

JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Nº 5
EXPEDIENTE: 27933
INTERNO: JORDI CUIXART NAVARRO
ASUNTO: ART. 100.2

AL JUZGADO

EL FISCAL, despachando el traslado conferido en virtud de diligencia de ordenación de 7 de febrero de 2020, SE OPONE a la aplicación del régimen del art. 100.2 del R.P., con base en los siguientes fundamentos:

La ejecución de las penas privativas de libertad se rige, tal y como establece el art. 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante L.O.G.P.), por el principio de individualización científica separado en grados, primero, segundo y tercero, siendo el tratamiento penitenciario que precise cada interno, junto con otras circunstancias especificadas en el art. 63 de la L.O.G.P., las que determinan la asignación al penado de uno de estos tres grados.

Por su parte, el art. 100.2 del Reglamento Penitenciario (en adelante R.P.), como manifestación del principio de flexibilidad en la ejecución de la pena privativa de libertad, permite la adopción de un modelo de ejecución que combine elementos de los distintos grados clasificatorios en relación a cada penado individualmente considerado, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otro modo no pueda ser ejecutado. Tal posibilidad se define específicamente como excepcional y se somete, de un lado, a la iniciativa del Equipo Técnico que debe proponerla a la Junta de Tratamiento, y, de otro, a la aprobación del Juez de Vigilancia, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

Una primera lectura podría hacer pensar que nos encontramos ante un grado intermedio entre el primero y el segundo grado de tratamiento o entre el segundo y el tercer grado de tratamiento, una especie de primer grado y medio y de segundo grado y medio.

Que no estamos ante un grado intermedio deriva también de una interpretación sistemática de la legislación penitenciaria; así, cuando el art. 101.1 del R.P. señala los grados de clasificación, no hace mención ni al primer grado y medio ni al segundo grado y medio, señalando sólo que los grados de clasificación son el primer grado, el segundo grado y el tercer grado, de manera que si el legislador hubiese querido introducir nuevos grados de clasificación así lo hubiese recogido. Además, si se tratase de un grado de clasificación ésta no sería excepcional, como se recoge expresamente en el precepto, pues la clasificación en los distintos grados de tratamiento no es una excepción sino la norma general.

Por su parte, el artículo 102.4 del R.P. indica que la clasificación en tercer grado corresponde a aquellos internos que se encuentran en condiciones de hacer vida en semilibertad, y el artículo 102.3 del R.P. señala que corresponde la clasificación en segundo grado a aquellos internos que no tienen capacidad para hacer vida en semilibertad, no pareciendo que exista la posibilidad intermedia, por lo que o se está en condiciones de hacer vida en semilibertad o no se está. El legislador ha querido que la permanencia de un interno clasificado en segundo grado de tratamiento en el centro penitenciario sea de 24 horas al día, reservando el régimen de semilibertad, esto es, de permanencia unas horas en el centro penitenciario y otras fuera del mismo, para la clasificación en tercer grado de tratamiento, por ello se configura el artículo 100.2 del R.P. como excepcional.

Sin duda, esta concepción del art. 100.2 del R.P. como un grado de clasificación intermedio entre el segundo grado y el tercer grado, como un segundo grado y medio, es el que se desprende de los informes del centro penitenciario, y de seguirse dicha concepción, equivocada según entiende el Ministerio Fiscal, tendría como consecuencias ineludibles que del recurso de apelación contra su otorgamiento conocería el tribunal sentenciador y no ante la A.P. de la que depende el Centro Penitenciario, y dado que la pena impuesta es superior a cinco años de prisión y que supone una excarcelación del penado, el posible recurso del Ministerio Fiscal tendría efecto suspensivo e impediría la puesta en libertad del condenado, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la L.O.P.J.

Por su parte el artículo 86.4 del R.P., respecto de los internos clasificados en régimen abierto, dice: " En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias..."; obsérvese que se indica que ese tiempo de ocho horas es el mínimo, pero nada obsta para que si se considera, por las razones que sean, que ese tiempo debe ser mayor, así se establezca en la clasificación en tercer grado. Por ello, toda aplicación del régimen flexible del art. 100.2 del R.P. que no cumpla con los requisitos exigidos por el propio precepto es una forma espuria de otorgar una clasificación en tercer grado.

