

5.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SAN SEBASTIAN DE FECHA 29/03/07

Progresión a 3^{er} grado. Se desvirtúan los criterios de la Administración por no ser criterios jurídicos válidos.

Debate jurídico

La defensa técnica de O.R.U. solicita la revocación de los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Aragón, de 29 de agosto y 27 de septiembre, ambos de 2006, y el pronunciamiento, en su lugar, de otra resolución por la que se acuerde la progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario del artículo 83 del Reglamento Penitenciario o del artículo 82.1 y 3 del Reglamento Penitenciario, o, subsidiariamente, el mantenimiento en segundo grado de forma mixta con arreglo a lo dispuesto en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, pudiendo disfrutar de salidas de fin de semana. La parte apelante arguye que los argumentos empleados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria no son aceptables por los siguientes motivos:

1.- la multirreincidencia y la lejanía de las fechas de cumplimiento de las 3/4 partes de la pena y de extinción de la condena devienen absolutamente inoperantes en relación a la clasificación en tercer grado; a estos efectos se hace referencia al auto pronunciado por este tribunal en fecha 23 de julio de 2004.

2.- la conducta del interno, que ha justificado la imposición de sanciones, no tiene reflejo en el expediente tramitado por la Administración penitenciaria para articular procedimentalmente la solicitud de progresión de grado.

3.- la falta de disfrute de permisos de salida no puede erigirse en obstáculo para la progresión en grado de quien, a pesar de cumplir los requisitos objetivos para obtener los permisos de salida solicitados, no han podido acceder a los mismos por razones subjetivas.

4.- el hecho de no haber pagado la responsabilidad civil ex delicto no es predicable de quien se encuentra privado de un puesto de trabajo productivo proporcionado por la Administración Penitenciaria.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso de apelación, interesando la confirmación del Auto de 27 de septiembre de 2006, en base a los motivos expresados en el mismo.

Clasificación penitenciaria: progresión de grado.

La parte apelante refiere, en primer lugar, que la multirreincidencia y la lejanía de las fechas de cumplimiento de las 3/4 partes de la pena y de extinción de la condena devienen absolutamente inoperantes en relación a la clasificación en tercer grado.

Este tribunal en el auto, de 23 de julio de 2004, tuvo ocasión de elaborar el siguiente discurso argumental respecto a la clasificación penitenciaria:

1.- Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separada en grados, sin que en ningún caso se mantenga a un interno en un grado inferior cuando la evolución de su tratamiento le haga merecedor de una progresión (artículo 72.1 y 4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

2.- El instrumento jurídico que confiere sentido al sistema de individualización científica es la clasificación penitenciaria. La clasificación penitenciaria, precisa para la individualización del tratamiento, debe tomar en cuenta la personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena, el medio al que probablemente retornará el penado y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento (artículo 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). La finalidad es formular un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social (artículo 64.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) que permita perfeccionar el núcleo de actividades abocadas a la reinserción social (artículo 59.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), situación jurídica que se alcanza cuando el penado se encuentra en condiciones idóneas para desplegar un

proyecto vital en términos conciliables con las exigencias de respeto a la ley penal (artículo 59.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

3.- El tratamiento penitenciario responde a unas notas jurídicas que se contienen en el artículo 62 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Entre las mismas destaca su carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena. De ahí que la evolución en el tratamiento determina una nueva clasificación del interno (artículo 65. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), dependiendo la progresión de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva (artículo 65.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Esta novación, de la que depende la progresión penitenciaria, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidad cada vez más importante que implicará una mayor libertad (artículo 65.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

De ahí que la capacidad para vivir en semilibertad respetando en elenco de mandatos y prohibiciones contenidos en la ley penal (artículo 102.3 y 4 del Reglamento Penitenciario) constituya el criterio vertebral a la hora de clasificar en tercer grado a un penado.

