitan al magistrado sustentar el sentido de la resolución» (art. 167 Reglamento) y «serán supervisados, verificados y refrendados por el jefe del área respectiva y el director del establecimiento» (art. 167 Reglamento). De manera que estamos ante una actividad reglada (23).

Pero, a nuestro entender, los argumentos a favor de concebir estos beneficios como derechos están también en el papel que juegan dentro de un sistema penitenciario resocializador. En los sistemas retributivos, efectivamente, la Administración penitenciaria disponía discrecionalmente de estos beneficios en la medida que no se encontraban vinculados a ninguna otra meta que no fuera la disciplina. Pero en los sistemas penitenciarios resocializadores estos beneficios forman parte del modelo de ejecución, son los límites externos o criterios informadores del *ius puniendi* en su fase de ejecución. Con independencia de la oportunidad de la denominación, todo lo que se entiende por beneficios penitenciarios son institutos jurídicos que diseñan el modo en el que en la actualidad se ejecuta esta pena, forma parte esencial de su *modus executandi*. La desaparición de la tortura o de las celdas de castigo no son beneficios penitenciarios sino compromisos con el reconocimiento del recluso como sujeto del derecho. Los institutos jurídicos abarcados por los beneficios son igualmente reconocimiento del derecho a la resocialización, que se traduce en medidas positivas de promoción de conductas sociales durante la ejecución. En este sentido, tras el reconocimiento de estos derechos se cumple una función de instrucción a los condenados para que conozcan la relación jurídica que el Estado social pretende mantener durante la ejecución. Si desde una óptica preventivo general positiva la pena concreta el modo de resolver el problema social generado por el delito, desde la perspectiva especial positiva el reconocimiento de estos derechos concreta un compromiso de garantía de la persona condenada. De no existir dicho reconocimiento la ejecución de la pena se convierte en un instrumento incontrolado, en el que el sujeto condenado se degrada a ser un medio recurrente para alcanzar fines que le son ajenos.

Por último, la naturaleza jurídica de los permisos de salida y la visita íntima puede suscitar más duda que los anteriores, ya que no concurren en ellos algunas de sus circunstancias. A pesar de lo cual, nos inclinamos a favor de considerarlos también derechos de los inter-

---

(23) BUENO ARÚS, *op. cit.*, p. 52.

nos. En primer lugar, por su estrecha relación con determinados derechos fundamentales de las personas reconocidas por la Constitución. Tanto la salida al exterior, normalmente para asistir a un evento familiar, o la visita íntima, que permite mantener relaciones afectivas y sexuales con la pareja, son manifestaciones del derecho de toda persona a la familia. Derecho que no se aliena por estar privado de libertad nada más que en la medida que sea manifiestamente incompatible con esta condición.

Únicamente, el indulto queda al margen de las anteriores reflexiones y responde a otros fundamentos ajenos a los problemas penitenciarios. Y por este motivo se puede decir que a pesar de lo señalado por el Reglamento, no existe ningún beneficio penitenciario que consista en indultar.

#### IV. CONSECUENCIAS DE CONSIDERAR LOS BENEFICIOS COMO DERECHOS DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD

Reconocer que nos encontramos ante derechos de la persona derivados de su condición de privado de libertad en un sistema resocializador no es cuestión baladí, sino que tiene un alcance muy considerable. De acuerdo con el principio de legalidad al que esta sometido la ejecución de las penas los derechos solo pueden limitarse bajo la cobertura de una ley, no bastando para ello una disposición reglamentaria. En segundo lugar, en un sistema penitenciario los derechos asociados a los fines resocializadores deben de promocionarse por parte de la Administración. Por último, todos los operadores del sistema penitenciario se encuentran obligados por una garantía general que obliga a interpretar las normas que desarrollan los derechos reconocidos por la ley de forma extensiva y nunca en contra del privado de libertad.

