

TERCER GRADO

11. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE FECHA 16/12/13

Progresión a tercer grado, sin tener extinguida la 1/4 parte de la condena. La totalidad de variables, salvo la extensión de la pena (10.06.00) son favorables.

Antecedentes de hecho

Por el Letrado, en nombre y representación de F.E.M.M. se interpuso recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena en expediente núm. 1473/13, auto de fecha 29 de agosto de 2013 desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra auto 5 de julio de 2013.

Conferido traslado del indicado recurso al Ministerio Fiscal, se opuso a su estimación, designándose los testimonios que tuvieron por conveniente a tenor de lo dispuesto en el artículo 766-3 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se remitieron a esta Sala, donde se formó el Rollo de Apelación correspondiente.

Fundamentos de derecho

Se interpone recurso contra la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria que desestimando la pretensión del penado, confirma la

decisión de la administración penitenciaria de mantener a F.E.M.M en el segundo grado penitenciario.

El recurso despliega una importante batería de argumentos acompañados de numerosa prueba documental, ya aportada en el expediente, pero, parte de una base argumental que debe ser rechazada de plano. Todas las pretensiones descansan sobre una idea insostenible en esta fase del proceso, como es la inocencia del penado y la existencia de un error en la sentencia que le condena a 10 años y 6 meses de prisión por dos delitos de robo violento y un delito de lesiones. Es indudable que esta Sala ni debe ni puede entrar a realizar ninguna valoración al respecto de la inocencia del penado, siendo así que tratándose de una sentencia judicial ejecutoria y firme, habiéndose desestimado, al parecer, los dos intentos de revisión planteados ante el único órgano facultado a tal efecto como es el Tribunal Supremo, no cabe sino examinar el problema desde una perspectiva estrictamente penitenciaria, lo cual no debe excluir un detallado e individualizado examen de la totalidad de circunstancias personales, familiares y sociales que el recurrente ha puesto de manifiesto, alguna de las cuales no han sido, hasta este momento, objeto de valoración, como es sin duda el importante dato de la asunción íntegra de las importantes responsabilidades civiles, a que a continuación haremos referencia.

Segundo. La ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a la reinserción y reeducación (artículo 25 de la Constitución Española y artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre), debiendo ejecutarse tales penas según un sistema de individualización científica, separado en grados (artículo 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), sin que en ningún caso pueda mantenerse a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión (artículo 72.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), definiéndose, precisamente, el tratamiento penitenciario como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la reeducación y reinserción social de los penados (artículo 59.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), el que se basará en los principios de estudio científico de la personalidad, diagnóstico de la misma y pronóstico de futuro, individualización, complejidad, programación y continuidad (artículo 62 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Para la individualización del tratamiento, tras la observación del penado se realizará su clasificación destinándole al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al trata-

miento que se haya señalado y siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello podrá ser situado incluso desde el primer momento en grado superior.

Tal y como señala el artículo 106 del Reglamento Penitenciario, la progresión de grado depende de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva manifestada en la conducta global del interno y entraña un incremento de la confianza depositada en él hasta el punto de permitir la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad, pero dicho precepto debe ser integrado con el 102 del mismo texto legal, que regula en su apartado segundo las variables intervinientes en el proceso de calificación de los internos que han de estar favorablemente calificadas, que no son otras que su personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento, y ello por cuanto que la progresión a tercer grado no es sino la relajación de los mecanismos normales de control de la vida del interno en el régimen ordinario o segundo grado, mediante la concesión de un más amplio espacio de libertad, lo que, evidentemente, no debe hacerse sino no es con una cierta garantía de éxito en la utilización de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo, tanto en orden a la comisión de nuevos delitos como al quebrantamiento de la condena, de modo que (vid. artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario) la clasificación en tercer grado se aplicará únicamente a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad, estableciendo, únicamente, el artículo 104.3º del Reglamento Penitenciario, que para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo.

El legislador no excluye, por tanto, la concesión incluso ab initio del cumplimiento del tercer grado. Si bien la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003 introdujo en el artículo 78 del Código Penal lo que se denominó periodo de seguridad, ello sólo era aplicable, conforme a unánime interpretación judicial a penas graves, superiores, individualizadamente, a cinco años, y, en todo caso el juez podía motivadamente enten-

der de aplicación el régimen general de cumplimiento. El criterio se ha modificado en la reforma del año 2010 estableciendo que solo podrá entrar en juego algún tipo de periodo de seguridad cuando así lo haya establecido expresamente el tribunal sentenciador, lo que no es el caso ahora analizado, en el que, además, es necesario insistir que ninguna de las penas supera por sí sola los cinco años de prisión. No existe, por tanto, óbice legal alguno para la posible concesión del tercer grado, ni estamos en presencia de penas graves por más que la suma de las impuestas determina una extensa y larga condena superior a los diez años.

Volviendo al contenido del transcrito artículo 102.2º del Reglamento Penitenciario tenemos que valorar los datos personales, sociales, familiares y de conducta del penado que se exponen a continuación.

