



Roj: **STS 859/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:859**

Id Cendoj: **28079120012019100197**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2019**

Nº de Recurso: **20238/2018**

Nº de Resolución: **124/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

R.CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA núm.: 20238/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 124/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 8 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto recurso de casación para la unificación de doctrina 20238/2018 interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado el 2 de febrero de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, en la Apelación Juzgado Vigilancia 85/2018, en el que se estimó el recurso de apelación interpuesto en nombre de Candido contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Madrid, y concedió al interno el permiso de salida solicitado. Ha sido parte recurrida Candido representado por la procuradora doña Carolina Granados Bayón bajo la dirección letrada de doña Cristina Sanz Núñez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Madrid incoó Expediente 730/2010, Asunto 6796/2017, con relación al interno en el Centro Penitenciario Madrid IV (Aranjuez) Candido, quien formuló recurso contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento del citado Centro Penitenciario (sesión celebrada el día 05/10/2017) de denegación de permiso ordinario de salida, en el que con fecha 29 de noviembre de 2017 dictó auto en cuya parte dispositiva acordó:

"Se desestima el recurso interpuesto por el interno Candido del Centro Penitenciario de MADRID VI (ARANJUEZ), contra el acuerdo de fecha 5/10/17 de la Junta de Tratamiento del citado Centro denegándole 12 días de permiso, y se confirma dicho acuerdo.



Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, remítase testimonio al Director del Centro Penitenciario y entréguese copia al interno, informándole que contra la misma puede interponer recurso de reforma, en el plazo de tres días, ante este Juzgado, o recurso de apelación en el plazo de cinco días, para ante la Audiencia Provincial de Madrid, pudiendo también interponer el recurso de apelación con carácter subsidiario al interponer el recurso de reforma."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de Apelación contra el anterior auto, y remitidos los testimonios oportunos, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, incoó Apelación Juzgado Vigilancia 85/2018 que, con fecha 2 de febrero de 2018 , dictó auto con el siguiente pronunciamiento:

" LA SALA DISPONE:

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto en nombre de Candido , revocamos el auto dictado por el JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Nº 3 DE MADRID y concedemos al interno el permiso de salida solicitado, con la duración y condiciones señaladas en el razonamiento jurídico tercero y sin hacer especial imposición de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución al Juzgado de procedencia del recurso y al Ministerio Fiscal; llévese testimonio de esta resolución al Rollo de Sala."

TERCERO.- Notificado dicho auto a las partes, el Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación para unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria, que autoriza la Disposición Adicional 5.ª de la LOPJ en su apartado octavo, en relación con los artículos 849.1 º, 855 , 859 , 873 , 874 , 879 y concordantes de la L.E.Crim ., recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación para unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria formalizado por el Ministerio Fiscal, se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Único.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de los artículos 47 de la LOGP y 154 del Reglamento Penitenciario .

QUINTO.- Instruido Candido del recurso interpuesto, en escrito de 4 de mayo de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo el motivo del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 6 de febrero de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Madrid VI (Aranjuez), el día 5 de octubre de 2017 dictó acuerdo en el que denegó al penado Candido la concesión de un permiso ordinario del artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) . La resolución fue recurrida por el penado ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Madrid que, en su expediente 730/2017, confirmó la resolución por Auto de 29 de noviembre de 2017. El Juez de Vigilancia Penitenciaria asentó su decisión en no concurrir en el penado el requisito de *ausencia de mala conducta* que el artículo 47.2 LOGP exige para la concesión del permiso, entendiendo que tal exigencia faltaba de manera objetiva, puesto que el penado contaba con una sanción grave que no quedaría cancelada hasta el 25 de enero de 2018, según se desprendía de la información facilitada por el propio Centro. Contra dicha resolución interpuso el penado recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección 5.ª, el 2 de febrero de 2018 , dictó auto en el que, apreciando que los antecedentes de la sanción estaban ya cancelados, estimó el recurso interpuesto y concedió al interno el permiso de salida solicitado.