En relación con estas garantías se ha planteado en la jurisprudencia constitucional de comienzos de siglo la duda de si deben concederse los beneficios en aquellos casos en los que concurren las condiciones objetivas y subjetivas, especialmente, cuando el condenado no es peligroso. El TC (SSTC 25/2000 de 31 de enero; 8/2001, de 15 de enero) ha mediado en la polémica, señalando que la concesión debe «expresar la ponderación de las necesidades de seguridad colectiva (prevención general) y las necesidades de resocialización (prevención especial) en atención a la peligrosidad del condenado...» Compartimos la opinión de nuestro alto Tribunal. Este es, en efecto, el sentido de la expresión «fundamentalmente» que acompaña a la peligrosidad como criterio integrador para la concesión en la ley espa-

ñola. Pero con ella, no solo se quiere explicitar que los tribunales deberán ponderar todos los fines preventivos que se persiguen con la pena, incluidas las razones de prevención general y seguridad colectiva; sino también que en caso de conflicto deben considerarse «fundamentalmente» las razones de prevención especial frente a las de prevención general. No solo por que así se desprende del artículo 80 CP, sino porque el artículo 25.2 CE, solo menciona expresamente los criterios resocializadores, inclinándose indubitadamente a favor de ellos en los casos de conflictos (24).

En todo caso y ya en relación con los límites de la decisión judicial, está fuera de dudas que nos encontramos ante un supuesto de discrecionalidad jurídicamente vinculada, en donde solo cabe una unidad de solución justa y lo contrario estaría infringiendo preceptos penales sustantivos. Para asegurarlo, el artículo 80.1 CP obliga a los tribunales a resolver motivadamente la concesión, es decir, a ponderar cada uno de los factores precitados. El TC, por su parte, considera que la obligación de motivar se extiende también al auto denegatorio cuando no concurren las condiciones legales (STC 224/1992 de 14.12; STS de 2 de febrero de 1998. En el mismo sentido, artículo 245.1.b) LOPJ) o cuando no es de su competencia determinar si procede o no su concesión (STC de 4 de febrero de 1992). La no motivación puede dar lugar a la ilegalidad de la decisión y, la consiguiente, declaración de nulidad.

Otros aspectos del reconocimiento de los beneficios como derechos subjetivos de los condenados a prisión han merecido menos atención por la doctrina. Nos estamos refiriendo a la posibilidad de renunciar a ellos. Es indubitado que a todo titular de un derecho se le reconoce la posibilidad de renunciar al mismo (25) y los penados pueden negarse a disfrutar de un beneficio, bastaría con que no lo pidiesen o renunciases expresamente al mismo. Aunque la posibilidad de que esto suceda es escasa, no es del todo descartable. No se trata de reconocer el derecho a estar en prisión, sino el derecho a que la estancia en la misma se haga en algunos aspectos en consonancia con los intereses personales del penado. El carácter voluntario que preside todas las actividades vinculadas con los programas de tratamiento

---

(24) No obstante, hasta ahora el alcance práctico de estas circunstancias valorativas ha sido escaso, ya que tradicionalmente los tribunales vienen concediendo el beneficio casi automáticamente cuando concurren las condiciones legales objetivas, a pesar de que esta actitud no solo lo desvirtúa, sino que va contra la voluntad del legislador. Incluso, en no pocas ocasiones, la predisposición de los tribunales a la concesión afecta a la propia determinación de la pena, procurándose que esta quede por debajo del tope máximo para posteriormente poder conceder la suspensión.

(25) VINOGRADOFF, *Introducción al Derecho*, México, 1992, pp. 47 ss.

–y el sistema progresivo es una de ellas– (art. 4. 2 LOGP) puede ilustrar esta posibilidad de que los beneficios deban contar con el consentimiento del interesado.