Tras ello, al referirse de forma específica a la gravedad del delito y la lejanía de la fecha de cumplimiento de la pena, mentó que "La gravedad del delito y la lejanía de la fecha de cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta no son criterios jurídicos idóneos para evaluar la corrección de la decisión administrativa que mantiene la clasificación penitenciaria inicial. La gravedad del delito es un criterio a tener en cuenta en el marco de la individualización judicial de la pena dentro del marco jurídico ofrecido por el legislador penal. El desvalor del injusto cometido permitirá, conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad, una adecuación de la duración de la pena privativa de libertad a la gravedad del hecho cometido. No puede tenerse en cuenta ulteriormente para configurar el espacio jurídico delimitador del marco de ejecución de la pena privativa de libertad. Lo mismo cabe decir de la lejanía de las fechas de cumplimiento.

Que la gravedad del delito y la lejanía de la fecha de cumplimiento de la pena de prisión no son criterios jurídicos válidos para adoptar una decisión en materia de clasificación penitenciaria se infiere de lo dispuesto en los artículos 102.3 y 4 del Reglamento Penitenciario que configura la

capacidad para vivir en semilibertad como parámetro rector de la decisión atinente a la clasificación en segundo o tercer grado, en línea con la finalidad de tratamiento penitenciario centrada en conseguir que el penado sea capaz de desarrollar un discurso vital conciliable con el respeto a la ley penal (artículo 59.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria)”.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria emplea, como uno de los argumentos para desestimar la progresión en grado, el hecho de que el penado sea multirreincidente y que tenga prevista extinguir el cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena el día 16 de marzo de 2018. El carácter de multirreincidente ya fue tenido en cuenta en las sentencias condenatorias para, en su caso, agravar la pena del recurrente, mediante la apreciación de la agravante de reincidencia. No es, por lo tanto, un criterio que, en si mismo, fuera de toda propuesta fundada de reiteración delictiva y ayuno de referente legal específico, pueda incidir en materia de clasificación penitenciaria. Idéntica fuera significación cabe atribuir, en materia de clasificación penitenciaria, al período de cumplimiento de las penas ejecutadas, una vez constatada la inaplicabilidad (por el principio de irretroactividad de las leyes penales sancionadoras) del período de seguridad introducido en el artículo 36.2 del Código Penal por la LO 7/2003. En todo caso, cabe referir que los extremos referidos a la duración de la pena de prisión pendiente de cumplimiento por parte del recurrente quedan alterados por el auto de este tribunal, de 5 de marzo de 2007 que, novando los términos de la refundición en su día operada, cifra en once años la duración de la privación de libertad del referido penado.

El apelante esgrime, en segundo lugar, que la conducta del interno, que, según se dice, ha justificado la imposición de sanciones, no tiene reflejo en el expediente tramitado por la Administración penitenciaria para articular procedimentalmente la solicitud de progresión de grado.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria indica que la evolución del interno no le hace apto para la vida en semilibertad, atendiendo a su conducta penitenciaria que refleja la imposición de sanciones. Sin embargo, el examen del expediente penitenciario aportado al proceso judicial denota que no tiene sanciones disciplinarias pendientes de cancelar ni se han incoado expedientes sancionadoras por nuevos hechos, indicándose, por el contrario, que la cancelación de las sanciones en su día impuestas es un factor de adaptación.

La parte recurrente indica que la falta de disfrute de permisos de salida no puede erigirse en obstáculo para la progresión en grado de quien, a pesar de cumplir los requisitos objetivos para obtener los permisos de salida solicitados, no han podido acceder a los mismos por razones subjetivas.

Consta en el expediente que el recurrente no ha disfrutado de permisos de salida. Ello impide, se refiere, valorar su adaptación a los espacios de libertad. En todo caso, y es un factor a ponderar, en el informe social se indica que el recurrente tiene dos hermanos residentes en San Sebastián y se indica la conveniencia de traslado a otro Centro Penitenciario cercano a la residencia de sus hermanos. La Junta de Tratamiento, haciendo suyas estas consideraciones, propone el traslado de centro para facilitar las comunicaciones familiares, propuesta asumida en el plano jurisdiccional al indicarse, en el auto de 27 de septiembre de 2006, que se solicite a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias el traslado del recurrente a un Centro Penitenciario próximo a San Sebastián. También se indica que el recurrente se muestra receptivo a iniciar un programa de tratamiento en AGIPAD.