Contra esta resolución, al amparo de la Disposición Adicional 5.ª de la LOPJ , en relación con los artículos 849.1 , 855 , 859 , 873 , 874 , 879 y concordantes de la LECRIM , el Ministerio Fiscal formula recurso de casación para unificación de doctrina. El Ministerio Público entiende que el órgano de apelación aplicó indebidamente los artículos 47 de la LOPJ y 154 del Reglamento Penitenciario (RP), además de considerar que los preceptos se aplican contradiciendo la doctrina legal con que se han aplicado en otros supuestos por esa misma Sección de la Audiencia Provincial de Madrid.

Con aportación de los correspondientes testimonios de contraste, el recurso del Ministerio Público aduce que, mientras que en otras resoluciones la Audiencia Provincial había referido su análisis en apelación a si en el momento en que se dictó la resolución impugnada concurrían los requisitos objetivos y teleológicos que condicionan la concesión del permiso, en la resolución que se impugna se procedió de forma diametralmente



opuesta, analizando si concurrían las exigencias en el momento en que la Sala de apelación emitió su decisión. Desde esta constatación, el recurso expresa que el requisito para la concesión del permiso ordinario del artículo 47.2 LOGP de que el interno *no observe mala conducta*, es un requisito que, si bien presenta una manifestación subjetiva relativa a la implicación del interno con los objetivos del tratamiento y del régimen penitenciario, presenta también una realidad objetiva que se manifiesta en que no exista un expediente disciplinario activo. Aduce que una sanción no cancelada impide que pueda considerarse que la conducta del interno sea merecedora de la concesión del permiso, y que solo cuando se constate que no hay un expediente disciplinario activo, es cuando se abrirá el análisis de otras circunstancias o elementos que puedan ser indicativos de la idoneidad del comportamiento del interno en orden a la concesión del permiso de salida. Plantea además que cuando se haya apreciado la existencia de un expediente disciplinario activo, el mero transcurso del tiempo necesario para su cancelación no es una incidencia sobrevenida y relevante para que el órgano decisorio en apelación pueda revocar la denegación de un permiso.

Desde estas consideraciones, reclama un pronunciamiento en unificación de doctrina en materia penitenciaria en los siguientes términos:

1.º.- En relación con los requisitos para la concesión de permisos ordinarios de salida, cuando los arts. 47.2 de la LOGP y 154.1 del RP se refieren a que los internos no observen mala conducta, están contemplando una doble realidad, debiendo ambas concurrir de consuno para dar por satisfecha esta exigencia, siendo una de carácter subjetivo, sobre la que es admitida y obligada la ponderación razonada, referente a la implicación del interno en el tratamiento y régimen penitenciario, y otra de naturaleza objetiva, cual es el expediente disciplinario activo del interno, que no ofrece margen interpretativo alguno para así garantizar igualdad y seguridad jurídica en las situaciones penitenciarias, de modo que concurriendo sanciones graves o muy graves sin cancelar el requisito decaerá.

2.º.- El requisito de la ausencia de mala conducta por sanciones no canceladas sólo podrá filtrarse a la fecha del acuerdo de la Junta de Tratamiento, siendo irrelevante una cancelación de sanciones acaecida, de forma natural por el mero transcurso de los plazos legales, entre dicho acuerdo y la resolución judicial que se dicte, pues la revisión de la legalidad del acto administrativo no alcanza a modificar los presupuestos fácticos que le sirvieron de base.

3.º.- No obstante, la cancelación de la sanción lograda a través de una recompensa -art.263.d) del RP-, sí surtirá todos sus efectos si la fecha a la que se retrotrae es previa al acuerdo de la Junta de Tratamiento, lo que es extensivo a la prescripción de la sanción -art. 258.3 del RP- sobrevenida al acto administrativo.