## V. EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD Y LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

A continuación abordaremos la tercera de las cuestiones que nos propusimos al comienzo de este trabajo. Se ha suscitado una viva polémica sobre la aplicación a las normas penitenciarias del principio general de irretroactividad de las leyes penales. Veamos los contextos políticos criminales y normativos en los que se ha planteado esta cuestión. Tras sucesivas reformas de la legislación penitenciaria se ha consolidado en base a criterios victimológicos un nuevo requisito para acceder a los beneficios, el de tener satisfecha la responsabilidad civil (art. 72. 5. RP). Nuestro sistema penal sigue estando lejos de los logros victimológicos de otros países y para avanzar en asegurar el legítimo interés de las víctimas se han dado pasos de dudosa constitucionalidad, como el que aquí estamos tratando, porque si bien es cierto el carácter prioritario de la indemnización, no es menos cierto que se introduce en la fase de ejecución, cuando la capacidad económica del condenado ha quedado seriamente mermada precisamente por ingresar en prisión, un criterio economicista que va a terminar modulando la cantidad de pena que aquel debe soportar.

Con este interés por la víctima del delito, en concreto, se introduce una reforma en la legislación penitenciaria que exige tener satisfechas las responsabilidades civiles para poder disfrutar del régimen abierto y la libertad condicional. Una de las leyes reformadoras establecía en sus disposiciones transitorias que lo dispuesto respecto de las condiciones de acceso a la libertad condicional y al régimen abierto «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 esta cumpliendo la pena» (Disp. Trans. Única. LO 7/2003).

Se plantea, entonces, un problema jurídico sobre el alcance de las garantías del sistema penal en estos ámbitos. Se trata de aplicar la ley penitenciaria a quienes se encuentran cumpliendo pena de prisión con independencia de que en el momento de la comisión del delito estuviera en vigor una ley mas favorable para el condenado. Desde una perspectiva jurídica el problema viene planteándose por la doctrina y la jurisprudencia hace décadas, coincidiendo con los momentos en

que el espacio penitenciario o de ejecución de penas comenzó a ser objeto de atención y regulación normativa. Que el principio de legalidad no iba a tener la misma incidencia en el ámbito de la ejecución que en otros momentos del sistema penal era algo que se podía barruntar desde que el Código rebaja sustancialmente sus efectos y permite que el Derecho penitenciario pueda crearse por medio de leyes y reglamentos (art. 3.1 CP), como si entrar en prisión fuera menos grave y mereciera menos garantías de reserva de ley que la tipificación de una conducta. Desde entonces interesa saber si las normas referidas a la ejecución de penas están sometidas con el mismo rigor que las penales al principio de legalidad y la forma en que opera en relación con ellas el principio de irretroactividad. Asociado a estos problemas también está dilucidar qué entendemos por normas de carácter penitenciario o normas relativas a la ejecución de las penas, cuestión sobre la que dista mucho de existir una opinión pacífica, debido entre otras cosas a la movilidad a que somete el legislador constantemente a este ámbito jurídico.

Las soluciones pueden ser las siguientes:

1. A la totalidad de las normas referidas a la ejecución de las penas se le aplica el principio de irretroactividad en los mismos términos que a las normas penales (*principio de asimilación*). En consecuencia, tomando siempre como referencia el momento de la comisión, dichas normas son irretroactivas, salvo que favorezcan al reo.

2. Las normas referidas a la ejecución no son normas penales, por lo que para su eficacia no se debe tomar como referencia el momento de la comisión de la infracción, sino el momento de la ejecución, como sucede con las normas procesales (*principio de diferenciación*). De forma que en cada momento durante el tiempo de cumplimiento se vendrá aplicando la norma de ejecución vigente –*tempus regit actum*–. Obsérvese que desde esta segunda tesis no es preciso concluir negándoles a los principios de retroactividad/irretroactividad eficacia en el ámbito de las normas de ejecución, sino proponer un cambio en el acto de referencia –*momento histórico relevante*–.