Finalmente el recurrente indica que el hecho de no haber pagado la responsabilidad civil ex delicto no es predicable de quien se encuentra privado de un puesto de trabajo productivo proporcionado por la Administración Penitenciaria.

La reparación del daño causado a las víctimas persigue que el penado despliegue una actividad prestacional de naturaleza restaurativa acorde con su capacidad y posibilidades. Se trata, por lo tanto, de una actuación en la medida de las propias fuerzas. La Junta de Tratamiento deja constancia de que no se ha abonado la responsabilidad civil ex delictivo y atribuye a esta circunstancia el calificativo de factor de inadaptación. Sin embargo, en el informe social se especifica que el recurrente carece de recursos económicos propios, recibiendo ayuda económica de sus hermanos. Es más, en su queja, el recurrente indica que siempre ha desempeñado en los Centros Penitenciarios trabajos no retribuidos (explicitando de forma individualizada los mismos) y que nunca se le ha conferido, a pesar de sus peticiones, un trabajo remunerado, precisando que, si le confiere el tercer grado, dedicaría el dinero que obtuviera a su manutención y al pago de la responsabilidad civil. Por lo tanto, no puede concluirse que, pudiendo hacerlo, no ha abonado cantidad alguna en concepto de pago de la responsabilidad civil ex delicto.

El artículo 83.1 del Reglamento Penitenciario dispone que la actividad penitenciaria en régimen abierto tiene por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva que presentan los penados clasificados en tercer grado, realizando las tareas de apoyo y asesoramiento y la cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva al medio social. Para penados en quienes concurren circunstancias específicas de naturaleza personal (peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala o condiciones personales diversas), contextual (imposibilidad de desempeñar un trabajo en el exterior) o penitenciaria (lo aconseje su tratamiento penitenciario) se contempla la instauración del denominado Régimen Abierto restringido (artículo 82 del Reglamento Penitenciario). En estos casos, la Junta de Tratamiento podrá establecer la modalidad de vida en régimen abierto adecuada para estos internos y restringir las salidas al exterior, estableciendo las condiciones, controles y medios de tutela que se deban observar, en su caso, durante las mismas (artículo 82.1 del Reglamento Penitenciario). La finalidad de este régimen abierto específico es ayudar al interno a que inicie la búsqueda de un medio de subsistencia para el futuro o, en su defecto, encontrar alguna asociación o institución pública o privada para su apoyo o acogida en el momento de su salida en libertad.

Entendemos que atendiendo a las circunstancias personales del recurrente (peculiar trayectoria delictiva), y teniendo en cuenta las exigencias inherentes al tratamiento penitenciario (necesidad de dinamizar la interacción con sus hermanos, consolidar el tratamiento en AGIPAD y permitir pergeñar un proyecto laboral), procede progresar en tercer grado al recurrente estipulando la aplicación del denominado régimen abierto restringido, compitiendo a la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, en el que se encuentre cumpliendo las penas impuestas, deslindar la modalidad de vida adecuada, restringir, en su caso, las salidas al exterior y establecer las condiciones, controles y medios de tutela que se deban observar durante las referidas salidas.

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del recurrente revocamos los autos, de 29 de agosto y 27 de septiembre, ambos de 2006, y, en su lugar, emitimos otra resolución por la que se acuerda la progresión al tercer grado del penado, con aplicación del denominado régimen abierto restringido, compitiendo a la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario en el que se encuentre cumpliendo las penas impuestas deslindar la modalidad de vida adecuada, restringir, en su caso, las salidas al exterior y establecer las condiciones,

controles y medios de tutela que se deban observar durante las referidas salidas.