4.º.- En todo caso, cualquier variación suscitada en torno al requisito de la buena conducta tras el acuerdo de la Junta de Tratamiento, que pudiera hacer desaparecer o reaparecer la exigencia, deberá documentarse en el expediente penitenciario y, previo a resolver, someterlo a contradicción de las partes.

SEGUNDO.- Como indicamos en la STS 105/2016 , con cita a su vez de las SSTS 748/2006, 12 de junio y 1097/2004, 30 de septiembre , la finalidad del recurso de casación en unificación de doctrina que en materia penitencia prevé el numeral 8 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ , no es otra que la nomofilaxis al servicio de una efectiva igualdad entre los penados en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, definiendo para ello cuál es la interpretación procedente de un precepto legal cuestionado. Descansa este recurso en la concurrencia de dos premisas que justifican la activación de la función casacional: la existencia de dos o más decisiones judiciales que contemplen un idéntico supuesto legal de hecho y al que apliquen la misma norma jurídica para su resolución, además de una contradicción en la interpretación que de esa norma haya hecho el órgano o los órganos de apelación que las dictaron; sin que esta Sala haya de estar a la propuesta que las partes formulen.

TERCERO.- La primera pretensión que deduce el Ministerio Público en su recurso, es que se declare que la existencia de un expediente disciplinario activo en materia penitenciaria excluye que pueda apreciarse la *ausencia de mala conducta* que, para la concesión de un permiso ordinario, exigen los artículos 47.2 de la LOGP y 154 del RP. Petición que se asienta en una pluralidad de resoluciones de la Sección 5.ª que, sin ser explícitas en esta cuestión, sí parecen decantarse por un tratamiento diverso, fundamentalmente entre las que es objeto de recurso y otras aportadas por el Ministerio Público, frente a algunas de las que aporta la propia defensa en su impugnación del recurso.

1. Dentro de las finalidades propias de la pena privativa de libertad presenta particular relevancia constitucional la prevención especial, contemplada como la actuación dirigida a lograr la reeducación y reinserción del condenado en el grupo social, esto es, como aquella actuación penitenciaria directamente dirigida a facilitar que el penado tenga capacidad e intención de vivir en libertad respetando la ley penal. La actuación correccional se encomienda al denominado tratamiento penitenciario que, partiendo de un periodo de observación del penado, con estudio de su personalidad, de su medio social, o de sus antecedentes personales



entre otros aspectos, no solo define la sección o el establecimiento penitenciario al que se muestra adecuado destinarle, sino que fija el periodo de tratamiento, además del contenido de una actuación penitenciaria que facilite la rehabilitación del recluso mediante la instrucción, la capacitación profesional, el trabajo, la asistencia personal o espiritual, la disciplina, la práctica de ejercicios, u otros medios que puedan considerarse adecuados al mismo resultado.

Para impulsar y garantizar la adecuada operatividad del tratamiento penitenciario, este viene reforzado con una serie de instrumentos que, al tiempo que incentivan que el penado se implique en el seguimiento y la observancia de la pauta correccional y resocializadora prevista, buscan preparar progresivamente al interno para su retorno a la vida en libertad, sirviendo además de mecanismo que chequee la eficacia del tratamiento. Los permisos ordinarios de salida; la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario, con el régimen abierto que puede acompañarle; y la libertad condicional; son los instrumentos facilitados por el legislador para, potenciando el seguimiento del tratamiento penitenciario por parte del recluso, favorecer un retorno adecuado a la convivencia, y propiciar un mejor pronóstico de que el penado no volverá a lesionar los relevantes bienes jurídicos que el derecho penal tutela, todo ello en provecho de su propia personalidad, así como para beneficio de la comunidad en la que se integra.