La irretroactividad es una garantía asociada, en primer lugar, al principio de legalidad y a la seguridad jurídica (26), pero también a la función motivadora de las normas. Solo la norma conocida tiene capacidad para disuadir a las personas de realizar determinados actos

---

(26) ARROYO ZAPATERO, L. «El principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, pp. 9 ss.

socialmente no deseados (27). De nada sirve un mensaje de endurecimiento después del delito (o sirve solo para generar desconfianza en el derecho). Pero no son menos importantes las consideraciones que podemos hacer desde la óptica de la seguridad jurídica en relación con la irretroactividad, porque no son los cambios oportunistas y coyunturales de las leyes la mejor forma de reforzar la confianza en las garantías que el Estado de Derecho postula para los ciudadanos. De las exigencias de garantía nace el derecho de los ciudadanos a saber cuál es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta, el derecho del ciudadano a conocer con certeza cual es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en que se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta. Parece difícil estar en desacuerdo con ello, siempre que por tal se entienda que ese derecho no es esencialmente el derecho de cada ciudadano a saber que le va a pasar a otro si delinque, sino de todos y cada uno de los ciudadanos a saber que le va a pasar a cada uno de ellos si delinque. Y si eso es lo que busca, de poco sirve saberlo antes de delinquir, si después del delito, puede cambiarse sustancialmente la forma en que se va a aplicar la pena o el modo por el que finalmente se va a regir algo tan sustancial al castigo como es el modo de su ejecución.

Estas reflexiones no nos permite llegar a la errónea conclusión de que solo aquellas normas que tienen como misión la motivación de las conductas humanas tienen que ser irretroactivas y, consiguientemente, excluir a las normas de ejecución de penas de esa garantía. Semejante conclusión adolece de dos graves errores, el primero, desconsiderar la importancia de la irretroactividad desde una óptica de seguridad jurídica. La segunda creer que son escindibles en el marco de la prevención general la tipificación de una conducta y la amenaza penal y su ejecución.

Por otra parte, la retroactividad, prevista para las normas favorables al reo, excepciona el principio de legalidad en la medida que se permite la aplicación de una norma ya derogada –ultraactividad–, posibilidad esta, generalmente, prohibida (28).

---

(27) LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. «La irretroactividad penal favorable: Una cuestión de proporcionalidad», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 14, junio 2004, pp. 185-212, p. 190.

(28) Con razón señala LASCURAIN SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 191, que la aplicación de una ley posterior más favorable al reo ni tiene que ver con la garantía del principio de legalidad, ni siquiera con el de seguridad jurídica. Es mas genera inseguridad en la medida que excepciona el principio de legalidad.

A nuestro juicio, ninguno de aquellos principios –*asimilación y diferenciación*– puede aplicarse, satisfactoriamente, hasta sus últimas consecuencias sin hacer diferenciaciones dentro de las normas de ejecución de penas en virtud de la autonomía que tiene el Derecho penitenciario con relación a los Derechos penal y procesal. Con el principio de asimilación, por ejemplo, no podríamos aplicar a la población de un centro unas normas penitenciarias que reformaran, endureciéndolo, el régimen disciplinario, ya que todos los internos lo estarían por delitos cometidos con anterioridad a la entrada de las mismas. Por el contrario, si partimos del principio de diferenciación todos aquellos beneficios penitenciarios que se hicieran depender del tiempo de pena cumplida habrían de computarse solo a partir de su entrada en vigor y no desde el momento en que se comenzó a cumplir la condena y, a la inversa, un endurecimiento en las condiciones de obtención de un beneficio o, sencillamente, su desaparición, introducida por una reforma legislativa afectaría también a quienes ya habían logrado mitigar su prisión gracias a consolidar el beneficio en la situación anterior a la reforma.

Hay, pues, que empezar reconociendo que bajo el *totum* de normas penitenciarias se agrupan un universo normativo muy dispar en el que encontramos unas de carácter técnico, otras organizativas, otras procedimentales, otras que van referidas a aspectos sustanciales de la pena privativa de libertad, etc. Esto nos da una idea de la enorme complejidad que tiene el tema, ya que no solo estamos obligados a diferenciar las normas penales de las normas de ejecución de penas, sino que dentro de estas últimas parece preciso seguir estableciendo diferencias. Necesariamente deberemos acotar nuestro análisis a algunas de estas normas que están dentro del macroconcepto de normas de ejecución, pero que tiene una respuesta matizada al principio de legalidad y de irretroactividad.