Por lo tanto, el régimen del art. 100.2 del R.P. no es una clasificación especial y distinta de las únicas que contempla la norma, y que son solamente primer grado, segundo grado y tercer grado, seguido en su caso por la libertad condicional, ni una modalidad de la

...///...

clasificación, ni una especie de grado intermedio entre el segundo y el tercero (un segundo grado y medio que carecería de cobertura legal), ni tampoco un paso intermedio para acceder al tercer grado penitenciario y mucho menos una cobertura para dar acceso a un tercer grado encubierto sin cumplir los requisitos legales necesarios para acceder al mismo.

Esta interpretación está avalada por numerosa jurisprudencia, Sentencia de la Sala 2ª del T.S. para unificación de la doctrina de 27/11/19, así como el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 8 de noviembre del 2017 recuerda que esta forma de ejecución de la pena privativa de libertad no supone un nuevo grado diferente a los previstos legalmente, y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid en varios Autos, entre ellos el de 15 de noviembre de 2019 y el de 20 de diciembre de 2019, indican que " lo que no puede la Secretaría General es crear un "tertius genus", una especie de grado intermedio entre el segundo y el tercer grado, un segundo grado y medio, que carece de cobertura legal ...", así también el Auto de la A.P. de Albacete de 15 de mayo de 2017, que además de incidir en que no se trata de un nuevo grado, señala que no puede utilizarse este régimen como medio para minimizar los efectos perjudiciales que la pena puede tener sobre el modo de vida anterior del penado, remarcando también la excepcionalidad del precepto el Auto de la A.P. de Guadalajara de 14 de julio de 2017.

También la doctrina se ha pronunciado en este sentido, remarcando además el riesgo de arbitrariedad por la excesiva discrecionalidad administrativa que implica la norma, así Armenta Gonzalez-Palenzuela, Rodríguez Ramírez y Natividad Plasencia.

Por lo tanto, el régimen del art. 100.2 del R.P., como hemos dicho, es una medida excepcional, dado que carece de cobertura en la L.O.G.P., habiéndose introducido en el R.P. de 1996, que requiere que se fundamente o tenga su razón de ser en un programa específico de tratamiento que, sin ella, no podría ser ejecutado. En consecuencia, para que el Juez de Vigilancia pueda aprobar la aplicación de tal medida, la propuesta de la Junta de Tratamiento deberá contener: a) la descripción del programa específico de tratamiento cuya ejecución resulta imposible sin la medida propuesta, b) las razones de tal imposibilidad y, c) lógicamente, cuales son y en qué consisten los elementos o aspectos característicos de los distintos grados clasificatorios a combinar.

En tales términos se han pronunciado los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus Criterios de Actuación, Conclusiones y Acuerdos. En concreto, en las Reuniones de los años 2006 y 2007, además de instar una reforma legislativa y que el mismo fuera regulado por una Ley Orgánica y no por un Reglamento, se indicaba que la petición debía de estar debidamente motivada señalando la razones, evidentemente tratamentales, por las que se pretende la aplicación de dicho régimen del art. 100.2 del R.P.

Igualmente, los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria en las Conclusiones de sus Jornadas, señalan la necesidad de que se ponga de manifiesto el objetivo tratamental que se pretende alcanzar con la aplicación del art. 100.2 del R.P. (Conclusión 29ª de las jornadas de 2015), que al ser ratificadas por el Fiscal General del Estado, forman parte de la doctrina de la Fiscalía General del Estado.

Por lo tanto, en la medida en que el art. 100.2 del R.P. es siempre excepcional, exige una interpretación restrictiva, siendo requisito imprescindible que el programa de tratamiento no pueda ejecutarse de otro modo y que esté relacionado con la etiología delictiva, no pudiendo servir para fundamentarlo actividades que puedan realizarse en el propio Centro Penitenciario.

El tratamiento penitenciario se configura, tal y como indica el art. 59 de la L.O.G.P, como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, para los que será preciso utilizar aquellos programas y técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo y cuyo objetivo es, como dice el apartado segundo del citado precepto, el de “hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir sus necesidades”.