Se trata de unos mecanismos engarzados funcionalmente en el tratamiento penitenciario mediante la idea de la progresividad que refleja el artículo 65.2 LOGP, y que, por no deber asentarse en resortes automáticos de aplicación, permitirían validar que la evolución del interno se adecúa a una vida en libertad, si bien contrastando la solidez del pronóstico de satisfactoria conducta que sobre él pueda construirse, tanto para prevenir el riesgo de que no retorne al centro penitenciario y quiebre la propia actuación penitenciaria inherente a su condena, como para salvaguardar que su convivencia en el exterior no introduzca el riesgo de comisión de nuevos delitos. Así lo indicó certeramente la STC 112/1996 (fundamento jurídico 4.): "La posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 C.E.) o, como ha señalado la STC 19/1988, la " *corrección y readaptación del penado* ", y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento". La misma STC 112/1996 (fundamento jurídico 4.) se encargó, además, de destacar (con palabras luego reiteradas en la STC 2/1997, fundamento jurídico 4.) los fines y utilidades que comporta esta institución: "Todos los permisos de salida cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse e indican cuál es la evolución del penado...". Si bien, como también indica el TC en sus sentencias 112/1996 (fj 4) y 81/1997, resulta innegable que, puesto que "al mismo tiempo, constituyen una vía fácil de eludir la custodia", "su concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces con que éstos concurren, sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados", y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y, en último término, a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones.

Conforme con esta finalidad, y en consideración conjunta de estos mecanismos graduales, los permisos ordinarios pueden otorgarse antes de que el recluso alcance su progresión al tercer grado, y se configuran legalmente con una duración variable, lo que permite una autorización inicial más restrictiva, para ir ampliando después el tiempo por el que se conceden. Todo hasta conducir después a las diferentes y estables situaciones de régimen abierto que se contemplan en la legislación penitenciaria, en función de la evolución personal del penado (art. 84.2 RP), así como, final y ocasionalmente, a su libertad condicional, aún con la posibilidad de su retroacción en la eventualidad de incumplirse la condición fijada para su concesión.

2. Además de los permisos extraordinarios fijados por razones de humanidad en el artículo 47.1 de la LOGP, los permisos ordinarios que se han descrito vienen contemplados en el número 2 del mismo artículo. Dispone el artículo 47.2 de la LOGP: "*Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta*".

Por su parte, el artículo 154 del RP prescribe que " 1. *Se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta*."



2. Los límites máximos anuales de treinta y seis y cuarenta y ocho días de permisos antes señalados, se distribuirán, como regla general, en los dos semestres naturales de cada año, concediendo en cada uno de ellos hasta dieciocho y veinticuatro días, respectivamente.

3. Dentro de los indicados límites no se computarán las salidas de fin de semana propias del régimen abierto ni las salidas programadas que se regulan en el artículo 114 de este Reglamento, ni los permisos extraordinarios regulados en el artículo siguiente".

3. Tres son las exigencias que fija el precepto para la concesión de los permisos ordinarios: que el penado se encuentre clasificado en segundo o tercer grado penitenciario; que haya extinguido la cuarta parte de la condena; y que no se observe en su comportamiento una mala conducta.

Siendo claro que los dos primeros requisitos presentan una naturaleza objetiva, por ser exigencias dependientes de elementos inmutables para cualquier observador externo, la ausencia de mala conducta es una exigencia subjetiva o valorativa que se nutre de múltiples vectores de ponderación. Y a diferencia de lo que sostiene el Ministerio Fiscal, el legislador no ha priorizado ninguno de esos criterios de evaluación de conducta, hasta el punto de constituirlo como una exigencia " *sine qua non*" para que el comportamiento del penado pueda ser evaluado como idóneo para la concesión de permisos.