Dentro de esa constelación y de cara a plantear el problema de la irretroactividad nos parece necesario distinguir, al menos, dos grandes grupos normativos en la legislación:

- Normas penitenciarias (o de ejecución penal) *funcionales*. Dentro de las cuales se encuentra un amplio espectro de normas reguladoras de aspectos sectoriales de la ejecución –sanidad, trabajo, educación, higiene– y también normas de régimen generales –derechos y deberes, contactos con el exterior, régimen disciplinario, etc.–
- Normas penitenciarias (o de ejecución penal) *sustantivas*. Incluye todas aquellas normas relativas al cumplimiento material de la pena. Coinciden esencialmente con los llamados beneficios, pero, eventualmente, se incluyen también aquí aquellas otras normas que contem-

plan sustituciones de la pena durante la ejecución o resuelven problemas que pueden afectar a esta, como las enfermedades sobrevenidas y su repercusión en la ejecución de las penas.

Las que hemos denominado normas funcionales se rigen por el acto de ejecución, de manera que se aplican en el momento en que entran en vigor y con efecto retroactivo, si con ello se beneficia al condenado, siempre que fuera posible. Veamos unos ejemplos. Una nueva disposición que modificara las competencias del Director de un centro, la composición de un órgano penitenciario colegiado, redujera el número de llamadas que puede hacer el interno u obligara a la administración a garantizar una celda para cada uno de ellos, se aplica en el momento de su entrada en vigor, sin embargo, esta última, a pesar de ser mas favorable para el interno, no puede –por su propia naturaleza– aplicarse con efectos retroactivo. En cambio, una norma que ampliara las recompensas, incluyendo dentro de los actos recompensables nuevas conductas del interno dentro del establecimiento, se aplicaría también con efecto retroactivo, al serle favorable.

Por el contrario, las normas sustantivas se rigen por sus propios principios. Dentro de ellas –a estos efectos– todavía es conveniente introducir una matización, según se trate de normas sustantivas de carácter general que no guardan relación con el delito cometido, sino con la relación jurídica originada por la sentencia condenatoria firme, es decir, con el hecho de la pena impuesta como consecuencia indiferenciada de la comisión de un delito y normas sustantivas específicas, que modulan la ejecución de la pena en función del delito cometido. Como ejemplo del primer grupo podemos señalar las normas que regulan los permisos de salida, las que se refieren a los requisitos generales de obtención de la libertad condicional o al régimen abierto. Por el contrario, del segundo grupo forman parte aquel conjunto de normas en las que el legislador condiciona la obtención de un cambio sustancial en la ejecución de la pena al tipo de delito cometido. También, por ejemplo, es frecuente encontrar en el derecho comparado límites para acceder al régimen abierto de los agresores sexuales. Las primeras toman en cuenta *el momento en que se inicia la ejecución de la pena (momento histórico relevante)* –entiéndase extensivo a cualquier tipo de pena– para aplicar los criterios de retroactividad/irretroactividad. Las segundas, en cambio, forman parte inescindible de la potencialidad disuasoria de la norma que describe la conducta típica y, en consecuencia, aplicará esos criterios tomando en cuenta el momento de la comisión del delito.

¿Por qué solo las primeras deben regirse por el momento de ejecución y no por el de comisión? A nuestro juicio, una solución distinta

podría ocasionar problemas de ejecución insalvables en aquellos casos en los que transcurre un tiempo considerable entre la comisión del delito y la ejecución material de la pena. Por otra parte, la referencia debe ser el momento en que se inicia la ejecución porque es entonces cuando adquiere vigencia la relación jurídica entre la Administración de justicia y el condenado, la cual sirve de fundamento a las normas penitenciarias.

