

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID Sección nº 5 Rollo : 3526 /2007**

Procedente del JDO. VIGILANCIA PENITENCIARIA N. 1 de MADRID

Expediente nº: 703 /2007 **AUTO NÚM. 4240/07**. Ponente: ARTURO BELTRÁN NÚÑEZ. En MADRID, a treinta de octubre de dos mil siete.

### **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** El penado es extranjero aunque reside desde hace tiempo en España así como su familia. Cumple condena a 10 años de prisión por delito contra la salud pública, (transportaba por cuenta de otros más de 4.500 gramos de cocaína pura). Es delincuente primario. Los informes sobre su conducta en prisión son muy buenos, el ingreso en prisión se considera que ha tenido un fuerte efecto disuasorio y de motivación al cambio, su personalidad se considera la propia de alguien equilibrado, maduro. Dedicar su tiempo a cuidar su salud y buen estado físico y a trabajar, lo que hace con responsabilidad al tiempo que incrementa su formación. Cuenta aparentemente con la posibilidad de recuperar el puesto de trabajo en la misma empresa en que ya estaba empleado cuando delinquiró. Se considera que su evolución es positiva hacia valores sociales normales. En estas circunstancias mayoritariamente positivas cabría que se estudiara la concesión del tercer grado. Ahora bien no puede ignorarse otros datos que no son tan positivos aunque no sean negativos: la ausencia por ahora de permisos aunque el Centro informa de la conveniencia de estudiarlos probablemente por esa buena evolución y el ambiente familiar normalizado, y la todavía escasa fracción de condena cumplida, cuyo gran efecto disuasorio tal vez sea conveniente que se mantenga algún tiempo, aunque sea breve para que alcance la deseable plenitud. Y, por encima de todo ello, existe el terminante mandamiento de la ley (Art. 36 del Código Penal) que no permite en penas superiores a 5 años, impuestas por hechos posteriores al 1 de julio de 2.003 acordar la progresión a tercer grado antes de que se cumpla la mitad de la condena, salvo que, previos los trámites oportunos -que aquí no han tenido lugar- el Juez de Vigilancia penitenciaria, acuerde la aplicación del régimen general de cumplimiento. Tal vez sea éste un caso en el que debe acordarse tal aplicación, pero eso no puede hacerlo este Tribunal en el actual recurso sin incurrir en incongruencia y sin que se cumplan los trámites de oír el criterio del Ministerio Fiscal y de la Institución Penitenciaria.

**SEGUNDO.-** El penado solicita alternativamente la aplicación del artículo 100-2 del Reglamento Penitenciario, y en concreto que se le permita salir los fines de semana para mantener contactos con su familia y asegurarse (ha de pensarse que en su antigua empresa, que al parecer se muestra dispuesta a readmitirle) un puesto de trabajo que le permitiera más tarde la progresión. Sobre este punto el Tribunal ha llegado a la conclusión de que el artículo 36 del Código Penal, al excluir, provisionalmente, pues cabe el retorno al régimen general de cumplimiento, a determinados presos de la posibilidad que es la regla general de alcanzar el tercer grado antes de cumplir la mitad de la condena es una norma que se reconoce desfavorable y excepcional en cuanto que se aparta del régimen general de cumplimiento como expresamente expone. Por ello su

interpretación ha de ser restrictiva si bien no puede llevar al fraude de ley. Interpretación restrictiva que supone que si la ley prohíbe el acceso al tercer grado no prohíbe sino eso, y permite fórmulas mixtas de clasificación, acorde con los principios de flexibilidad propios del tratamiento (Art. 68 de la L.O.G.P.) y del sistema de cumplimiento de las penas basado en la individualización científica (Art. 72 de dicha ley) aunque curiosamente la expresión más acabada del principio de flexibilidad tenga mero rango reglamentario y se recoja en el mencionado artículo 100-2. Es decir, la prohibición de alcanzar el tercer grado es compatible con permanecer en el segundo aunque con algún rasgo propio del tercero, siempre que no se incurra en fraude de ley, como ocurriría si se acordara mantener a una persona en segundo grado pero con el régimen de salidas de trabajo y fin de semana y demás notas propias del régimen abierto. Pues bien, en este caso la muy buena evolución del interno, lo mínimo del riesgo de fuga, y el concreto fin para el que se piden las salidas –refuerzo de lazos familiares, aseguramiento de un puesto de trabajo- aconsejan acudir al art. 100-2 del Reglamento introduciendo dentro del segundo grado una variante propia del tercero, aunque sea de forma limitada y para ello se acordará que el interno pueda disfrutar de salidas dos fines de semana al mes, en forma compatible con el mantenimiento de sus actividades en prisión. En este limitado sentido se estimará el recurso.