El penado es un joven delincuente primario que contaba en el momento de la comisión de los hechos con tan solo diecinueve años. Es no solo su primer ingreso en prisión, sino también su primera y única condena.

Carece de cualquier antecedente anterior y lo que es más importante, el tiempo que medio entre su puesta en libertad tras prestar declaración judicial durante la instrucción del procedimiento, (marzo 2010) y su ingreso en prisión en noviembre de 2011 no se conoce actividad delictiva de ninguna clase.

El penado tiene una formación básica (graduado escolar y cursos de formación en informática). El penado tiene hábitos de trabajo y una oferta de empleo en el exterior. Había desempeñado actividades labores (documento nº 1 de los acompañados al escrito de la defensa, f.23 del testimonio) y consta, dato éste de importancia, de una muy buena valoración empresarial hasta el punto de contar con una oferta de mantenimiento de dicha actividad laboral. Ciertamente algo indeterminada dado el tiempo transcurrido pero que es un dato más a sopesar

El penado ha mostrado buena conducta desde su ingreso en el centro penitenciario el 11 de noviembre de 2011. No le constan sanciones. Reside en el MER jóvenes con comportamiento correcto y actitud destacada en su participación en el programa de convivencia y respeto y en enseñanzas abiertas y actividades socio-laborales, con un pronóstico de reincidencia medio bajo.

Por tanto, además de ese perfil de delincuente joven, con formación y expectativas laborales, buena conducta penitenciaria y carente de actividad delictiva anterior y posterior a los hechos por los que fue condenado, desarrollados todos en una única y fatídica noche, cuenta con un destacable, por excepcional, apoyo social y familiar, y ha afrontado de forma individual el pago de la totalidad de las responsabilidades civiles fijadas en sentencia, que superan los 18.000€. Este dato, que no consta fuera valorada en el expediente penitenciario (ver informe de propuesta de calificación de fecha 12 de enero de 2013, f. 72 del testimonio) pese a que la consignación del dinero se efectuó con fecha 14 de noviembre de 2011 según es de ver en los documentos aportados (documento nº 12, f. 62 del testimonio), tienen una doble importancia. Por un lado, supone un acto de reparación y de reafirmación de la norma infringida. Es, como dice la doctrina, un *actus contrarius*, que supone, de facto, el reconocimiento y asunción de la responsabilidad, y el expreso deseo de solventar su deuda con la sociedad, y tiene especial importancia porque, pese a que se sigue manteniendo la inocencia como soporte de todas las pretensiones ejercidas (recursos de revisión y actual querrela contra las testigos por posible falso testimonio), ello no ha impedido el reconocimiento y asunción de culpabilidad que siempre comporta el saldar las responsabilidades civiles, máxime cuando se trata de cantidades de relativa importancia y en estos tiempos de crisis. El segundo factor que denota ese hecho es un soporte socio familiar de extraordinario peso que, sin duda, puede suponer un red asistencial suficientemente garantizadora del comportamiento futuro, circunstancia que pesará de forma determinante en la estimación del recurso.

Aun restaría un dato a exponer que también por su excepcionalidad debe ser sopesado en su justa medida, como es que el propio Director del Centro Penitenciario, en una valoración personal verificada en sede judicial en el curso del procedimiento que se ha iniciado por el delito de falso testimonio, haya expuesto su apreciación personal, apoyada en nada menos que más de treinta años de ejercicio profesional, de que se trata de un interno con un perfil personal que no encaja en el tipo delincencial de los delitos por los que ha sido condenado ni parece que tenga relación personal de tipo alguno con ese entorno ni con los otros condenados (documento nº 6 del escrito inicial de la defensa de fecha 10 de abril de 2013). Se nos dirá que ello no se ha volcado en informe penitenciario alguno informando favorablemente o modulando la negativa a la concesión del

tercer grado, pero es un dato más que debe ser contemplado en cuanto nos permite sostener de forma motivada que el perfil del penado, unido a la asunción de responsabilidad que comporta el pago de la importante responsabilidad civil y el indudable apoyo socio familiar con el que cuenta, incluida una opción real de trabajo futuro, posiblemente se corresponda con el perfil acreedor de la confianza de que hará buen uso de la libertad en la que, en definitiva, consiste la concesión el tercer grado.

Indudablemente, resta por analizar un dato objetivo del mayor peso, que también obliga a considerar el mencionado artículo 102.2º del Reglamento Penitenciario, y que está latente en los informes y decisiones hasta ahora desfavorables al penado, como es la larga duración de la condena impuesta. Ya hemos anticipado que ni se trata de penas graves, individualmente consideradas, ni existe periodo alguno de seguridad que imposibilite la concesión. Por otro lado, un aspecto del mayor interés es que una concesión precipitada o poco motivada del tercer grado pueda suponer una dilución de los fines generales de prevención de la pena, enviando un mensaje de impunidad inaceptable socialmente. Ante ello hemos de recordar que nada impide la concesión, cierto que excepcional, desde el inicio del cumplimiento, y que en el caso que analizamos no se trata de una concesión inicial, sino una vez transcurrido prácticamente una 1/4 parte de la condena, aunque quizás sería mejor señalar que ya ha cumplido dos años y un mes en prisión por, no olvidemos, dos delitos de robo violento cuyo botín apenas alcanzó los 800 euros de forma conjunta y un delito de lesiones. En este punto, si bien, una vez más, recordando el pleno respeto al tenor literal del fallo condenatorio que hemos de hacer cumplir, si es posible aventurar algún juicio sobre la concreta extensión de la pena impuesta, y su incidencia en la concreta modalidad de cumplimiento. Al igual que es habitual que, también, en el ámbito penitenciario se tenga que conocer y valorar las especiales circunstancias del hecho y del autor que determinen concretos perfiles personales de especial gravedad, o unos hechos especialmente reprobables o inadmisibles desde el punto de vista social, a la hora de ponderar la concesión de cualquier beneficio o progresión de grado, en éste supuesto, el examen objetivo de la pena impuesta llama la atención por su extensión y la falta de ponderación individualizada de alguna de las características personales de cada uno de los autores que ya constaban en la causa, y que llevaron a exasperar el conjunto de la pena más allá de tres años sobre el mínimo legal sin que exis-

ta una adecuada explicación al respecto. Ello, sin considerar que existen algunos otros argumentos jurídicos que incluso hubieran permitido una pena legal notablemente más benigna en cuando no se acaba de justificar de manera suficiente la legitimidad de utilizar la doble agravación del instrumento peligroso tanto en el delito de robo violento como en las lesiones, como la problemática de la imputación indiferenciada del delito de lesiones a todos los ocupantes del vehículo atendida la forma en que se produjo el ligero atropello de las jóvenes asaltadas. En todo caso, ello no formó parte de los argumentos de defensa en vía de apelación, y ahora solo puede servir como parte del análisis teórico sobre la proporcionalidad (principio que aún sin refrendo legal expreso es consustancial en todo nuestro sistema procesal penal como tiene declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, y corolario del principio de culpabilidad) para desactivar lo prolongado de la condena como único argumento de cierre a la posible concesión, excepcional, del tercer grado penitenciario. También el código penal contiene una vía excepcional, artículo 4.2º del Código Penal, para paliar supuestos de penas que se consideren notablemente excesivas atendido el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, lo que viene a ratificar que también en el ámbito de la ejecución debe efectuarse una ponderada e individualizada valoración de la totalidad de circunstancias personales concurrentes.

De las anteriores circunstancias se desprende que el apelante está preparado para hacer vida independiente y responsable en régimen de semilibertad, que el soporte familiar adecuado con que cuenta permitirá alcanzar de forma más eficiente los fines de reinserción de la pena desde una posición de semilibertad, pese a la extensa condena por extinguir, y que es mínimo el riesgo de quebrantamiento, por lo que entendemos que procede su clasificación en tercer grado. La totalidad de variables, salvo la extensión de la pena, son favorables a considerar que el penado es capaz de vivir honradamente en un régimen de semilibertad. Por tanto sí el tratamiento debe combinar el efecto intimidativo de la pena, que en el caso presente puede entenderse cumplido con el transcurso de más de dos años en prisión, con la mejor forma de no devolver a la vida en libertad al penado en peores condiciones de las de su ingreso en prisión, objetivo mínimo de la reinserción, convendremos que de forma absolutamente excepcional y atendidas las especiales circunstancias concurrentes, el penado es ya merecedor de acceder al tercer grado.

Cuenta con inmejorable apoyo familiar y con una oferta de trabajo en el exterior cuya vigencia actual se ignora. Así las cosas, vista la buena conducta global (artículo 65.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) no hay razón paramente mantener al penado en un grado inferior al que demuestra merecer (artículo 72.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Se estimará el recurso y se acordará la progresión del penado al tercer grado de clasificación, inicialmente en régimen abierto restringido (artículo 82 del Reglamento Penitenciario) aunque con salidas todos los fines de semana y festivos (artículo 87 del Reglamento Penitenciario) régimen que pasará a ser el ordinario o común del tercer grado (art. 83 del Reglamento Penitenciario) sin necesidad de nueva resolución, si se verifica la vigencia actual de una oferta de trabajo en favor del interno.

Se declaran de oficio las costas ex artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Visto, por la Sala los preceptos citados y demás de pertinente aplicación, siendo Ponente D. J.G.-A.R. Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección Décima, que expresa el parecer de la Sala.

Parte dispositiva

La sala decidió: estimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado Don S.T.V., en nombre y representación de F.E.M.M. contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena en expediente núm 1473/13, auto de fecha 29 de agosto de 2013 desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra auto 5 de julio de 2013, revocando dicha resolución, y acordando conceder a F.E.M.M. el tercer grado penitenciario en las condiciones ya expuestas en el último párrafo del fundamento quinto, declarando las costas de oficio.