De esta forma, se garantiza, como mínimo, que al penado se le aplicarán aquellas normas vigentes en el momento de la ejecución de la pena, salvo que la reforma le sea más favorable, en cuyo caso adquieren efecto retroactivo. La razón de este cambio dentro del mismo cuerpo legislativo se explica porque la pena es, esencialmente, amenaza penal, pero como tal amenaza para que resulte eficaz tiene que cumplirse, de manera que sin su ejecución la pena carecería de contenido, incluidos los propios contenidos preventivos. Ninguno de los fines de la pena podría alcanzarse si esta no llegara a ser ejecutada. Por ello, distinguir entre pena, por un lado, y la «vida de la pena», por otro, como si aquella pudiera existir materialmente al margen de su ejecución, es contrario a toda lógica jurídica, a toda experiencia y a la propia teoría de la pena. Una visión integradora de la pena en la que se tenga en consideración tanto su duración como su intensidad constituye una unidad inescindible en un sistema penal orientado a la prevención.

De esta manera no puede afirmarse que lo que afecta a la pena y dentro de ella a esa zona esencial que es su cumplimiento material no forma parte del contenido esencial del Derecho penal. La amenaza penal, que aspira a la motivación de las conductas de las personas en una sociedad, no es solo de una pena en abstracto, sino también cuentan las circunstancias de su cumplimiento. La ley informa a las personas que la comisión de un determinado delito está castigada con una pena de prisión que por su gravedad podrá ejecutarse en uno u otro tipo de establecimiento y con posibilidades de acceder a unos u otros beneficios penitenciarios. La forma de cumplimiento contiene en no pocas ocasiones más carga aflictiva que la duración temporal, no tendría sentido que redujéramos, pues, el concepto de sustantividad a la duración, sin abarcar la forma de ejecución (29).

Aun aceptando que la forma de cumplimiento de la pena se hace sin sobrepasar el tope máximo de la condena determinado por el tribunal en la sentencia firme y que los beneficios penales son una expectativa; si las peores expectativas se terminan convirtiendo en regla –por

---

(29) SALAZAR SÁNCHEZ, N. El principio de legalidad en un Estado democrático de Derecho (Garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal), en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, T. 14, julio 2004, pp. 454-577, p. 503.

ejemplo, por que se impide el acceso a algunas de las formas de cumplimiento, como la conversión o la reserva del fallo— aun cuando sea en la fase de ejecución de la condena, no puede afirmarse que ello no tiene relevancia en cuanto al juicio de favorabilidad o desfavorabilidad de la norma. Es innegable que determinadas reformas afectan negativamente a la ejecución por más que solo planteen modificaciones dentro del marco de pena a que el sujeto fue condenado. La norma es desfavorable con independencia de que hipotéticamente no lo sea en un caso concreto. Dificultar con carácter general —y, mucho mas, impedir— el acceso a las formas de semilibertad o libertad condicional es imposible que no tenga antes o después su reflejo en una pluralidad de casos particulares, de casos en los que, cumplidos todos los requisitos que «antes» se exigían, no se cumplan algunos de los introducidos mas tarde por una ley que en todos esos casos va a resultar mas desfavorable. Esta evidencia requiere de una respuesta que conjugue las garantías del sistema penal con los fines de la fase de ejecución (30).

Existe una corriente de opinión, contraria a la tesis que estamos proponiendo, que entiende que las normas relacionadas con la ejecución de las penas se aplican a todas las penas que se encuentren ejecutándose en el momento de su entrada en vigor, sin considerar el momento de la comisión del delito (*principio de diferenciación*). Dos son los argumentos con los que se pretende abalar esta tesis:

- Por una parte, que nos encontraríamos en una suerte de retroactividad débil o impropia, en cuanto que no afecta a las resoluciones ya dictadas sobre los referidos beneficios, aun cuando no se cumplieron los requisitos que ahora se exigen, sino que se refiere a resoluciones que se toman desde la fecha de entrada en vigor de la ley (31). Es decir, que aunque sea la ejecución la referencia, se toma esta de manera fragmentada, que permite escindir en dos el tiempo de ejecución, antes y después de la reforma.

---

(30) Argumentos similares han sido utilizados por la Audiencia Provincial de Madrid para defender para la norma penitenciaria el mismo tratamiento que para la norma penal. *Cf*: Auto 1180/2004.

(31) Esta tesis ha sido sustentada en España por el Tribunal Constitucional a raíz de la desaparición de la redención de penas por el trabajo. Entiende el Alto Tribunal que dicho beneficio «no aparecía legalmente configurado como un beneficio condicional que podía ser revocado en determinados casos, puesto que incluso en los supuestos en los que el penado quedaba inhabilitado para redimir en lo sucesivo, ello no afectaba a los días redimidos» (STC de 14 de abril de 1999). En consecuencia, aun cuando una reforma legal haga desaparecer un beneficio los efectos de esta modificación perjudicial para el condenado no afectaran a los ya consolidados antes de la entrada en vigor de la reforma.

- Que se trata de una disposición referida a normas de ejecución, incluso a normas procesales de ejecución y no a normas penales en sentido estricto.

Ninguno de los argumentos es convincente. La irretroactividad débil o impropia no desmerece el rigor de este principio. Bien al contrario, es una garantía consustancial al mismo, de manera que siempre que se invoca la irretroactividad se está afirmando que las situaciones jurídicas consolidadas no se modifican, salvo que no sea para favorecer a la persona. Esto es precisamente lo que sucede en relación con la norma penal.

Pero tampoco seduce el segundo de los argumentos porque no está claro que una norma en la que se aborda la regulación de unos beneficios, no sea *ley penal* en el sentido constitucional, sino una norma de naturaleza procesal o penitenciaria o de ejecución y, aun siéndolo, tampoco puede afirmarse con carácter general que el principio de legalidad y la irretroactividad no afecten a este tipo de normas.

A nuestro juicio la solución de este problema para las que hemos llamado normas de ejecución sustantivas no está ni en la diferenciación ni en la asimilación. Es preciso concebir el cumplimiento de la pena como una unidad jurídica inescindible y continuada. De esta manera los principios de irretroactividad/retroactividad solo podrían plantearse en aquellos supuestos en los que se pretendiera hacer valer una reforma antes de iniciar el cumplimiento de una pena. Durante el cumplimiento la aplicación de una reforma va a responder necesariamente a las garantías y principios que rigen esta fase del sistema penal.

¿En qué sentido varían los criterios vigentes para la ley penal cuando hablamos de normas de ejecución sustantivas? En primer lugar, debe partirse de un marco de garantías similar. Es decir, ni la seguridad jurídica ni la legalidad se debilita en esta fase. Es el momento de invocar preceptos de la contundencia del artículo 7 CP en el que se establece que «a los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar», es decir, aquella que permitía el acceso a esos beneficios de acuerdo con el régimen general. Solo se verá excepcionada esta garantía cuando la nueva norma sea «más favorable al reo». Principio avalado por textos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11, inc. 2, por solo citar el más relevante. Y también por una reiterada jurisprudencia. No podemos burlar a los condenados las garantías y beneficios que se derivan de estas declaraciones en base a una interpretación restrictiva del con-

cepto de *ley penal*, sin cometer una grave lesión de los propios basamentos del Estado de Derecho.

Ahora bien, los criterios de beneficio o perjuicio para el condenado son distintos, se cargan de consideraciones preventivas, se enriquecen de ellas. De manera que una mayor facilidad de acceso a un beneficio puede resultar inoportuna en un proceso de tratamiento resocializador y hacer recomendable que se mantenga durante un tiempo la situación anterior. Una decisión de esta naturaleza debe de estar precedida por un informe técnico y resuelta por un órgano judicial. Pero no acaban aquí las diferencias. En el ámbito de la ejecución tiene un mayor peso las consideraciones humanitarias, las cuales pueden entrar en conflicto, incluso, con los fines resocializadores.