En el presente caso, el interno está condenado a una pena de 9 años de prisión por delito de sedición, delito ubicado en el Título XXII del Código Penal, “Delitos contra el orden público”, siendo por lo tanto el bien jurídico protegido el bien público y el adecuado funcionamiento de los servicios e instituciones públicas, por lo que el programa de tratamiento acorde con la tipología delictiva debería tener por objeto enseñar al mismo a respetar la ley, a que sólo se puede conseguir aquello que se desea utilizando los mecanismos legalmente

...///...

establecidos en la normativa que rige nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, normativa que a todos nos vincula y que es aplicada por el Poder Judicial a través de sus resoluciones también vinculantes para todos los ciudadanos y especialmente para sus destinatarios, de manera que un gobierno autonómico no puede transformar la estructura del Estado y plasmarlo en un texto legal fuera de los cauces jurídicos de reforma, no estando el interno condenado por querer transformar la estructura del Estado, fin totalmente legítimo y respetable, sino por querer hacerlo fuera de los cauces legalmente establecidos.

En el acuerdo de la Junta de Tratamiento de 6/2/20 se indica que se propone el régimen del art. 100.2 del R.P. para poder evaluar el resultado del tratamiento realizado en prisión y obtener elementos objetivables de trabajo en el exterior; sin embargo, de los informes del Equipo Técnico no se deriva que el interno haya realizado programa de tratamiento específico ni la valoración del mismo, simplemente se indica que se ha trabajado la capacidad de planificación y la toma de decisiones, la estimulación del pensamiento crítico y el análisis de los antecedentes y de las consecuencias de la conducta por la que ha sido condenado, no detallándose cómo se han trabajado tales aspectos ni el resultado de tal trabajo, haciendo luego mención a diferentes actividades que realiza el interno (promotor cultural, dinamizador...), no derivándose de ello que las necesidades criminógenas se hayan trabajado a través de programas de tratamiento, ya sean grupales o individualizados, adecuados a esa etiología delictiva, siendo esto necesario, máxime cuando el interno presenta, junto a factores positivos, otros que no lo son tanto, tal y como se deriva de los informes que fundamentan la propuesta favorable de permiso de la Junta de Tratamiento de 23/1/20, como la falta de reconocimiento del carácter delictivo de su conducta y asunción de la responsabilidad, puesto que sólo cuando se asume la responsabilidad, el peligro de recaída en otros episodios delictivos se aleja de manera rotunda, siendo difícil, si no imposible, detectar la posibilidad de que se cumpla el fin de reeducación recogido en el art. 25 de la C.E. en quien no asume el carácter delictivo de los hechos que fueron objeto de condena.

En la propuesta realizada se indica que el régimen concedido se aplicará desde el 13 de febrero de 2020, de lunes a viernes de 8:00 a 20:00 horas, teniendo por objeto trabajar en la empresa Aranow Packaging Machinery, de la que el interno es propietario y administrador único, de 9:00 a 18:30 los lunes, miércoles y viernes y de 9:00 a 14:00 martes y jueves, así como

actividades de voluntariado los martes y jueves de 16:00 a 18:30 horas (Centre Obert d'Infants i Joves de Badalona); en definitiva el interno permanecerá de lunes a viernes doce horas fuera de la prisión.

Sin embargo, el contenido del régimen del art. 100.2 del R.P. no influirá de forma positiva en las carencias tratamentales del interno, puesto que a través de la concesión del régimen del art. 100.2 del R.P., facilitando el trabajo del penado en el exterior en una situación equivalente al tercer grado, no se produce ningún efecto tratamental, más allá de una genérica alusión a su proceso de inserción social, familiar y laboral ya iniciado, no realizando la propuesta ningún razonamiento de por qué las tareas a realizar pueden influir de forma positiva en las carencias tratamentales del interno, única justificación legal para la aplicación del art. 100.2 del R.P., que como indica tal precepto es excepcional y por lo tanto de interpretación restrictiva.

Para que la realización de actividades laborales y sociales pudiera considerarse parte del tratamiento penitenciario, se exigiría que por parte de la Junta de Tratamiento que propone la aplicación del artículo 100.2 del R.P., se especificase cuáles son los déficits que presenta el interno, qué actividad en concreto realizaría el mismo y porqué la misma influiría positivamente en la superación de los déficits que presenta; además de la razón por la que estos déficits no pueden ser trabajados en el centro penitenciario, máxime en un estado tan temprano de cumplimiento. Nada de ello se indica en los informes de la Junta de Tratamiento, más allá de una genérica referencia a las actividades a realizar.