La regulación referida a los permisos penitenciarios ordinarios anteriormente expuesta, no refleja que quienes tengan un expediente disciplinario activo estén privados de su disfrute, sino que fija un condicionante (*ausencia de mala conducta*) con un contenido semántico que, aunque evidentemente vinculado con el comportamiento disciplinario, no es su equivalente. Dicho de otro modo, la " *ausencia de mala conducta* " no desaparece, necesaria y automáticamente, por la mera existencia de un expediente disciplinario activo. El artículo 156 del RP dispone que la concesión de permisos ordinarios precisa de un informe del Equipo Técnico que, eludiendo cualquier exigencia objetiva, se dice que será desfavorable " *cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento*". De este modo, es el Equipo Técnico el que evalúa la trascendencia que la falta disciplinaria tiene en la evolución del comportamiento del interno, en una valoración que exige de la contemplación del resto de parámetros concurrentes. La naturaleza y circunstancias del delito perpetrado en su día; la duración y evolución que el tratamiento penitenciario hubiera tenido hasta la comisión de la infracción; la incidencia o relevancia de la infracción disciplinaria tenga en la evolución hasta entonces observada; la mejora o el perjuicio que pueda derivarse para el tratamiento por la privación del permiso; la incidencia que la falta disciplinaria puede tener para un pronóstico de eventual reiteración; o el tiempo que reste para que el penado, por cumplimiento de la pena, haya de ser necesariamente puesto en libertad; considerando siempre el perfil delictivo del penado; son algunos de los elementos fundamentales que coexisten con el precedente disciplinario a la hora de evaluar la conveniencia del permiso.

Por otro lado, el artículo 262 del RP excluye que una sanción cancelada pueda influir en una valoración disciplinaria del interno. El precepto establece que: " *La cancelación de la anotación de las sanciones lleva aparejada la de las faltas por las que se impusieron y situará al interno, desde el punto de vista disciplinario en igual situación que si no hubiere cometido aquéllas*". En todo caso, el precepto no fija la realidad contraria, esto es, no existe una previsión " *ex lege*" de que la persistencia del expediente comporte la inidoneidad automática para la concesión de permisos, por más que surja como un elemento singularmente indicativo del comportamiento del penado y de su trayectoria en el tratamiento.

En otro orden de análisis, el artículo 233.2 RP dispone que las faltas graves tipificadas en el artículo 109 del mismo reglamento son susceptibles de sancionarse: con aislamiento en celda, con limitación de las comunicaciones orales, con privación de paseos y actos recreativos, o con la privación de permisos de salida por tiempo de hasta dos meses. Por su parte, las faltas muy graves son sancionables con aislamiento en celda (art. 233.1).

El Reglamento Penitenciario añade que los expedientes por falta muy grave o grave serán cancelados (art. 260 RP) a los seis meses y tres meses, respectivamente, desde la fecha de cumplimiento de la sanción.

Ciertamente, si la existencia de un expediente no cancelado entrañara necesariamente la privación de la posibilidad de obtener los permisos ordinarios previstos en el artículo 47.2 del RP, la comisión de una falta grave, o muy grave, comportaría la imposición efectiva e ineludible de sanciones acumuladas distintas o más graves que aquellas que resultan directamente impondibles. En tal coyuntura, por más que las reglas de proporcionalidad y acomodación a la naturaleza de la infracción hubieran justificado la imposición de una sanción menor de limitación de comunicaciones orales o de privación de paseos o actos recreativos, se estaría añadiendo una sanción solapada y de gravamen, cual sería la privación de permisos por el tiempo de



duración de la sanción realmente impuesta y otros tres meses más, que sería el tiempo que mediaría hasta la cancelación del expediente. Supondría también la privación de permisos de salida -y por tiempo de seis meses- para quienes fueran sancionados y hubieran cumplido la sanción de aislamiento en celda por falta muy grave. Y, en la eventualidad de que la Comisión Disciplinaria hubiere entendido que la sanción adecuada a imponer por una falta grave fuera la privación de permisos, por más que se fijara una duración que la ley limita al máximo de dos meses, en realidad, lo que se estaría imponiendo es una sanción por ese tiempo, más los otros tres meses que habrán de transcurrir hasta la cancelación del expediente.