Valorando la adecuación del contenido propuesto a las exigencias del régimen del art. 100.2 del R.P., ninguna relación guarda el área laboral con la tipología delictiva por la que el interno cumple condena, no produciéndose ningún efecto tratamental, puesto que el interno no cometió los delitos por una necesidad económica (supuesto en que la reinserción laboral y la asunción de responsabilidades en el ámbito laboral y social le permitiría no volver a delinquir), sino que el interno cometió un delito contra el orden público, no pudiéndose considerar que la actividad laboral forme parte de su tratamiento, no apreciándose por tanto la excepcionalidad que conforme al art. 100.2 del R.P. debe presidir la concesión del régimen flexible.

Pero no solo no existe relación entre el delito cometido y la realización de actividad laboral, sino que los hábitos laborales no son un déficit que haya que trabajar en el interno, es

...///...

decir, no se trata de programa de tratamiento general conforme al art. 116.4 del R.P. (“aquellos otros que se considere oportuno establecer”), puesto que tal y como se indica en el informe psicológico, el interno presenta una trayectoria laboral estable y consolidada, consiguiendo sus primeros trabajos en la adolescencia, siendo una persona emprendedora, puesto que a los 26 años (actualmente tiene 45 años) ya creó su propia empresa de maquinaria para fabricar embalaje, empresa que sigue activa actualmente contando con 45 empleados, y que es donde el interno cubrirá el área laboral objeto del régimen del art. 100.2. del R.P. Por lo tanto, el área laboral no es un déficit que haya que trabajar en el interno, puesto que antes de entrar en prisión tenía trabajo, era propietario y administrador único de su empresa, pese a la entrada en prisión sigue siendo propietario y administrador único de la misma continuando esta activa, y con toda seguridad una vez cumplida la pena continuará trabajando en ella, por lo que en ningún caso y en ningún momento del cumplimiento de la pena la actividad laboral del interno puede tener el menor efecto tratamental, no apreciándose por tanto la excepcionalidad que conforme al art. 100.2 del R.P. debe presidir la concesión del régimen flexible; pero es que además se trata de una oferta laboral para trabajar en su propia empresa, tratándose por lo tanto de una oferta laboral que el propio penado se ha hecho a sí mismo, sin que quepa inferir que exista obstáculo alguno para que pueda seguir contando con dicha oportunidad laboral cuando progrese a tercer grado llegado el caso.

En el acuerdo de la Junta de Tratamiento se indica que se considera necesario abordar el área laboral para conseguir una reinserción social como fin último de la pena, pero es que la ausencia de hábitos laborales no está relacionada con la etiología delictiva, el interno no carece de ellos, no siendo por lo tanto este un aspecto pendiente de ejecución en lo relativo a sus necesidades de tratamiento en segundo grado y, para el supuesto de que careciera de los mismos, no formaría parte en este momento de su tratamiento dado que está en la fase inicial de cumplimiento de la pena, pero es que, además, tampoco es preciso conseguir la reinserción social del interno, puesto que reinsertar significa “proporcionar los medios necesarios a una persona para que se vuelva a adaptar a la vida social”, circunstancia que no concurre en el interno puesto que es una persona plenamente insertada en la sociedad, siendo lo primordial cubrir la otra finalidad de la pena, si bien no la única, recogida en el art. 25 de la C.E., la

reeducación a través de un adecuado programa de tratamiento cuyo objetivo sea la necesidad de interiorización de respeto a la ley.

En este sentido, el Auto de 26 de febrero de 2014 de la A.P. de Cádiz considera que la realización de actividad laboral cuando el interno tenía ya hábitos laborales coetáneos a la comisión delictiva no es solo incompatible con la excepcionalidad que exige el precepto, sino que apunta claros trazos de intento abusivo o torticero de aplicación de dicho artículo. Igualmente, la Sección 21 de la A.P. de Barcelona en Auto de fecha 13 de junio de 2019, desestima un recurso contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 en el que se denegaba la aplicación del art. 100.2 del R.P. al considerar que no existían razones tratamentales entre la actividad laboral que se proponía y la etiología delictiva, que no estaba relacionada con falta de hábitos laborales, y en el mismo sentido los Autos de esta Sala de 12 de diciembre de 2019, 17 diciembre de 2019 y 9 de enero de 2020.

Con relación al área personal a través de labores de voluntariado, ninguna relación guarda el área social con la tipología delictiva (lo que sí puede ocurrir por ejemplo en los delitos contra la Hacienda Pública o en delitos en los que la motivación es la codicia o la avaricia, donde sí es importante que el interno empaticice con los colectivos más desfavorecidos), pero es que además no se fundamenta, es decir, no tiene su razón de ser en un programa específico de tratamiento que, sin ella, no podría ser ejecutado, puesto que en el informe psicológico se indica que a través de las labores de voluntariado se pretende fomentar la relación intercultural entre los diferentes colectivos y evitar el deterioro en situaciones de riesgo, pero tales aspectos pueden y están siendo cubiertos en el propio centro, dado que el interno, tal y como se indica en el informe del educador obrante en el ramo del permiso de la Junta de Tratamiento de 23/1/20, ya realiza actividades como gestor y promotor cultural dentro y fuera del módulo, siendo dinamizador voluntario en el área educativa, pero además en dicha área el interno no presenta déficits, por cuanto tal y como se recoge en el informe psicológico obrante en el ramo del permiso de la Junta de Tratamiento de 23/1/20, se trata de una persona con un sistema de creencias y valores desde la juventud basado en la reivindicación de los derechos de las personas y la igualdad, por lo que el voluntariado y el activismo social ya los tiene totalmente integrados, y así en el año 1996 ingresó en la entidad Òmnium Cultural (entidad sin ánimo de lucro) donde ocupó los cargos de tesorero y vicepresidente, siendo presidente de la misma desde diciembre de 2015 hasta la actualidad, todos ellos cargos voluntarios sin ningún tipo de remuneración ni dietas. Por lo tanto, la

...///...

realización de actividades de interés general, de carácter solidario, voluntario, libre, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico y sin contraprestación económica o material, es algo que estaba integrado en la personalidad del interno y por lo tanto no un déficit que precise tratamiento.

En resumen, no sólo es que el interno no presente ningún déficit en el ámbito laboral ni en el ámbito de la empatía social, sino que podemos afirmar que es emprendedor, muy trabajador y con gran conciencia social.

Si bien los motivos anteriores serían suficientes para no aprobar el modelo de ejecución individualizado propuesto, a ellos habría que añadir que el interno cumple condena por un delito grave, habiéndosele impuesto una pena también grave, 9 años de prisión, y a pesar de que los informes que avalan la propuesta consideran que se trata de un interno primario penal y penitenciariamente, que ha cumplido $\frac{1}{4}$ parte de la que condena y que mantiene buena conducta, lo que ciertamente constituyen factores favorecedores, hay que tener en cuenta que cuanto más cercano es el inicio de la pena y más alejado el licenciamiento definitivo, más excepcional debe considerarse la aplicación del régimen flexible del art. 100.2 del R.P., y en el presente caso nos encontramos en los primeros momentos de cumplimiento de la pena, puesto que cuando se hace la propuesta hacía menos de un mes que había cumplido $\frac{1}{4}$ parte de la condena (14/1/20), no habiendo todavía disfrutado de permisos judiciales de salida, y si bien es cierto que el art. 100.2 del R.P. no exige requisitos temporales para su aplicación, en sentido estricto, ha de ponerse necesariamente en relación con la propia naturaleza de la pena, que no hay que olvidar que tal y como reiteradamente ha venido declarando el Tribunal Constitucional (Pleno del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 2000), además de la finalidad de reeducación y reinserción social que señala el art. 25.2 de la Constitución, también tiene fines de retribución y prevención general y especial, esto es, de intimidación al conjunto de la sociedad y al propio delincuente para disuadir mediante ella de la comisión de nuevos delitos. Esto significa que cuando se trata de delitos considerados graves, como el aquí analizado, la pena ha de identificarse por la sociedad y por el afectado como una sanción efectiva, a fin de mantener la confianza en el Estado de Derecho y en el buen funcionamiento de la Administración Pública, afianzando la máxima de que la Justicia es igual para todos, al igual que la actividad penitenciaria tal y como recoge el art. 3 de la L.O.G.P, lo que no se produciría en el presente caso donde se concede en la

fase inicial de cumplimiento de la pena el régimen excepcional del art 100.2 del R.P. con una gran amplitud horaria y sin motivos tratamentales que lo justifiquen.

Por todo ello, esta parte SE OPONE a la aplicación al interno del régimen del art. 100.2 del R.P. interesando que se deje sin efecto el acuerdo de la Junta de Tratamiento de 6/2/20.

Barcelona, a

Fdo. El Fiscal