Lo expresado no sólo modifica el contenido intrínseco de la sanción, contrariando el principio de legalidad que le sujeta, sino que desdibuja y aplanan el principio de graduación de sanciones que recoge el artículo 234 del RP, al indicar que: "*En cada caso concreto, la determinación de la sanción y de su duración se llevará a efecto atendiendo a la naturaleza de la infracción, a la gravedad de los daños y perjuicios ocasionados, al grado de ejecución de los hechos, a la culpabilidad de los responsables y al grado de su participación en aquéllos, así como a las demás circunstancias concurrentes*".

Finalmente, el análisis teleológico de las funciones específicamente atribuidas a los instrumentos que contemplamos conduce a la misma conclusión. El régimen disciplinario de los reclusos está dirigido a garantizar la seguridad y el buen orden regimental. Pretende una convivencia ordenada en los centros penitenciarios, estimulando el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocontrol de los internos (art. 231 RP). Aunque es seguro que estas exigencias inciden en el comportamiento de los penados para su posterior vida en libertad, el régimen penitenciario no presenta un objetivo coincidente con el tratamiento penitenciario. Mientras aquel opera como presupuesto necesario para la realización de los fines de la actividad penitenciaria (art. 231 RP), el tratamiento penitenciario presenta una finalidad exclusivamente resocializadora y que requiere de múltiples actividades que son moduladas en un proceso largo y complejo de formación, reforzándose su seguimiento y sus resultados con beneficios y permisos penitenciarios que son concedidos en momentos y circunstancias evaluados como particularmente operativos para la finalidad que el tratamiento persigue (art. 110 y ss del RP). Es innegable que la adecuación del comportamiento del penado a las exigencias del régimen interno de la prisión es un marcador de la eficacia que en él tiene el tratamiento penitenciario. En todo caso, la diferente naturaleza y la distinta intensidad que ofrecen las diferentes infracciones disciplinarias posibles, no sólo resultaría contradictorio con llevar aparejada una privación de permisos penitenciarios siempre idéntica, sino que sería incompatible con la contemplación individualizada del tratamiento penitenciario. Considerar que, cualquiera que sea la sanción disciplinaria, producirá el mismo efecto en el tratamiento penitenciario, en un elemento de singular importancia incentivadora y de prueba como son los permisos, arruina la necesaria exigencia de que el tratamiento penitenciario pueda adaptarse a las circunstancias de evolución del penado en cada periodo de cumplimiento de su pena. Como se ha dicho, el tratamiento penitenciario exige reacciones al comportamiento puntual del interno, pero que puedan ajustarse y resulten acordes con su evolución. Los mecanismos propios del tratamiento penitenciario (y la concesión o denegación de permisos forma parte de ellos), deben acomodarse a la singularidad de su propia evolución. Los instrumentos orientados a obtener un mejor pronóstico de resocialización, no pueden operar adecuadamente si se aplican de una manera automática y plana, ignorando las particularidades del tratamiento en el que van a operar. Como se dijo anteriormente, su aplicación reclama que se contemple el tiempo que el penado lleva sometido al tratamiento; el esfuerzo apreciado en su desarrollo o los contextos en los que sobrevino el fracaso; e, incluso, el tiempo que reste hasta la ineludible puesta en libertad del interno por cumplimiento completo de la pena privativa de libertad impuesta.

Y estas infundadas perturbaciones al tratamiento individualizado se potenciarían en la medida en que la interpretación que se ofrece en el recurso, no sólo excluiría la posibilidad de conceder permisos de salida hasta que se cumplan los tres o seis meses que el artículo 260 del RP fija para la cancelación de las faltas graves o muy graves, sino que también cerraría la posibilidad de establecer salidas programadas para el interno.

CUARTO.- Se reclama además un pronunciamiento casacional que, en unificación de doctrina, proclame que el requisito de la *ausencia de mala conducta* por sanciones no canceladas sólo podrá filtrarse a la fecha del acuerdo de la Junta de Tratamiento, siendo irrelevante una cancelación de sanciones acaecida, de forma natural, por el mero transcurso de los plazos legales entre dicho acuerdo y la resolución judicial que se dicte, pues la revisión de la legalidad del acto administrativo no alcanza a modificar los presupuestos fácticos que le sirvieron de base. También que se proclame que cualquier variación suscitada en torno al requisito de la buena conducta tras el acuerdo de la junta de tratamiento, que pudiera hacer desaparecer o reaparecer la exigencia, deberá documentarse en el expediente penitenciario y, previo a resolver, someterlo a contradicción de las partes.

La petición es aquí claramente oportuna, puesto que la resolución que se impugna basó su decisión en que concurrían los requisitos del artículo 47.2 de la LOGP en el momento de resolverse el recurso de apelación,



mientras otras resoluciones proclaman que el juicio de suficiencia de las exigencias legales debe referirse al momento de la denegación del permiso que es objeto de impugnación.

1. La cuestión fue resuelta con carácter general en nuestra sentencia 308/2012, de 27 de abril, pretendiéndose aquí, tras lo expuesto en el fundamento anterior, que se concrete el momento para la valoración del requisito de la *ausencia de mala conducta* cuando se decide en alzada sobre los permisos ordinarios del artículo 47.2 de la LOGP.

Contemplando la concesión en apelación de un permiso penitenciario denegado en la instancia, decíamos en aquella resolución: "no es inusual que en el curso de trámites jurisdiccionales como el que afecta al ahora implicado se produzcan circunstancias relevantes en la evolución del tratamiento, dignas de tenerse en cuenta a los efectos de la decisión.

Está fuera de duda que, desde un punto de vista legal y de dogmática procesal, el recurso de apelación, por principio, debe versar sobre el mismo objeto que lo hubiera sido de la resolución apelada; pues, de otro modo, el juicio correspondiente no sería, en rigor, el propio de la segunda instancia y tampoco el tribunal competente operaría como un órgano de esta naturaleza. Por tanto, es claro que, como regla, es esta la que debe regir y conforme a la que debe decidirse en este caso.

Ahora bien, es asimismo evidente que un régimen procesal de Vigilancia Penitenciaria, para ser funcional a su objeto y al propio cometido constitucional del tratamiento de los internos en centros de esa índole, necesita adecuarse con razonable flexibilidad al ritmo de este, para no volverse, paradójicamente, contra su objeto.

Por ello, en este marco, aun debiendo prevalecer por norma la lógica propia de la apelación convencional; no debe perderse de vista que el Juez de Vigilancia, como también la Audiencia Provincial juzgan sobre la regularidad formal del acto administrativo; pero, al mismo tiempo, con su actuación, están incidiendo en la ejecución de una sentencia condenatoria, esto es " *haciendo ejecutar lo juzgado* " (art. 117,3 CE). Algo que, excepcionalmente, puede reclamar la consideración de incidencias sobrevenidas en la evolución del interno, de las que no cupiera prescindir en el caso concreto, so pena de hacer inútil, por extemporánea o sin objeto, la decisión.

Naturalmente, para que esto se produzca, será preciso que a la incuestionable importancia de la circunstancia emergente que haga imprescindible su examen, se una la posibilidad de abordarla contando con todos los datos relevantes al respecto, porque se hayan aportado o, incluso, porque se reclamen. Además, por razón de garantía de todos los derechos en presencia, ese examen tendrá que hacerse en el respeto del principio de contradicción, esto es, con audiencia de todas las partes implicadas. La propia Ley de E. Criminal, al tratar del recurso de apelación contra las sentencias del Juez de lo Penal, en el procedimiento abreviado (art. 790.3) permite someter al órgano de la segunda instancia elementos de juicio que no pudieron ser tratados en la primera. Previendo un supuesto que guarda patente analogía con el que ha dado lugar a este recurso".

Con tal fundamento, nuestra sentencia estableció el criterio de que: "en la resolución de los recursos de apelación contra autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria deberá estarse a los datos o circunstancias sometidos a la consideración de este; sin perjuicio de que, excepcionalmente, de haberse producido durante el trámite del recurso incidencias propias del tratamiento del interno que fueran relevantes para la decisión, estas puedan ser examinadas contradictoriamente y tenidas en cuenta para dictarla".

2. Desde esa consideración general, y como pretende el Ministerio Público, debe concluirse que el simple transcurso del tiempo prefijado en el Reglamento Penitenciario para la cancelación de las sanciones disciplinarias, como sucedería también con el transcurso del tiempo que falte para el cumplimiento del primer cuarto de la condena también exigido en el artículo 47.2 LOGP y 154 del RP, son presupuestos de hecho que se contemplaron necesariamente en la resolución impugnada, de modo que carecen de una naturaleza excepcional que justifique la consideración de su concurrencia al tiempo del recurso de alzada, siempre que fueran correctamente computados en la decisión que se impugna.

Por otro lado, considerando que la valoración de conducta para la concesión de los permisos ordinarios previstos en el artículo 47.2 de la LOGP, es de completa apreciación subjetiva por las razones expuestas en el fundamento jurídico anterior, aquellas variaciones (diferentes del mero transcurso del tiempo) que se susciten tras el acuerdo de la Junta de Tratamiento y que puedan influir en el requisito de la *ausencia de mala conducta*, haciendo desaparecer o reaparecer la exigencia, deberán documentarse en el expediente penitenciario y, previo a resolver, habrán de ser sometidas a la contradicción de las partes.

QUINTO.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

Vistos los precitados argumentos jurídicos,



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimar parcialmente el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 2 de febrero de 2018 , en el sentido de considerar parcialmente incorrecto el criterio mantenido por el referido auto dictado en su recurso Apelación Juzgado Vigilancia 85/2018 , y en consecuencia declarar:

1.º. El requisito de *ausencia de mala conducta* exigido para la concesión del permiso ordinario penitenciario contemplado en el artículo 47.2 de la LOGP , es un presupuesto de ponderación técnica a partir de todas las circunstancias que hacen referencia al comportamiento y actitud del interno, así como a su implicación en el tratamiento y en el régimen penitenciario que le resulte aplicable. Por ello, cumplida la sanción de privación de permiso por el tiempo que haya sido impuesta, la mera existencia de sanciones graves o muy graves sin cancelar, no comportará la carencia del requisito si se aprecian otras razones objetivas que fundamenten su concurrencia.

2.º. En los casos en los que la falta del requisito de adecuada conducta responda exclusivamente a la existencia de sanciones graves o muy graves sin cancelar, el simple transcurso del tiempo prefijado en el Reglamento Penitenciario para la cancelación de las sanciones disciplinarias, en los casos en los que hubiera sido correctamente computado en la decisión que se impugna, es un presupuesto de hecho ya contemplado en la resolución, de modo que carece de la naturaleza excepcional que permitiría considerar su concurrencia al tiempo del recurso de alzada.

3.º Cuando la falta del requisito de adecuada conducta, más allá de la simple existencia de sanciones penitenciarias sin cancelar, responda a la ponderación de esa y otras circunstancias diversas, la resolución de los recursos de apelación contra autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria también habrá de estar a los datos o circunstancias sometidos a la consideración de éste; sin perjuicio de que, excepcionalmente, de haberse producido durante el trámite del recurso incidencias propias del tratamiento del interno que fueran relevantes para la decisión y que no hubieran sido inicialmente contempladas, puedan ser examinadas en la alzada, siempre tras un debate contradictorio entre las partes intervinientes en el recurso.

Se declaran de oficio las costas causadas en la tramitación del recurso.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina