



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

**MÁSTER EN ABOGACÍA**

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

---

**ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 100.2 DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO COMO  
EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD EN LA CLASIFICACIÓN  
PENITENCIARIA.**

**ANÁLISE DO ARTIGO 100.2 DO REGULAMENTO PENITENCIARIO COMO  
EXPRESIÓN DO PRINCIPIO DE FLEXIBILIDADE NA CLASIFICACIÓN  
PENITENCIARIA.**

**ANALYSIS OF ARTICLE 100.2 OF THE PENITENTIARY REGULATIONS AS AN  
EXPRESSION OF THE PRINCIPLE OF FLEXIBILITY IN PENITENTIARY  
CLASSIFICATION.**

---

**Curso 2022 – 2024**

*Alumna: Alba Vieito Sánchez  
Tutora: Dra. Luz María Puente Aba*

# ÍNDICE

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS</b> .....	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>4</b>
<b>I. LA CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA ACTUAL</b> .....	<b>5</b>
I.1 DEFINICIÓN.....	5
I.2 NATURALEZA Y FINES. EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA.....	6
I.3 EL PROCEDIMIENTO DE CLASIFICACIÓN INICIAL .....	9
I.4 GRADOS DE CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA .....	10
<i>I.4.1 EL PRIMER GRADO</i> .....	<i>11</i>
<i>I.4.2 EL SEGUNDO GRADO</i> .....	<i>13</i>
<i>I.4.3 EL TERCER GRADO</i> .....	<i>14</i>
<i>I.4.4 LA LIBERTAD CONDICIONAL</i> .....	<i>16</i>
<b>II. EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD PENITENCIARIA. ACERCAMIENTO AL ARTÍCULO 100.2 DEL RP</b> .....	<b>19</b>
II.1 ORÍGENES .....	19
II.2 NATURALEZA.....	20
<i>II.2.1 EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD COMO INSTRUMENTO PROPIO DE LA CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA</i> .....	<i>20</i>
<i>II.2.2 EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN DE UN TRATAMIENTO</i> .....	<i>24</i>
II.2.3 POSIBLE CONCLUSIÓN SOBRE EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD.....	25
II.3 REQUISITOS .....	26
II.4 MODALIDADES .....	31
<i>II.4.1 PRIMERA POSIBILIDAD DEL MODELO: PUENTE ENTRE EL PRIMER Y EL SEGUNDO GRADO DE CLASIFICACIÓN</i> .....	<i>31</i>
<i>II.4.2 SEGUNDA POSIBILIDAD DEL MODELO: PUENTE ENTRE EL SEGUNDO Y EL TERCER GRADO DE CLASIFICACIÓN</i> .....	<i>33</i>
<i>II.4.3 TERCERA POSIBILIDAD DEL MODELO: PUENTE ENTRE EL TERCER GRADO DE CLASIFICACIÓN Y LA LIBERTAD CONDICIONAL</i> .....	<i>34</i>
<i>II.4.4 SUPUESTO ESPECÍFICO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 100.2 DEL RP: INSTRUCCIÓN 3/2006, RELATIVA A LA ATENCIÓN PENITENCIARIA DE INTERNOS EN TRATAMIENTO MÉDICO DE ESPECIAL PENOSIDAD</i> .....	<i>35</i>

<i>II.4.5 SUPUESTO ESPECÍFICO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 100.2 DEL RP: INSTRUCCIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS 3/2019 RELATIVA A LAS NORMAS GENERALES SOBRE INTERNOS EXTRANJEROS .....</i>	<i>37</i>
<b>II.5 LUGAR DE CUMPLIMIENTO .....</b>	<b>37</b>
<b>II.6 EL PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN.....</b>	<b>39</b>
<i>II.6.1 LA SOLICITUD Y EL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DEL ARTÍCULO 100.2 DEL RP .....</i>	<i>39</i>
<i>II.6.2 LA POSIBILIDAD DE RECURSO .....</i>	<i>43</i>
<b>CONSIDERACIONES FINALES.....</b>	<b>47</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>50</b>
<b>APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>52</b>
<b>APÉNDICE NORMATIVO .....</b>	<b>53</b>

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

CE: Constitución Española.

CIS: Centro de Inserción Social.

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

JVP: Juez de Vigilancia Penitenciaria.

LOGP: Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Real Decreto: RD.

RP: Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

TS: Tribunal Supremo.

## INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP), implantó en España el sistema de individualización científica, el cual se caracteriza por la importancia del tratamiento penitenciario y la configuración de la ejecución de la pena de prisión según la personalidad del interno; así, la ley contempla tres grados distintos en los que podrá clasificarse al condenado durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Con la aparición del Reglamento Penitenciario (en adelante, RP) en el año 1996 se introdujo el artículo 100.2, que se muestra como una clara expresión del principio de flexibilidad, al permitir la combinación entre elementos de los distintos grados de clasificación penitenciaria.

El objetivo del presente trabajo es analizar las condiciones que justifican la obtención del régimen flexible previsto en el artículo 100.2 del RP, aplicable a todos los penados que requieren de algunas modificaciones regimentales para adaptar su vida en prisión a las necesidades específicas de tratamiento.

Comenzaremos realizando un estudio sobre la clasificación penitenciaria, abordando su definición, naturaleza y fin, el sistema de individualización científica y los distintos grados en los que se divide la clasificación.

Una vez realizado un contexto general sobre la clasificación penitenciaria actual, podremos entrar a analizar el artículo 100.2 del RP, estudiando su naturaleza, los requisitos que impone la normativa penitenciaria para su aplicación, las modalidades de esta figura, y el procedimiento que se debe seguir para su aplicación así como los distintos recursos que se pueden interponer en el ámbito del artículo 100.2 del RP, con el fin de poder reflexionar sobre su utilidad en el sistema penitenciario español.

Como se expondrá más adelante, el porcentaje de penados que cumple su condena en este régimen flexible es elevado y, son muchas las resoluciones que acuerdan su aplicación. Sin embargo, esta figura fue durante mucho tiempo una gran incógnita para nuestro ordenamiento jurídico; por tanto, se intentará demostrar, a través del presente trabajo, que este régimen de vida cumple un papel destacado en la tarea de individualización del tratamiento y, en especial, como instrumento flexibilizador de las condiciones de vida que se aplican a los internos que cumplen su pena clasificados en segundo grado, bajo el modelo de vida propio del régimen ordinario.

# I. LA CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA ACTUAL

## I.1 DEFINICIÓN

Antes de abordar los diferentes aspectos de la clasificación penitenciaria actual, conviene hacer una serie de precisiones en relación con dicho concepto.

En sentido amplio puede hablarse de tres tipos distintos de clasificación general o de tres acepciones diferentes de esta expresión, distinguiéndose entre la clasificación de establecimientos penitenciarios (artículos 6 a 11 de la LOGP), la clasificación interior o separación penitenciaria de los internos y la clasificación de los penados en sentido estricto<sup>1</sup>.

En primer lugar, en referencia a la clasificación de establecimientos penitenciarios, pueden distinguirse tres tipos de establecimientos penitenciarios de carácter general: de preventivos, de cumplimiento de penas y especiales. Los centros de cumplimiento se dividen en cerrados, ordinarios y abiertos. Los establecimientos especiales son de tipo hospitalario, psiquiátricos y de rehabilitación social. En el RP se crean lo que denominan establecimientos polivalentes a los que pueden ser destinados internos de cualquier situación procesal y penitenciaria pero separados en departamentos o módulos diferentes.

En segundo lugar, la clasificación interior o separación penitenciaria de los internos consiste en agrupar a los reclusos, en atención principalmente a sus peculiaridades y condiciones personales, en determinados establecimientos y su división en grupos homogéneos en el interior de los mismos, con el fin de evitar el contagio y la promiscuidad. El artículo 280.2. 9ª del RP establece que una de las funciones del director del establecimiento es decidir la separación interior de los internos. Esta clasificación se suele confundir con la clasificación penitenciaria en sentido estricto; por tanto, para evitar esta confusión o quizá, contribuyendo a incrementarla se regulan ambas en el Título IV del RP bajo el enunciado “De la separación y clasificación penitenciaria”. El Capítulo I de este Título se denomina “Separación de los internos”, y en su único artículo 99, se fijan los mismos criterios generales que establece el artículo 16 de la LOGP. Según este artículo se procederá a la separación penitenciaria, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento.

Como consecuencia de estos criterios:

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ CANO, M.ª I., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 32.

- a) “Los hombres y las mujeres deberán estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen.
- b) Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y en, ambos casos, los primarios de los reincidentes.
- c) Los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos en las condiciones que se determinen reglamentariamente.
- d) Los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento.
- e) Los detenidos y presos por delitos dolosos estarán separados de los que estén por delitos de imprudencia”.

En tercer y último lugar, nos encontramos ante la clasificación penitenciaria en sentido estricto. Podemos definir esta clasificación como la colocación o asignación de los reclusos a uno de varios niveles de custodia o vigilancia a fin de que los riesgos y las necesidades de cada uno se ajusten a los recursos penitenciarios y al régimen de supervisión apropiado.

Es importante destacar la diferencia existente entre la denominación “grado de tratamiento”, utilizada por la LOGP, y el “grado de clasificación” al que se refiere el RP. Son términos “similares” pero no idénticos. Según el artículo 59.1 de la LOGP, el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social; por el contrario, el grado es una de las cuatro clases que componen o constituyen todo el *status* jurídico-penitenciario del interno-penado, propias o características del sistema de individualización científica personal que proclama la LOGP<sup>2</sup>, que trataremos posteriormente en este trabajo.

La importancia de la clasificación se encuentra en que de un conjunto de datos psicológicos, sociales, penales y penitenciarios se va a deducir una conclusión con efectos jurídicos-penitenciarios.

## **1.2 NATURALEZA Y FINES. EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA**

La Constitución Española, en adelante CE, en su artículo 25.2 establece que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social; estos fines deben conseguirse a través del tratamiento penitenciario, que según el artículo 59 de la LOGP consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. El tratamiento penitenciario se efectúa de forma individualizada y, por ello, el artículo 63 de la LOGP determina que después de la observación de cada penado, se realizará su clasificación

---

<sup>2</sup> BONA I PUIVART, R., “Clasificación y tratamiento penitenciario”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* N.º. 33, Madrid, 1995, p. 253.

destinándosele al establecimiento cuyo régimen (normas de convivencia) sea el más adecuado para la ejecución de su programa específico de tratamiento que se haya aprobado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. Por tanto, como hemos visto, la clasificación penitenciaria es la base para la aplicación del tratamiento que posibilita el logro de los fines determinados constitucionalmente en el artículo 25.2 de la CE.

El Código Penal, en adelante CP, establece en el primer inciso del 2 apartado del artículo 3:

“Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”.

En ese artículo se recoge la denominada “garantía de ejecución penal”, en virtud de la cual la forma de ejecución de penas y medidas ha de ser necesariamente la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan. Por otra parte, en su artículo 36.1 determina: “La pena de prisión (...) Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes y en el presente Código”. Este artículo consagra expresamente “el principio de legalidad en la ejecución de la pena de prisión”. De este modo, nos encontramos que ambos artículos nos conducen a la LOGP<sup>3</sup> y ésta en su artículo 72 apartado 1, determina:

“Uno. Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal”.

Por tanto, con la entrada en vigor de la LOGP se sustituyó el sistema progresivo de ejecución de las penas privativas de libertad, donde los grados o periodos tenían carácter objetivo y eran rígidos; y por ello los penados tenían necesariamente que pasar por todos y cada uno de ellos para alcanzar la libertad condicional, por el de individualización científica, regulado en el artículo 72 de la LOGP.

Este sistema parte de la personalidad de cada interno y, se diferencia del sistema progresivo en un aspecto esencial: el interno no tiene por qué empezar el cumplimiento de la condena en un determinado grado para ir avanzando después hasta el grado final; permite al penado ser clasificado en tercer grado inicialmente, o los internos pueden cumplir toda la condena en el mismo grado, incluso si se trata del primero de ellos.

---

<sup>3</sup> También nos dirige a la LOGP de 1979 el artículo 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código penal y en los reglamentos (...)*.



Su finalidad es valorar el comportamiento del recluso en el cumplimiento de la pena de prisión. Este sistema actúa como un modelo más ajustado al Estado de derecho y más adecuado a una ejecución penitenciaria centrada en la evolución personal del interno y, con mayor distancia de los criterios meramente retributivos.

Como hemos visto, la organización general de la ejecución de las penas de prisión en España implica su división en grados. Para ello, el primer paso es la observación del interno, el estudio de distintas variables sobre su historial personal y penal, así como su personalidad y situación sociofamiliar. Este proceso de observación y estudio lleva a la decisión sobre la clasificación del condenado, formulando en base a dichos estudios e informaciones la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda.

La LOGP prevé unas pautas según se proceda a la individualización del tratamiento de penados o preventivos.

En el caso de los preventivos, el objetivo es recoger la mayor información posible sobre cada uno de ellos a través de datos documentales, entrevistas y la observación directa de su comportamiento. Sobre la base de esos datos se decide la separación o clasificación interior, esto es, el destino del interno al departamento o módulo más idóneo en atención a sus características. Ello siempre bajo el respeto al principio de presunción de inocencia que no impide al interno preventivo acceder voluntariamente a actividades de orden educativo, formativo, deportivo o cultural que puedan tenerse en cuenta si finalmente resulta condenado.<sup>4</sup>

En el caso de los penados, una vez recaída sentencia condenatoria, la información anterior ha de completarse con un estudio científico de su personalidad y sobre su base determinar el tipo criminológico, formular un diagnóstico de personalidad crimina y una propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino cuyo régimen sea más adecuado.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> El tratamiento en caso de preventivos lo encontramos regulado en el artículo 64.1 de la LOGP: *La observación de los preventivos se limitará a recoger la mayor información posible sobre cada uno de ellos a través de datos documentales y de entrevistas, y mediante la observación directa del comportamiento, estableciendo sobre estas bases la separación o clasificación interior en grupos a que hace referencia el artículo dieciséis, y todo ello en cuanto sea compatible con la presunción de inocencia.*

<sup>5</sup> El tratamiento en caso de penados lo encontramos regulado en el artículo 64.2 de la LOGP: *Una vez recaída sentencia condenatoria, se completará la información anterior con un estudio científico de la personalidad del observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda.*

### I.3 EL PROCEDIMIENTO DE CLASIFICACIÓN INICIAL

El procedimiento de la clasificación inicial se regula en el artículo 103 del RP, y comienza a partir de la recepción en el Centro penitenciario del testimonio de la sentencia firme condenatoria a pena privativa de libertad<sup>6</sup>.

Desde el ingreso del interno, la Junta de Tratamiento<sup>7</sup> dispone de un plazo máximo de dos meses para elaborar el protocolo de clasificación del interno, que contendrá una propuesta razonada de grado y el programa individualizado de tratamiento, en el que se dará respuesta a las necesidades y carencias detectadas, señalándose los destinos, actividades, programas educativos, trabajos y actividades ocupacionales o de otro tipo que deba seguir el interno. Por regla general, el acuerdo de clasificación es dictado en el plazo de dos meses, prorrogable por otros dos, por el Centro Directivo<sup>8</sup>, que ha de pronunciarse sobre la propuesta de clasificación elaborada por la Junta de Tratamiento.

Si el condenado tiene causas pendientes de preventivo, no se formula propuesta de clasificación inicial, y si recae la prisión preventiva cuando ya ha sido clasificado se deja sin efecto esa clasificación, pasando a estar no clasificado, o lo que es lo mismo, aplicándosele las normas de régimen ordinario (artículo 104. 1 y 2 del RP). Si hay causas pendientes, pero sin haberse decretado prisión preventiva, la clasificación no varía.

En las condenas hasta un año, la propuesta de clasificación formulada por la Junta de Tratamiento de forma unánime no necesitará ser ratificada, salvo que se trate de una clasificación en primer grado, en cuyo caso, ha de resolver el Centro Directivo. Además, en la Orden INT/1127/2010, de 19 de abril, por la que se modifica la Orden INT/985/2005, de 7 de abril, por la que se delegan determinadas atribuciones y se aprueban las delegaciones efectuadas por otras autoridades, se delegan en el director del centro muchas competencias relativas a la ratificación de las propuestas de clasificación como, por ejemplo, la clasificación inicial en segundo grado de condenas superiores a cinco años de prisión,

---

<sup>6</sup> MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad 5ª Edición*, Atelier, Barcelona, 2022, p.149.

<sup>7</sup> La Junta de Tratamiento es el órgano colegiado al que corresponde establecer los programas de tratamiento o modelos individualizados de ejecución penitenciaria y que tiene, entre otras, las funciones de clasificar a los internos en los distintos grados e informar sobre progresiones o regresiones de grado según su evolución, así como la de conceder o denegar los permisos de salida. Esta figura se encuentra regulada en el artículo 272 del RP.

<sup>8</sup> El RP en la Disposición Adicional 4, apartado 1, se recoge que: *1. En el ámbito de la Administración General del Estado, por centro directivo se entiende el órgano de la Administración penitenciaria con rango igual o superior a Dirección General que tenga atribuidas las competencias correspondientes.*

Encontramos las funciones del Centro Directivo en el artículo 79 de la LOGP: *Corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las instituciones que se regulan en la presente Ley, salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria.*

si el acuerdo de la Junta de Tratamiento se tomó por unanimidad y no se trata de internos vinculados a organizaciones terroristas ni de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Una vez se ha notificado tal decisión, contra ella cabe recurso de alzada ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en adelante JVP. Si el JVP desestima el recurso cabe interponer uno de reforma ante el mismo, y si vuelve a ser desestimado, se puede interponer recurso de apelación ante el Tribunal sentenciador.

Todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado, acordadas por el Centro Directivo o por la Junta de Tratamiento, serán notificadas al Ministerio Fiscal dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de su adopción. Este control incorporado al RP es a efectos de posibilitar el recurso ante el JVP por el Ministerio Fiscal<sup>9</sup>.

El artículo 105 del RP determina que, cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente. Este estudio semestral debe concluir con un acuerdo de la Junta de Tratamiento consistente en mantener el grado de la clasificación inicial, progresar o regresar de grado al interno. Estas resoluciones serán notificadas al interno quien podrá acudir en vía de recurso ante el JVP.

#### **I.4 GRADOS DE CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA**

La LOGP desarrolla la clasificación penitenciaria, especialmente en el apartado 1 de su artículo 72, en donde se regula que las penas privativas de libertad se ejecutarán conforme al sistema de individualización científica dividido en grados.

La clasificación penitenciaria de los penados contempla una distinción entre criterios generales y criterios específicos. Los criterios generales que han de ser tenidos en cuenta son<sup>10</sup>:

1. Para la clasificación en 1º grado: peligrosidad extrema e inadaptación a los regímenes ordinario y abierto (artículo 10 de la LOGP).
2. Para la clasificación en 2º grado: normalidad en la convivencia (artículo 102.3 del RP).
3. Para la clasificación en 3º grado: capacidad de vivir en semilibertad (artículo 102. 4 del RP).

---

<sup>9</sup> CASALS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Derecho penitenciario*, Dykinson, S.L, Madrid, 2022, p.187.

<sup>10</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los nuevos criterios de la clasificación penitenciaria”, en *Revista General Derecho Penal* N.º. 8, Iustel, Valencia, 2004, p. 11.

Todos ellos deben ser valorados, según el artículo 102.2 del RP, en función de la personalidad del penado; su historial individual, familiar, social y delictivo, la duración de las penas; el medio social al que retornarán; y los recursos, facilidades y dificultades para el tratamiento.

Ahora analizaremos uno a uno cada grado, viendo los criterios específicos de cada uno y sus complejidades.

#### *1.4.1 EL PRIMER GRADO*

La clasificación en primer grado determina la aplicación de las normas de régimen cerrado, por lo cual los penados han de ser destinados a los establecimientos o departamentos previstos en el artículo 10 de la LOGP; estos son los módulos de régimen cerrado y los departamentos especiales.

El artículo 91 del RP regula dichos módulos:

“1. Dentro del régimen cerrado se establecen dos modalidades en el sistema de vida, según los internos sean destinados a Centros o módulos de régimen cerrado o a departamentos especiales.

2. Serán destinados a Centros o módulos de régimen cerrado aquellos penados clasificados en primer grado que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes.

3. Serán destinados a departamentos especiales aquellos penados clasificados en primer grado que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, Autoridades, otros internos o personas ajenas a la Institución, tanto dentro como fuera de los Establecimientos y en las que se evidencie una peligrosidad extrema”.

Como se puede observar, esta norma establece la aplicación del régimen cerrado en dos supuestos: a los penados calificados de peligrosidad extrema, y en los casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto.

El apartado 2 del artículo 10 de la LOGP establece que también podrán ser destinados a estos establecimientos o módulos especiales aquellos internos preventivos en los que concurran las circunstancias expresadas en el número anterior, entendiéndose que la inadaptación se refiere al régimen propio de los establecimientos de preventivos, dando cuenta a la autoridad judicial correspondiente, que es aquella a cuya disposición está ese preso preventivo.

El artículo 102 del RP, en su apartado 5, establece el conjunto de factores que la Administración penitenciaria ha de valorar para la clasificación en primer grado. Estos son:

1. Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial.
2. Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.
3. Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas.
4. Participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas o coacciones.
5. Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo.
6. Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

De todos estos criterios, las causas más frecuentes que motivan la clasificación en primer grado son las agresiones y enfrentamientos con funcionarios e internos y la acumulación de sanciones disciplinarias.

Debemos traer a colación la Instrucción 9/2007, de 21 de mayo, sobre la Clasificación y Destino de los penados, ya que fija los criterios que deben presidir toda clasificación en primer grado:

- Excepcionalidad. Implica que debe ser entendido como la última solución, cuando no existan otros mecanismos disponibles, dado que se trata de un régimen de vida que intensifica la desocialización y dificulta la integración y la reinserción del interno.
- Transitoriedad. El tiempo que el interno esté en régimen cerrado ha de ser el imprescindible para reconducir sus conductas y actitudes hacia el régimen ordinario, de ahí que resulte imprescindible la intervención activa, intensa y dinámica con este grupo de internos.
- Subsidiariedad. Su aplicación exige destacar las patologías psiquiátricas graves descompensadas que hayan de ser abordadas de forma especializada, lo que implica en todos los casos un análisis diagnóstico de personalidad, que debe realizar el psicólogo, y un informe médico que aborde los aspectos vinculados a la salud mental. Los enfermos mentales no han de estar nunca en primer grado.

Desde la esfera procedimental, las particularidades de este grado de clasificación se pueden sistematizar del siguiente modo<sup>11</sup>:

- a) El plazo máximo para revisar es de tres meses (artículos 92 y 105 del RP).
- b) En el caso de que la Junta reitere por segunda vez la clasificación de primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga por la Central Penitenciaria de Observación. El mismo derecho le corresponderá cuando, encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena. (artículo 105 del RP).
- c) Imposibilidad de que la Junta de Tratamiento clasifique directamente en primer grado (artículo 103 del RP).

#### *I.4.2 EL SEGUNDO GRADO*

Es el grado en el que todos los presos se encuentran clasificados por defecto. Se trata del régimen habitual, el de un interno encerrado en un módulo normal, compartiendo zonas comunes con otros reos, realizando actividades educativas o laborales y saliendo al patio. Pueden disfrutar de permisos de salida de algunos días al año, pero el resto del tiempo permanecen en el interior del centro penitenciario.

Al ser el grado con menos circunstancias específicas de convivencia no hay más concreción que los criterios generales del art. 102.3 del RP<sup>12</sup>. Por lo tanto, su aplicación es sencillamente por exclusión de no presentar circunstancias de primer grado ni de tercer grado. Como forma de vida es el grado más generalizado al comprender los que reúnen sus requisitos propiamente dichos, los preventivos que al no ser clasificados se les aplica el régimen ordinario (artículo 96.1 del RP), los no clasificados todavía pese a estar penados y los penados que tienen otras causas como preventivos (artículo 104.2 del RP).<sup>13</sup>

Es por ello que lo más destacado del régimen de segundo grado es la posibilidad de combinar ciertos aspectos del segundo y tercer grado gracias a la aplicación del artículo 100.2 del RP, del que trataremos más adelante.

---

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ APARICIO, J.M., *Guía práctica de Derecho penitenciario 2021*, Sepin, Madrid, 2021, p. 89.

<sup>12</sup> El artículo 102.3 del RP recoge: 3. *Serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad.*

<sup>13</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario 4ª Edición 2016*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2016, p. 206.

### I.4.3 EL TERCER GRADO

El tercer grado es el régimen de semilibertad caracterizado por la ausencia de controles rígidos, permitiendo su acceso a los internos que gozan de la confianza de la Administración Penitenciaria.

Cuando se tiene un conocimiento de las características particulares del interno, su evolución y las necesidades del reo en sus salidas, se puede aplicar distintos regímenes:

- Régimen abierto: destinado a internos que desarrollan una actividad laboral o a cualquier persona que realice tareas domésticas en el domicilio, atendiendo especialmente a los casos con familiares dependientes (menores, ancianos o enfermos)<sup>14</sup>.
- Régimen abierto restringido: destinado a internos con algunas características especiales como sus antecedentes penales, enfermedades psíquicas, presos que no disponen en el exterior de un apoyo familiar o social, entre otras. Esta modalidad se caracteriza por la restricción horaria respecto al régimen general.
- Unidades dependientes: son edificios en el exterior del Establecimiento Penitenciario gestionados por instituciones u organizaciones para la formación de los reos tanto en sus capacidades laborales o para el logro de otros objetivos propios del tratamiento penitenciario.
- Unidades extrapenitenciarias: la pena se cumple en un lugar totalmente independiente de la penitenciaría con autorización del Centro Directivo, para tratamientos específicos de deshabituación de drogodependencia u otras adicciones.
- Medios telemáticos: los horarios que deberían cumplir en el centro penitenciario se realizan por medios telemáticos u otros mecanismos de control, de tal modo que el penado puede estar en su domicilio.

Para acceder a la clasificación en tercer grado existen dos formas: o bien mediante la clasificación inicial, o bien por progresión cumpliendo los requisitos necesarios para ello.

Esta posibilidad de acceder al tercer grado de forma directa desde el inicio de la condena<sup>15</sup> es idónea para los internos que tengan un buen nivel de integración social, pues evita la desestructuración que supondría entrar en prisión, o para personas que están siguiendo tratamientos específicos en el exterior (como una deshabituación de las drogas), que serían suspendidos al ingresar en un centro cerrado <sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Aunque el RP en su artículo 82.2 se refiere únicamente a las mujeres, se aplica también a los hombres. En 2015 se aprobó un Informe del Consejo General del Poder Judicial donde se trataba este tema, tomando como referencia el principio de igualdad. ([https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1136541](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1136541))

<sup>15</sup> Se aprobó en 2020 la Instrucción 6/2020, en donde se regula el Protocolo de ingreso directo al medio abierto.

<sup>16</sup> FERRE OLIVE, J.C., en *Revista Penal N.º.36*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 60-63.

Sin embargo, la posibilidad de acceder inicialmente al tercer grado se ha visto reducida por la aparición del periodo de seguridad que a continuación detallaré.

Tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la clasificación en tercer grado pasó a ser mucho más difícil por la incorporación de nuevos y estrictos requisitos como el periodo de seguridad y el pago de la responsabilidad civil, que se añadieron tanto en el CP como en la LOGP, lo que tiene una gran trascendencia ya que se trata del paso necesario para acceder a la libertad condicional. La Ley Orgánica 5/2010, 22 de junio, de modificación del CP, suavizó la rigidez inicial del periodo de seguridad, estableciendo dos modelos: uno general para todo tipo de delitos en el que pasa a ser facultativo, cuando antes era imperativo, y otro específico para una relación de delitos en los que sigue siendo imperativo.

El artículo 36.2 del CP regula el mencionado periodo de seguridad y recoge la posibilidad de aplicar el régimen general sin necesidad de exigir este periodo de seguridad, para lo que ha de hacerse del penado un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorar las circunstancias personales y la evolución del tratamiento reeducador.

Este periodo de seguridad es obligatorio, sin excepción, para los internos condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, delitos del artículo 183 del CP y delitos del Capítulo V del CP, de los delitos contra la libertad sexual, cuando la víctima sea menor de trece años. Además, para que estos condenados accedan al tercer grado por progresión se exige que muestren signos inequívocos de abandono de fines y medios terroristas, una colaboración activa con las autoridades impidiendo la producción de otros delitos por parte de la banda armada u organización o ayudando a capturar a compañeros anteriores.

En cuanto a la segunda novedad, la responsabilidad civil, el artículo 72.5 de la LOGP añade que para la progresión o clasificación en tercer grado se debe haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. El sentido del precepto penal se dirige a valorar el esfuerzo en la reparación, el compromiso futuro y no sólo el pago efectivo, por eso el órgano que ha de evaluar los criterios valorativos ya no va a ser el JVP, sino las Juntas de Tratamiento. El hecho de que el interno no pague no implica la regresión automática, por ello la Junta valorará criterios como la conciliación o mediación entre agresor y víctima, la primariedad delictiva, el apoyo familiar o la asunción del delito, para así evitar una discriminación entre penados únicamente en base a su capacidad económica. Si, por el contrario, tras esa valoración por la Junta, el interno no ostenta criterios favorables para su progresión, esta se denegará.



Por último, debemos mencionar la posibilidad del artículo 36.4 del CP de la clasificación directa en tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal a enfermos muy graves con padecimientos incurables y septuagenarios que puedan alcanzar a toda pena de prisión, y también a la prisión permanente revisable. La Instrucción DGIP 2/2005 de 15 de marzo aclara que este supuesto especial no está sujeto a la exigencia del periodo de seguridad ya que el artículo 92 del CP exime de los requisitos temporales en el mismo supuesto para la libertad condicional<sup>17</sup>.

#### *I.4.4 LA LIBERTAD CONDICIONAL*

La libertad condicional hasta la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del CP, se consideraba una especie de cuarto grado. Sin embargo, su naturaleza ha cambiado y ahora se trata de la suspensión de la ejecución de la condena que le queda por cumplir a un penado.

La libertad condicional se dirige a sujetos que se encuentran en la última fase de cumplimiento de una pena de prisión recogida en sentencia firme con un pronóstico favorable de no reincidencia. Ante esta situación, se aconseja la posibilidad de adelantar su excarcelación de manera condicionada al cumplimiento de una serie de obligaciones, por ello se puede aplicar a todo tipo de penas, tanto de corta como de larga duración y su concesión es competencia del JVP.

La concesión de la libertad condicional será posible cuando los internos cumplan una serie de requisitos que se detallan en el artículo 90.1 del CP, que establece que:

“1. El juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta.
- c) Que haya observado buena conducta

Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el JVP valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena,

---

<sup>17</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario 4ª Edición 2016*, cit., p. 207.

sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria”.

Si analizamos este artículo, observamos que, en nuestro país, la libertad condicional sigue un modelo “reglado-discrecional” ya que para que su concesión debe concurrir tanto una serie de requisitos objetivos (como que el penado se encuentre clasificado en tercer grado o que se hayan extinguido tres cuartas partes de la pena impuesta), como una serie de requisitos subjetivos vinculados a una buena conducta del penado.

Es importante destacar la existencia de supuestos especiales dentro de la regulación de la libertad condicional, que se encuentran en los artículos 90.2 y ss. del CP.

En primer lugar, la libertad condicional anticipada al cumplir los dos tercios de la condena, recogida en el artículo 90.2 del CP. Es el resultado de la reforma de 2015, y su concesión va vinculada al requisito de desarrollo de las actividades laborales, culturales u ocupacionales, no siendo necesario que estas tareas se hayan realizado de manera continuada<sup>18</sup>.

Están excluidas de su concesión las personas condenadas por terrorismo o delitos cometidos en el seno de una organización criminal.

En segundo lugar, la libertad condicional cualificada recogida en el artículo 90.2 del CP. Esta consiste en el adelantamiento cualificado de la fecha de la libertad condicional, una vez se haya extinguido la mitad de la condena, y hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de la condena. Se concede siempre a propuesta de las Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes.

---

<sup>18</sup> También se encuentra regulado en el artículo 205 del RP como un beneficio penitenciario: *Las Juntas de Tratamiento de los Centros penitenciarios, previa emisión de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, podrán proponer al Juez de Vigilancia competente el adelantamiento de la libertad condicional para los penados clasificados en tercer grado, siempre que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena o condenas y que sean merecedores de dicho beneficio por observar buena conducta y haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, conforme a lo establecido en el Código Penal.*

Requiere la realización de actividades, esta vez sí, de manera continuada, además de la participación favorable en programas de tratamiento o de reparación a las víctimas, o desintoxicación, lo que corresponda según el caso concreto.

En tercer lugar, la libertad condicional de internos primarios, regulada en el artículo 90.3 del CP. Esta se aplica a aquellos que cumplen su primera condena en prisión. Esta exigencia no incluye las penas que hayan sido suspendidas o sustituidas, ya que se refiere estrictamente a primera vez en prisión. La existencia de antecedentes penales será valorada por el JVP, pero no será un dato vinculante. Requiere, además, que la pena de la que se trate sea inferior a 3 años, con la posibilidad de tener la libertad condicional cuando se cumpla la mitad de la condena.

Esta modalidad se enfrenta con el problema de que el CP recoge que la libertad condicional debe ser mínimo de dos años, aunque el tiempo que quede por cumplir sea menor. Si estamos ante el supuesto en que los primarios tienen una pena de 3 años, cuando cumplan la mitad, les queda 1 año y medio, si les imponen 2 años de libertad condicional, al final es más ventajoso para estos seguir calificados en tercer grado.

De nuevo son excluidos los condenados por terrorismo o delitos cometidos en el seno de una organización criminal, más los condenados por delitos contra la libertad e intimidad sexual, según lo dispuesto en el artículo 90.3 último párrafo del CP.

En siguiente lugar, la libertad condicional para mayores de 70 años y enfermos muy graves con padecimientos incurables, regulada en el artículo 91 del CP.

Cuando haya peligro patente para la vida, será sin excepciones, por lo que se podrán acoger a ella los terroristas y los condenados por delitos en el seno de una organización criminal, eso sí, con la presencia de un informe de pronóstico final favorable, donde valoran su peligrosidad y su capacidad de reincidencia.

En cuanto a la libertad condicional para casos de delincuencia organizada o terrorista, contemplada en el artículo 90.8 del CP, el penado debe mostrar, para su concesión, signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios de actividades terroristas previéndose como vía la declaración de repudio, y haber colaborado con las autoridades en la misma forma que se exige para la obtención del tercer grado. El régimen general de cumplimiento para que se les conceda la libertad condicional será cumplir siete octavas partes, así lo recoge el artículo 78,2, párrafo 2ºb del CP.

Es conveniente mencionar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y la adopción de la libertad condicional, cuya regulación se sitúa en el artículo 90.3 del CP, donde los

requisitos y el procedimiento son especiales y distintos, están previstos en el artículo 78 bis del CP que, sin entrar en detalle debido a la complejidad de esta pena, se centran de nuevo en una exigencia de cumplimiento efectivo mínimo, la clasificación al tercer grado, y un pronóstico favorable de reinserción social.

Y, por último, la libertad condicional de extranjeros condenados, prevista en el artículo 197.1 del RP. Este supuesto se da para que los extranjeros no residentes legalmente en España puedan disfrutar del periodo de libertad condicional en su país de origen, posibilidad que también tienen aquellos españoles que tengan su residencia en el extranjero, siempre que se presten a las medidas de seguimiento y control.

## **II. EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD PENITENCIARIA. ACERCAMIENTO AL ARTÍCULO 100.2 DEL RP**

### **II.1 ORÍGENES**

El principio de flexibilidad vino de la mano del RP; hasta entonces, como ya hemos expuesto en este trabajo, los regímenes penitenciarios contruidos sobre la idea de la progresión entre grados se conformaban por el paso entre estadios estáticos y bien definidos normativamente, sin posibilidad de modelos combinados más allá de los modelos diversificados que en cada grado pudieran contemplarse.

El Preámbulo del RP recoge la voluntad de “profundizar el principio de individualización científica en la ejecución del tratamiento penitenciario”. Y, dentro de las manifestaciones de este fortalecimiento de la idea de individualización científica, el Preámbulo se refiere expresamente al principio de flexibilidad. En concreto, se destaca la posibilidad de adaptación del tratamiento a las necesidades individuales de cada interno “cuyo programa podrá combinar, incluso, elementos de los diferentes grados de clasificación, en las condiciones establecidas en el artículo 100.2, que introduce el principio de flexibilidad”.

Debemos destacar su novedad ya que no podemos encontrar un precedente similar que permita establecer un puente entre los distintos grados de clasificación, ni en la regulación inmediatamente precedente, el RP de 1981, ni en el antecedente a la LOGP<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, Reus, Madrid, 2021, p. 441.

## II.2 NATURALEZA

La naturaleza del principio de flexibilidad es una de las cuestiones más controvertidas y con efectos prácticos muy relevantes.

El debate jurídico se centra en si el artículo 100.2 del RP pertenece al ámbito de clasificación, conformándose como un subgrado de clasificación o si, por el contrario, se integra en el ámbito del tratamiento, como instrumento que permite adecuar el régimen de vida al desarrollo de un programa que, de otra manera, no podría realizarse.

### *II.2.1 EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD COMO INSTRUMENTO PROPIO DE LA CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA*

En primer lugar, vamos a hablar de cómo el principio de flexibilidad puede ser interpretado como un instrumento propio de la clasificación penitenciaria. Una de las razones que pueden apoyar esta interpretación es la ubicación del artículo 100.2 del RP dentro del Título IV, referido a la separación y clasificación de los internos y, en concreto, en su Capítulo II, relativo a la clasificación de los penados. De hecho, este artículo 100.2 del RP, el primero de este capítulo, tiene como título “La clasificación penitenciaria y principio de flexibilidad”. Se puede apreciar en este precepto la voluntad de vincular ambos elementos; ya que el primer párrafo recoge la correspondencia entre los tres grados de clasificación que se cumplen en prisión con los distintos regímenes de cumplimiento que llevan asociados, presentando en su segundo párrafo una excepción a tal correlación: un modelo de ejecución “con el fin de hacer el sistema más flexible”<sup>20</sup>. En el segundo párrafo de este precepto se puede observar cómo el principio de flexibilidad se convierte en el ejemplo de la individualización de la ejecución, puesto que permite romper la rígida estructura de grados para ajustar el modelo regimental de vida a partir de las necesidades del penado, combinando características de varios de los grados establecidos en la LOGP.

En la redacción de este artículo parece observarse la voluntad de incorporación de un instrumento, en materia de clasificación, que permita flexibilizar el sistema para diseñar un modelo de ejecución combinando características propias de los grados recogidos en la LOGP, con el fin de permitir ejecutar

---

<sup>20</sup> El precepto establece lo siguiente: *Clasificación penitenciaria y principio de flexibilidad. 1. Además de las separaciones señaladas en el artículo anterior, tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados. Los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto. 2. No obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.*

un programa específico de tratamiento que, de otra forma, no pueda ser ejecutado<sup>21</sup>. El propio artículo 100.2 del RP se refiere a esta opción como una “medida excepcional” que, como tal, necesitará una ulterior aprobación del JVP. Por tanto, su ámbito de actuación seguramente pretendiera restringirse a supuestos excepcionales, cuyas características o necesidades no permitiera encuadrarlos correctamente en el grado de clasificación y modelo de vida correspondiente a los grados y regímenes tradicionales<sup>22</sup>.

En cambio, la práctica penitenciaria demuestra que no es una medida excepcional. Su uso no tiene correspondencia con el de los tres grados de clasificación, pero su utilización ha ido aumentando con el tiempo hasta convertirse en un instrumento normalizado en el ámbito de la ejecución. Un ejemplo de ello es que cada vez ha cobrado más presencia en diversas Instrucciones de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias como recurso útil para responder a determinadas situaciones específicas. Es el caso, por ejemplo, de su uso para posibilitar el seguimiento de tratamientos médicos de internos enfermos<sup>23</sup>, para posibilitar el trabajo de los internos extranjeros fuera de la prisión<sup>24</sup>, para atender las necesidades específicas de las mujeres o, como respuesta ante el desafío planteado en el sistema penitenciario por la pandemia del COVID-19. Se acude a esta figura, en ocasiones por la Administración, pero en otras por la autoridad judicial en vía de recurso, en casos en los que pesan demasiado los elementos objetivos para la progresión a tercer grado, esto es, en condenas por delitos graves o por ser lejana todavía la fecha de libertad. Sorprende que en varias resoluciones judiciales se estime esta vía como paso previo al acceso al tercer grado en internos que ya han superado el cumplimiento de las tres cuartas partes de su condena, lo que los haría merecedores de su consideración para la libertad condicional, pero sobre los que pesa de manera determinante la naturaleza de los delitos cometidos y su reiteración.

Se reconoce la concesión del artículo 100.2 del RP como un elemento de estímulo para la buena conducta y el seguimiento del tratamiento por el interno o para romper el círculo vicioso que impide progresar a tercer grado a penados que no han disfrutado de permisos. Incluso, esa función de puente hacia un tercer grado ha sido utilizada como situación provisional mientras el interno acreditase la posesión de un puesto de trabajo en el exterior, llegándose a decidir en alguna resolución judicial la progresión directa, sin nueva resolución, a un tercer grado mientras se diese aquella circunstancia.

---

<sup>21</sup> Así lo destaca, por ejemplo, el Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid de 9 de mayo de 2005, al subrayar positivamente cómo el principio de flexibilidad “trastoca todo el sistema, el cual permite romper los rígidos moldes del sistema de clasificación tradicional, permitiendo combinar las diversas características de los grados de clasificación”.

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., p. 443.

<sup>23</sup> Recogido en la Instrucción 3/2006, relativa a la Atención Penitenciaria a internos en tratamiento médico de especial peligrosidad.

<sup>24</sup> Recogido en la Instrucción 3/2019, relativa a las Normas Generales sobre Internos Extranjeros.

Además, y frente a cómo es interpretado en algunas resoluciones el tercer grado, los JVP no se han mostrado desfavorables a considerar su aplicación, aunque el penado tenga un tiempo relevante de condena por cumplir, al considerar que mediante esta figura se respetan los fines de cumplimiento más ligados a la prevención especial y a la individualización de la pena y, también, los resultantes de la retribución y la prevención general. De hecho, en algunas resoluciones judiciales se plantea el artículo 100.2 del RP como una solución intermedia propuesta por el mismo órgano judicial que acuerda la revocación de un tercer grado concedido por la Administración Penitenciaria por la naturaleza del delito o por la duración de la condena.

Es significativo y demostrativo de esa vertiente referida a la clasificación que tiene el principio de flexibilidad, que en el juicio de valoración para la aplicación de esta figura entran en consideración, de forma similar a cómo se hace en el proceso de clasificación, ya explicado en el presente trabajo, las variables y factores individuales del sujeto<sup>25</sup>.

En consecuencia, el principio de flexibilidad operaría como un estadio intermedio que, a modo de puente, facilitara el paso de un régimen más restrictivo a uno menos. Y, conformaría un puente que posibilite una transición más controlada entre el segundo y el tercer grado de clasificación. De esta manera, priorizando su vertiente relacionada con la clasificación, se ha llegado incluso a sostener que el principio de flexibilidad “puede llevar a concluir la existencia de una cuarta modalidad del régimen que podríamos llamar mixta y variable y que vendría a complementar a los tres regímenes comunes: ordinario, abierto y cerrado”<sup>26</sup>. Pero, la jurisprudencia penitenciaria ha venido negando que se trate de un nuevo grado diferente a los previstos legalmente <sup>27</sup>.

La Administración Penitenciaria, a través de la Instrucción 9/2007, sobre Clasificación y Destino de los penados, también niega ese carácter de grado intermedio que interactúe dentro del sistema de clasificación. Afirma que es la LOGP quien establece los grados, clasificando a todo penado que no haya accedido a la libertad condicional en uno de los tres grados ya expuestos en el presente trabajo. Se afirma en esta Instrucción que el principio de flexibilidad supone, en cambio, la aplicación de un “programa concreto de tratamiento adecuado a las características específicas del interno y encaminado a la consecución del fin de reinserción” que justifica, al amparo del artículo 71 de la LOGP, la introducción de “determinadas modalidades regimentales propias de un grado distinto de clasificación”.

---

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., p. 452.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./ NISTAL BURÓN J., *Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 616.

<sup>27</sup> Así lo podemos ver en los Autos del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 31 de julio y de 8 de noviembre de 2017.

Ahora bien, la configuración que en la práctica realiza la Administración Penitenciaria se vincula más a su relación con la clasificación y, en concreto, a su conformación intermedia dentro del sistema de grados. Un ejemplo es que se ha articulado su construcción sobre uno de los grados de clasificación, que sirve como base para, con características del grado superior, diseñar el modelo de ejecución combinado en el que consiste el principio de individualización científica. De esta manera, la aplicación del artículo 100.2 del RP siempre está consolidada sobre un grado de clasificación, que será el predominante. De hecho, la citada Instrucción recoge en su Tabla 4, bajo el título “Grados y modalidades del programa de tramitación de grado”, los distintos grados de clasificación, entre los que incorpora las diferentes posibilidades en las que se puede aplicar el artículo 100.2 del RP<sup>28</sup>:

- “Penado en primer grado- artículo 100.2”.
- “Penado en segundo grado- artículo 100.2”.
- “Penado en tercer grado- artículo 100.2”.

Como se puede observar, sobre uno de los grados establecidos en la Ley (primero, segundo o tercero), la Instrucción contempla la aplicación acumulativa del artículo 100.2 del RP.

Por consiguiente, aunque el art. 100.2 del RP habla de modelos combinados, pero no de que el interno deba estar en uno, la práctica lleva a operar a partir de una clasificación base para evitar que el sujeto permanezca en un limbo regimental entre distintos grados de clasificación; de ahí que dé preponderancia a uno de ellos, que es el que marcará los aspectos principales de esa ejecución.

Sin embargo, tal configuración no está exenta de ciertos riesgos en la práctica que deben ser evitados por la Administración y, en su caso, subsanados por el JVP como instancia judicial primaria competente para su autorización.

El primero de esos riesgos sería el de la utilización prioritaria de estas vías intermedias en detrimento de una exigible progresión de grado en aquellos supuestos en los que el sujeto cumpla los requisitos objetivos y subjetivos establecidos para ello. Tal posibilidad entra en conflicto directo con el mandato ya enunciado en el artículo 72 de la LOGP, que prohíbe mantener a un interno en un grado inferior al que corresponde según la evolución de su tratamiento.

El segundo de esos riesgos se situaría en el otro extremo: la utilización del principio de flexibilidad como vía para eludir las estrictas restricciones de acceso al tercer grado incorporadas en 2003 o

---

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., p. 455-456.



incluso sortear la reacción social mediática en aquellos supuestos que, por haber sido centro de los medios de comunicación o por tratarse de delitos graves, han podido suscitar cierta alarma social.

A pesar de estos riesgos, debemos mencionar que para esta figura existe un control judicial primario, puesto que para el artículo 100.2 del RP se requiere la autorización por parte del JVP. Por tanto, cuenta con mayores controles de legalidad que la propia clasificación en un grado superior a aquel sobre el que se constituye su aplicación. Aun con todo, no siempre va a ser sencillo diferenciar en muchos casos el régimen de vida entre un 100.2 del RP y un tercer grado restringido, por ejemplo. A pesar de ello, esa garantía judicial en su concesión, mayor en su aplicación que en la clasificación en tercer grado, salva esta figura de la sospecha de tercer grado encubierto.

### *II.2.2 EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN DE UN TRATAMIENTO*

Una segunda interpretación de este principio de flexibilidad del artículo 100.2 del RP lo vincularía al ámbito tratamental y acercaría esta figura a las salidas tratamentales propias del artículo 117 del RP.

El modelo de ejecución combinado al que da lugar la aplicación del principio de flexibilidad debe estar fundado “en un programa específico de tratamiento que de otro modo no pueda ser ejecutado”; de ahí su carácter excepcional. En cambio, las salidas tratamentales contenidas en el artículo 117 del RP requieren de la “realización de un programa concreto de atención especializada siempre que este sea necesario para su tratamiento y reinserción social”. Si leemos ambos preceptos parece no coincidir el concepto de tratamiento en ambas figuras, siendo inicialmente más restrictivo y de carácter terapéutico el de las salidas tratamentales y, en cambio, el del principio de flexibilidad parece un concepto más amplio. Pero algo que sí que tienen en común ambas figuras es que se configuran como medidas excepcionales al sistema ordinario de clasificación y régimen de vida recogido en la Ley y se requiere la autorización del JVP, aunque en el caso del artículo 100.2 es de ejecutividad inmediata<sup>29</sup>.

De hecho, en la práctica judicial, algunos JVP han venido condicionando la aprobación posterior del principio de flexibilidad concedido por la Administración Penitenciaria a la existencia de un programa de tratamiento que, de otra manera, no pueda ser desarrollado. Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de julio de 2004<sup>30</sup> exigía que la propuesta contuviera la descripción del programa específico de tratamiento cuya ejecución resultara imposible sin la medida

---

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., p. 461.

<sup>30</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 3624/2004, de 20 de julio de 2004.

propuesta, explicando de las razones de tal imposibilidad y cuáles son los distintos grados de clasificación a combinar. De esta manera, con la exigencia de estos requisitos, se pretende asegurar que la propuesta de aplicación del artículo 100.2 del RP formulada por la Administración se base realmente en un programa de tratamiento que aborde las necesidades específicas del interno y trate de subsanar sus carencias<sup>31</sup>. Y desde esta posición, no son pocas las decisiones que desestiman la aplicación del artículo 100.2 del RP ante la falta de un programa específico de tratamiento<sup>32</sup>, su falta de concreción<sup>33</sup>, o incluso ante la baja en el programa de tratamiento previamente seguido por el penado<sup>34</sup>.

### *II.2.3 POSIBLE CONCLUSIÓN SOBRE EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD*

Una vez expuestos ambos planteamientos, considero que no son completos individualmente, sino que tenemos que entender que el principio de flexibilidad presenta una naturaleza mixta. No deja de ser una clasificación, puesto que encaja en el sistema de individualización científica construido en grados y juega, en ese sentido, un importante papel como puente intermedio en el proceso de progresión de grado, pero, también tiene una vertiente tratamental, ya que su aprobación depende de la existencia de un programa específico de tratamiento que fundamente su adopción. A su vez es una instrucción doblemente híbrida, porque permite la articulación de una clasificación con características de varios grados<sup>35</sup>.

Desde esta interpretación dual, se puede afirmar que el principio de flexibilidad presenta una doble proyección:

- Hacia el presente, con el diseño de un modelo individualizado a las características y necesidades del interno.
- Hacia el futuro, en tanto actúa como pasarela hacia la progresión de grado de tratamiento.

Ambas dimensiones son reconocidas en la Instrucción 9/2007, sobre Clasificación y destino de los penados. En su vertiente hacia el presente, la Instrucción vincula la utilización del artículo 100.2 del RP a la necesidad de aplicar un programa concreto de tratamiento adecuado a las características específicas del interno y encaminado a la reinserción. En cuanto a su vertiente futura, como puente hacia una progresión de grado, la Instrucción subraya el carácter finalista del artículo 100.2 del RP a partir de la vinculación de este modelo de ejecución combinado con la existencia de un programa de

---

<sup>31</sup> JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2016, p. 142.

<sup>32</sup> Por ejemplo, el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva de 21 de enero de 2014.

<sup>33</sup> Es el caso del Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva de 5 de febrero de 2010.

<sup>34</sup> Es el caso del Auto del Juzgado de Vigilancia Penitencia de Huelva de 28 de mayo de 2010.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., pp. 462-463

tratamiento que lo requiera, en tanto este precepto “configura una situación definida de especial seguimiento encaminada, si los objetos establecidos en el programa llegan a alcanzarse, a una próxima revisión y cambio de grado de clasificación”.

A pesar de lo expuesto, en el momento en que la Administración Penitenciaria lo vincula principalmente a un grado base, hace preponderar la idea de clasificación, pero no llega a perder la vertiente tratamental, ya que se requiere un programa que lo justifique.

### **II.3 REQUISITOS**

La aplicación del principio de flexibilidad requiere la concurrencia de dos requisitos y la ausencia de las condiciones para la progresión de grado.

En primer lugar, vamos a hablar de los dos requisitos necesarios para la aplicación de este principio que son los que nos encontramos regulados en el artículo 100.2 del RP:

- Por un lado, la existencia de un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado.
- Por otro lado, su ulterior aprobación por el JVP; la interpretación de este requisito relaciona una de las cuestiones más controvertidas de esta figura: su posible carácter excepcional.

Empecemos hablando del primer requisito: el artículo 100.2 del RP condiciona esta figura a la existencia de un programa específico de tratamiento. La redacción del texto es la siguiente: “siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado”. La vertiente tratamental del principio de flexibilidad, expuesto en el punto anterior del presente trabajo, explica también que sea el Equipo Técnico, que es el órgano que se encarga de ejecutar los programas de tratamiento, el que pueda proponer a la Junta de Tratamiento la adopción del modelo combinado de ejecución.

Este no llega a ser un elemento diferencial con los tres grados referenciados en el artículo 100.1 del RP, puesto que en la normativa penitenciaria los grados guardan íntimamente relación con el tratamiento. De hecho, determinadas modalidades específicas de tercer grado se fundamentan en la necesidad de seguimiento de un determinado tratamiento. Pero, mientras en el grado el tratamiento está adecuado a las condiciones que marca la modalidad regimental en la que se encuentra el sujeto, en el artículo 100.2 del RP se pretende aliviar esas condiciones regimentales en las que por su grado se encuentra el interno para favorecer la aplicación de un tratamiento que requiere una mayor flexibilidad, propia de la mayor parte de los casos de un grado regimental superior. Por tanto, esta figura supone la priorización del tratamiento frente al régimen de vida propio del grado de

clasificación en el que se encuentra el penado y, con ello, una manifestación de esa idea de la subordinación del régimen al tratamiento recogida en el artículo 71.1 de la LOGP<sup>36</sup>.

Esa necesaria vinculación de la aplicación del artículo 100.2 del RP con la necesidad de desarrollo de un programa concreto de tratamiento aparece también en la Instrucción 9/2007, sobre Clasificación y destino de los penados. De hecho, el formulario-modelo que aporta la propia Instrucción para la propuesta de aplicación del artículo 100.2 del RP por parte de la Junta de Tratamiento contempla bajo el bloque referido al “modelo de ejecución”, la necesidad de identificar el programa específico de tratamiento, sus objetivos y las actividades a desarrollar. Junto a ello, deberán determinarse cuáles son los aspectos propios del segundo o tercer grado que deben ser aplicables al caso, así como las modificaciones necesarias de clasificación interior que deban ser realizadas. Y, bajo el tercer bloque referido al “seguimiento y evaluación”, deberá identificarse la temporalización del programa, y si hay o no una fecha de finalización prevista y, de ser así, la fecha para ello. El programa específico de tratamiento que justifique la adopción del principio de flexibilidad deberá ser remitido al Servicio de Tratamiento del Centro Directivo, debiendo este pronunciarse con carácter previo a su envío al JVP<sup>37</sup>.

Además, la Instrucción 9/2007, sobre Clasificación y destino de los penados, señala que ese programa deberá ser revisado como máximo cada tres meses. Ese plazo debe ser puesto en relación con otros dos plazos significativos recogidos en el ámbito penitenciario:

- La revisión de modalidades regimentales dentro del régimen cerrado, que no superará los tres meses (artículo 92.3 del RP).
- La revisión de la clasificación, que se realizará como máximo cada seis meses (artículo 105.1 del RP).

Puesto que el artículo 100.2 del RP tiene ese carácter finalista ya señalado, y está vinculado a la ejecución de un programa de tratamiento, es fundamental una evaluación continua como elemento relevante de consideración en la propuesta por parte de la Junta de una posible nueva clasificación que implique un paso al siguiente grado o, en su caso y si se trata de un penado clasificado en primer grado, su cambio de modalidad de vida de un módulo cerrado, dejando atrás el departamento especial.

En cuanto a su contenido, la exigencia de un programa de tratamiento que lo justifique permite acoger dos acepciones que el concepto de tratamiento tiene en la normativa penitenciaria, ya como una

---

<sup>36</sup> En este precepto se establece que: *El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.*

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., pp. 464-465

noción más clínica, como la contenida en la LOGP, ya más amplia e integradora, como la establecida en el RP. Si bien la primera acepción, clínica, parece más coherente con la letra del artículo 100.2 del RP, ya que exige que se trate de un “programa específico de tratamiento”, es ese mismo Reglamento el que introduce una concepción de mayor amplitud en el que integra dentro de un concepto más global de tratamiento, además de los programas de actuación especializada, la formación, cultura y deporte o trabajo.

El artículo 100.2 del RP recoge un elemento más con este primer requisito: que el programa de tratamiento que justifica la adopción de un modelo de ejecución combinado no pueda ser ejecutado de otra manera.

Ambas cuestiones, la necesidad del desarrollo de un programa de tratamiento y que este no pueda ser ejecutado de una manera diferente, están en íntima relación con la naturaleza de la figura y, en concreto, con si se trata de una figura o no de carácter excepcional. Es verdad que se trata de una figura cada vez más utilizada en la práctica, pero también que cierta visión restrictiva de algunos JVP, promocionando una aplicación excepcional, ha acabado afectando a la propia Administración Penitenciaria, que fue restringiendo la interpretación de esta figura condicionándola a la existencia de un tratamiento de naturaleza clínica, no aplicando su ámbito de actuación para posibilitar el acceso de un interno al mercado laboral, pese a la importante virtualidad que presenta este precepto en el objetivo de la consecución del pleno empleo en el entorno penitenciario. A pesar de esto, son muy numerosas las resoluciones judiciales de JVP que autorizan la aplicación del artículo 100.2 del RP para facilitar el acceso al mercado laboral<sup>38</sup>y, con ello, la satisfacción de la responsabilidad civil. También se ha llegado a conceder el principio de flexibilidad con la inclusión, sobre un segundo grado, de salidas propias del tercer grado con la finalidad de búsqueda de empleo<sup>39</sup>. No obstante, el desempeño de un trabajo puede llegar a convertirse en una traba, sobre todo en los casos de internos condenados por delitos económicos y/o cuya actividad laboral es en empresas en las que participa, pues en las resoluciones judiciales se ve, en algunas ocasiones, como una forma de alcanzar fraudulentamente el tercer grado. Ahora bien, la restricción de la aplicación del artículo 100.2 del RP a supuestos en los que los internos carecen de formación laboral o de trabajo o que están ante una

---

<sup>38</sup> Por ejemplo, el Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Granada, de 24 de septiembre de 2018 que estima el recurso de alzada aplicando el artículo 100.2 del RP a un interno clasificado en segundo grado contra el acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de continuación en segundo grado, no concediendo por precipitada la clasificación en tercer grado, pero sí la aplicación del artículo 100.2 del RP propuesta en su día por la Junta de Tratamiento “para que pueda desarrollar su actividad laboral. Y, en consecuencia, otorgar al penado salidas laborales, debiendo en todo caso pernoctar diariamente en el centro penitenciario salvo el régimen ordinario de permisos”.

<sup>39</sup> Así se puede ver en el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Tenerife de 24 de abril de 2006 que estima parcialmente el recurso interpuesto por el interno contra el Centro Directivo por no progresión en tercer grado y acuerda mantener la clasificación en segundo grado, pero con aplicación del artículo 100.2 del RP, autorizando las salidas del centro con el horario que se determine por la Junta de Tratamiento para la búsqueda de trabajo en Tenerife bajo control del Servicio Social Penitenciario, así como para el posterior desarrollo de su actividad laboral.

precaria situación económica y, por tanto, su situación debe ser compensada por este mecanismo, supone un gran riesgo de dejar fuera de la misma a un número importante de internos, en los que la realización de un trabajo es un elemento importante en el proceso de normalización que requiere la idea de resocialización<sup>40</sup>.

También se ha aplicado en casos en los que el programa de tratamiento se concretaba en el seguimiento de actividades formativas, incluida la asistencia a la Universidad, o también en la realización de actividades de voluntariado del interno en el exterior. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en adelante TS, hizo un giro hacia un concepto restringido en su Auto de 22 de julio de 2020<sup>41</sup> (caso Forcadell), en el que rechaza como programa de tratamiento sobre el que autorizar la aplicación del artículo 100.2 del RP la realización de voluntariado consistente en el acompañamiento de personas en situación de vulnerabilidad, junto con el cuidado de su madre, al entender que no se vincula con un proceso de reinserción social de la penada. Así, el TS, en resolución de un recurso de casación para la unificación de la doctrina en la Sentencia de 8 de marzo de 2019<sup>42</sup>, afirma que determina “el contenido de una actuación penitenciaria que facilite la rehabilitación del recluso mediante la instrucción, la captación profesional, el trabajo, la asistencia personal o espiritual, la práctica de ejercicios u otros medios que puedan considerarse adecuados al mismo resultado”.

De igual modo, la Fiscalía parece haber acogido este criterio más amplio, pues en las Conclusiones de los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria aprobadas en 2015 se establece que los acuerdos de aplicación del principio de flexibilidad deben concretar los presupuestos materiales de su aplicación, precisando informe de su situación penal y penitenciaria y modelo de ejecución que se propone determinando los aspectos regimentales que se combinan con el correspondiente al grado de clasificación y objetivos tratamentales que los justifican, entre los que cita expresamente: “familiares, educativos, formativos, laborales, etc.”.

Una última cuestión que es necesario tener en consideración respecto a la prevalencia que se le dé a este elemento del tratamiento es la difícil diferenciación del artículo 100.2 del RP con la figura de salidas tratamentales del artículo 117.2 del RP. En ese sentido, algunas resoluciones judiciales se muestran contrarias a la aplicación del 100.2 del RP, que consideran excepcional, existiendo la vía del artículo 117 del RP para el seguimiento de un tratamiento penitenciario fuera de la prisión<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., pp. 466-469

<sup>41</sup> Auto del TS 5672/2020, de 22 de julio de 2020.

<sup>42</sup> Sentencia del TS 859/2019, de 8 de marzo de 2019.

<sup>43</sup> Se puede observar en el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva de 9 de agosto de 2011.

El segundo requisito, como ya vimos, es la necesidad ulterior de aprobación del JVP. Este es un requisito diferencial con el grado de clasificación, puesto que mientras que el procedimiento de clasificación es competencia de la Administración Penitenciaria y el Juez actúa solo ante la interposición de un recurso por parte del Ministerio Fiscal o del interno, la actuación de la Administración en la aplicación del principio de flexibilidad se limita a la propuesta, eso sí, de inmediata ejecutividad, pero es necesaria su ulterior aprobación por el JVP.

Junto a estos dos requisitos, ya señalamos que la aplicación del artículo 100.2 del RP requiere la ausencia de otra condición muy relevante: la imposibilidad de progresión de grado del penado a un grado superior, que le permita el acceso a ese alivio de las condiciones regiminales que le facilite el seguimiento del programa de tratamiento que requiere, ya se trate de una progresión a segundo o tercer grado.

En efecto, ya vimos que el mantenimiento en un grado que al sujeto no le corresponde en función de su evolución tratamental está teóricamente vetado por el artículo 72 de la LOGP. La utilización de la figura del artículo 100.2 del RP para ralentizar la progresión de un penado al grado que le corresponde sería, por tanto, contraria al sistema de individualización científica recogido en la Ley y supondría una merma en las garantías del individuo. Su ámbito de actuación, por tanto, debe quedar limitado, en esa función transaccional de puente, a los supuestos en los que no se dan las condiciones para proceder todavía a la progresión de grado. Puede ser, en primer lugar, porque el penado no cumpla con los requisitos subjetivos recogidos por la normativa penitenciaria para evaluar esa evolución en el tratamiento sobre el que se constituye la progresión de grado (artículo 65.1 y 2 de la LOGP); por ejemplo, porque tiene una personalidad agresiva y a un comportamiento conflictivo y no es posible garantizar la convivencia ordenada sobre la que se constituye el régimen ordinario, o ante la existencia de una adicción no controlada o tratada adecuadamente que no permite otorgar el mayor nivel de confianza que supone la progresión a un régimen de vida en medio abierto. La aplicación del artículo 100.2 del RP permitiría en el primer supuesto, sobre la base de un primer grado de clasificación, la incorporación de ciertos elementos del segundo que posibiliten una mayor convivencia con otros penados durante una serie de horas y/o actividades determinadas y que sirvan de cauce para una próxima progresión a segundo grado una vez se hayan solventado tales problemas que justificaron la clasificación en el grado más excepcional del sistema y, en el segundo, el acceso a algunas salidas propias del tercer grado bien para hacer alguna actividad tratamental relacionada con su adicción en un entorno comunitario o bien para aumentar el tiempo de convivencia familiar bajo su supervisión<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., pp. 472-474.

## II.4 MODALIDADES

Como ya hemos mencionado cuando hablamos de los orígenes de esta figura, el ámbito de aplicación del artículo 100.2 del RP no se restringe al segundo-tercer grado de clasificación, sino que se extiende a los tres grados que se cumplen dentro de la prisión. De esta forma, puede servir para diseñar un modelo de ejecución en el que se combinen elementos del primer y segundo grado y que permitan aliviar la extrema dureza del régimen cerrado y actuar como puente para un acceso progresivo e individualizado hacia el segundo grado de clasificación o bien, a partir de un segundo grado de clasificación, puede servir para incorporar ciertos aspectos propios de la clasificación en tercer grado, en los que se alivien las medidas de seguridad ante una mayor posibilidad de confianza en el penado.

El artículo 100.2 del RP no se refiere en concreto a ambas posibilidades, sino que se limita a hacer una referencia general a la adopción de un modelo de ejecución en el que se combinen aspectos característicos de cada uno de los grados citados en el artículo 100.1 del RP. Así, este primer párrafo, referido a la correspondencia entre grados de clasificación con el régimen de vida: “Los grados serán nominados correlativamente de manera que el primero se corresponda con el régimen en el que las medidas de control y seguridad sean más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto”. Son los “aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados” los que la Junta de Tratamiento podrá decidir combinar en ese modelo de ejecución individualizado que responda a un programa específico de tratamiento.

En el ámbito de la Administración General del Estado es la Instrucción 9/2007, sobre Clasificación y destino de los penados, la que desarrolla ambas posibles combinaciones.

### *II.4.1 PRIMERA POSIBILIDAD DEL MODELO: PUENTE ENTRE EL PRIMER Y EL SEGUNDO GRADO DE CLASIFICACIÓN*

En cuanto a la primera posibilidad del modelo de ejecución individualizado, permite realizar un puente entre el primer y segundo grado de clasificación, el cual consiste en el establecimiento de un modelo de convivencia regimental construido sobre el régimen cerrado, pero con algunas características correspondientes al ordinario<sup>45</sup>.

Realmente esta posibilidad puede actuar de dos formas distintas:

1. Como mecanismo de transición entre el primer y el segundo grado.

---

<sup>45</sup> En los Informes Anuales presentados por la Administración General del Estado por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se recoge que, en 2018 se concedieron 67 artículos 100.2 de este tipo; 142 en 2019; 177 en 2020 y 86 en 2021.



2. Como forma de evitar la clasificación en primer grado de internos que deben ser sometidos a ciertas limitaciones del régimen ordinario.

La Instrucción se refiere principalmente al primero de los supuestos, a la utilización del principio de flexibilidad como una herramienta para aplicarla de manera previa a la progresión de grado de los internos desde el régimen cerrado al ordinario, actuando como una estrategia proclive a consolidar la conducta del penado. Se concretará en aspectos como el pase a otros módulos o la participación en actividades comunes, durante un tiempo que se fijará individualmente y que podrá ir de uno a tres meses. Además, la Instrucción señala que es un mecanismo que puede ser utilizado en el pase a régimen cerrado de un interno de perfil bajo del que se prevea una estancia breve en este tipo de modalidad regimental, de tal manera que puede configurarse para el mismo un programa “atemperado en algunas variables regimentales”, dentro de una estrategia que intente devolverle al régimen ordinario en el menor tiempo posible. Y esta modalidad tiene su reflejo en la Tabla 4 de dicha Instrucción que recoge los grados y modalidades del programa de tramitación de grado, al que describe como “penado en primer grado- art. 100.2” (1. GR.100.2)<sup>46</sup>.

No obstante, hay que tener en cuenta que esta primera posibilidad de aplicación del artículo 100.2 del RP como base para la elaboración de un modelo combinado entre primer y segundo grado, se suma a otro mecanismo que también contempla el RP: la reasignación de modalidades de régimen cerrado, ya que no existe un único modelo regimental del régimen cerrado, como ya se ha expuesto en el presente trabajo, sino que la normativa penitenciaria contempla una diversificación de modelos:

- El correspondiente a los departamentos especiales.
- El previsto para los centros o módulos cerrados.

El artículo 91 del RP, ya mencionado, distingue, como ya hemos visto, entre la modalidad de vida correspondiente en los centros o módulos de régimen cerrado y, de los departamentos especiales. Si bien ambas modalidades de vida se constituyen sobre el aislamiento celular (artículo 90.2 del RP) y se caracterizan por una limitación de las actividades en común de los internos y una mayor vigilancia y control (artículo 10.3 del RP), la modalidad de vida prevista para los departamentos especiales es más dura que la recogida para los centros o departamentos cerrados. Como garantía, el RP establece que la asignación a las modalidades establecidas para el régimen cerrado sea revisada, de tal manera que la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico y tras autorización del Centro Directivo, pueda acordar la reasignación en el sistema de vida pasando al correspondiente centro o módulo cerrado a los internos provenientes de un departamento especial que tengan una evolución

---

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., p. 476.

positiva<sup>47</sup>. Esta asignación de modalidades, que funciona como una progresión interna dentro del propio régimen cerrado, deberá notificarse en un plazo de tres meses, notificándose al interno y anotándolo a su expediente personal.

Por tanto, en esta primera dimensión, el principio de flexibilidad es un instrumento, junto con la reasignación de modalidades de vida en régimen cerrado, que permite relajar los estrictos controles y medidas de seguridad asignados al primer grado y anticipar una forma de vida que propicie el siguiente paso, la progresión al segundo grado y, con ello, el pase a un régimen ordinario de vida.

#### *II.4.2 SEGUNDA POSIBILIDAD DEL MODELO: PUENTE ENTRE EL SEGUNDO Y EL TERCER GRADO DE CLASIFICACIÓN*

La segunda de las posibilidades es la que relaciona esta figura con el medio abierto. De este modo se puede establecer un modelo de ejecución que combine aspectos característicos propios del segundo y tercer grado.

Esta modalidad permite un tránsito más progresivo a la libertad hasta la consolidación de factores positivos, además de posibilitar que los internos pasen un período de prueba en un régimen asimilado más abierto que el ordinario a través de una programación de salidas periódicas en menor número que las que corresponderían al tercer grado<sup>48</sup>.

En tanto el artículo 100.2 del RP se construye sobre un grado de clasificación que le sirve de base, el penado estará clasificado en segundo grado, pero este modelo de ejecución contemplará algunos de los elementos que caracterizan al tercer grado, singularmente alguna de sus salidas, ya las diarias- con un horario más o menos restringido-, ya las de fines de semana, ya una mayor duración de los permisos de salida. Esta es la lectura más coherente con el significado del principio de clasificación, en tanto ese modelo combinado funciona como pasarela entre los grados, desde uno más estricto, que le sirve de base a la clasificación, hacia uno menos restrictivo, del que toma alguna de las características. Obviamente no puede seleccionar todas las del grado superior, puesto que supondría un fraude de ley: en ese caso el paso necesario sería promover una progresión de grado, en virtud con lo establecido en el artículo 72.4 de la LOGP. En la Tabla 4, ya referida, en la que la Instrucción 9/2007, sobre Clasificación y destino de los penados, recoge los distintos grados y modalidades del

---

<sup>47</sup> Teniendo en cuenta, tal y como señala el artículo 92.2 del RP, su interés por la participación y colaboración en las actividades programadas, la cancelación de sanciones o ausencia de las mismas durante períodos prolongados de tiempo y una adecuada relación con los demás.

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., p. 478.

programa de tratamiento, esta opción está recogida como “penado en 2º grado- Art. 100.2” (2. GR.100.2)<sup>49</sup>.

#### *II.4.3 TERCERA POSIBILIDAD DEL MODELO: PUENTE ENTRE EL TERCER GRADO DE CLASIFICACIÓN Y LA LIBERTAD CONDICIONAL*

En la Tabla 4 de la Instrucción 9/2007, sobre Clasificación y destino de los penados, se recoge una tercera opción, a la que no se refiere en su articulado, bajo el nombre de “penado en 3º grado-Art. 100.2” (3. GR. 100.2).

Esta posibilidad, en cambio, no guarda coherencia con la filosofía de esta figura. Por un lado, porque si se extiende esta figura como puente para avanzar al grado siguiente, el próximo es la libertad condicional. Pero esta opción no sería posible, no sólo porque la reforma del CP de 2015 de esta figura le ha quitado la categorización como cuarto grado de la condena, sino porque el artículo 100.2 del RP se refiere expresamente a la combinación de los grados recogidos en el primer párrafo de ese artículo, que vimos que se concretaba en el primer, segundo y tercero. Por otro lado, tampoco parece viable una interpretación en la que se sostenga que la clasificación en tercer grado junto con la aplicación del artículo 100.2 del RP pueda servir como cauce inverso, hacia un segundo grado, porque supondría una vulneración de la normativa penitenciaria en una interpretación además contra el penado, pues no podría por esta vía, menos aún prevista en una mera Instrucción, restringirse las condiciones propias de un régimen abierto al que se accede a través de una clasificación o progresión de grado. Además, de buscarse tal limitación, no sería necesario, puesto que ya está el artículo 82. 1 del RP con el régimen abierto restringido con el que se podría conseguir el mismo efecto buscado de restricción de las condiciones de cumplimiento, particularmente en materia de salidas, que tiene este régimen<sup>50</sup>.

En todo caso se trata de una vía escasamente utilizada por la Administración Penitenciaria<sup>51</sup> y utilizada como respuesta ante determinadas situaciones médicas o regimentales que implicaban una regresión provisional al centro ordinario, pero por un período pasajero hasta que se solventa el problema que dio lugar a su aplicación o se busque un recurso externo más adecuado para el penado,

---

<sup>49</sup>En los Informes Anuales presentados por la Administración General del Estado por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se recoge que, en 2018 se concedieron 1.680 artículos 100.2 de este tipo; 1.225 en 2019; 1.181 en 2020 y 977 en 2021.

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., pp. 479-480.

<sup>51</sup> En los Informes Anuales presentados por la Administración General del Estado por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se recoge que, en 2018 se concedieron 2 artículos 100.2 de este tipo; 4 en 2019; 6 en 2020 y 5 en 2021.

evitando así la regresión de grado, que tendría unas implicaciones negativas mayores y prolongaría el tiempo del penado en esa situación hasta una nueva revisión de la clasificación.

Sin embargo, esta posibilidad carece de encaje adecuado en el artículo 100.2 del RP y no es necesaria, pues la diversificación existente con las distintas modalidades de cumplimiento del tercer grado, a las que viene a sumarse la flexibilización del segundo grado con la aplicación del artículo 100.2 del RP o la posibilidad de establecer limitaciones regimentales por la vía del artículo 75 del RP, hace innecesaria la apertura de otras vías. Y, en caso de ser considerado necesario, debería articularse debidamente su regulación vía reglamentaria.

#### *II.4.4 SUPUESTO ESPECÍFICO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 100.2 DEL RP: INSTRUCCIÓN 3/2006, RELATIVA A LA ATENCIÓN PENITENCIARA DE INTERNOS EN TRATAMIENTO MÉDICO DE ESPECIAL PENOSIDAD*

Junto a todas las posibilidades de aplicación del artículo 100.2 del RP, debemos hablar de un supuesto específico recogido en la Instrucción 3/2006, relativa a la atención penitenciara de internos en tratamiento médico de especial penosidad, con el objetivo de establecer medidas de seguimiento domiciliario para penados que, debido a su enfermedad, están siendo sometidos a determinados tratamientos médicos y evitar así la “penosidad añadida” de la situación de reclusión. Junto a la vía que ya analizamos de aplicación del artículo 86.2 del RP respecto a los penados que ya estuvieran clasificados en tercer grado, esta Instrucción incluye la posibilidad de aplicación del artículo 100.2 del RP como forma de flexibilizar el sistema de clasificación de grados “permitiendo incorporar elementos de un grado distinto a aquel en el que se encuentren clasificados, con el fin de que no se frustre la realización de un programa de tratamiento que, de otra forma, no podría ejecutarse”<sup>52</sup>.

Para ello, prevé que, en el caso de un interno clasificado en segundo grado, que esté sometido o deba someterse a un tratamiento médico que suponga una especial penosidad<sup>53</sup>, tras el informe médico, mediando el consentimiento por escrito del interesado, al Director del Establecimiento, este incluya en el orden del día de la primera Junta de Tratamiento la posibilidad de articular dos vías: ya la progresión al tercer grado, ya la aplicación del principio de flexibilidad del artículo 100.2 del RP “a los efectos de poder aplicar las previsiones contenidas en el citado artículo 86.4 del RP, en función del conjunto de las circunstancias concurrentes en el caos”. La propuesta de aplicación del artículo

---

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., pp. 480-481.

<sup>53</sup> Entre los que la Instrucción cita expresamente la quimioterapia antitumoral, las personas con trasplante reciente o la rehabilitación de parapléjicos. Señala también como vías más adecuadas para los supuestos de atención médica caracterizados por la brevedad de su duración o por la naturaleza del pronóstico vital la utilización de las figuras del permiso extraordinario para hospitalización o, en el segundo grado de los casos, la elevación de libertad condicional para enfermos muy graves con padecimientos incurables vía artículo 196 del RP.

100.2 del RP por parte de la Junta de Tratamiento será elevada al Servicio de Tratamiento de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión penitenciaria y, una vez que se haya pronunciado, de haber sido necesaria la aplicación del principio de flexibilidad, la Instrucción recuerda la necesidad de que tal medida sea puesta en conocimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su aprobación.

En estos procesos, también cuando se trate de la propuesta de la modalidad del artículo 86.4 del RP para un penado ya clasificado en tercer grado, la Instrucción señala que deberá ser tenida en cuenta la mayor o menor capacidad para delinquir del penado, su grado de peligrosidad y la existencia o no de apoyo familiar.

La aplicación de un modelo de ejecución individualizado acorde a la situación de la enfermedad y necesidad de tratamiento del penado responde a un deber positivo que tiene el Estado de velar por la vida y salud de los internos en un doble escenario: la garantía del derecho a una asistencia sanitaria adecuada en prisión y, de no ser esta posible o en condiciones de dignidad adecuadas, la articulación de mecanismos de excarcelación por motivos humanitarios<sup>54</sup>. La vía más adecuada sería la de la progresión a un tercer grado por motivos humanitarios, tal y como está previsto en el artículo 104.4 del RP y 36.3 del CP. Pero también es cierto que ambos preceptos se refieren a situaciones que se entienden que se van a extender temporalmente, pues se ciñen a enfermos muy graves con padecimientos incurables. En cambio, las situaciones a las que se refiere la Instrucción 3/2006 tienen su tiempo delimitado al seguimiento de un tratamiento médico concreto y, por tanto, permiten que esa adecuación regimental a la situación individual del sujeto tenga un carácter provisional, hasta que finalice dicho tratamiento o rehabilitación y pueda volver al régimen penitenciario en el que se encontraba. Por lo tanto, mientras que la progresión a tercer grado por motivos humanitarios de los artículos 104.4 del RP y 36.3 del CP tiene una voluntad de perdurabilidad, siempre y cuando el interno no dé motivos para su regresión, en tanto se le clasifica en tercer grado por razones de dignidad personal, en las que decae la necesidad de la pena a favor de la garantía del derecho a la vida y a la dignidad, la utilización del artículo 86.4 del RP, sumado a un tercer grado o a un segundo grado mediante el principio de flexibilidad, permite resolver una situación puntual y transitoria en el tiempo de una forma individualizada. Pero no sólo eso, además, posibilita salvar esos requisitos objetivos, particularmente el periodo de seguridad, con los que el legislador ha dificultado la progresión en tercer grado, al menos en el periodo inicial de determinadas penas graves. También es verdad que la garantía del control judicial en la aplicación del artículo 100.2 del RP, con la necesaria autorización por parte del JVP de ese modelo de ejecución combinado, hace que exista un mayor control, en este

---

<sup>54</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El derecho penitenciario humanitario*, Castilla- La Mancha, 2019, p. 442.

caso que en la propia progresión a un tercer grado y, con ello, permite evitar y corregir sus posibles desviaciones o usos inadecuados. Y tampoco se hace sin garantías, puesto que la aplicación del principio de flexibilidad requiere la ulterior aprobación del JVP, previéndose además en la propia Instrucción el establecimiento de medidas de seguimiento telemático u otros mecanismos de control suficiente<sup>55</sup>.

#### *II.4.5 SUPUESTO ESPECÍFICO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 100.2 DEL RP: INSTRUCCIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS 3/2019 RELATIVA A LAS NORMAS GENERALES SOBRE INTERNOS EXTRANJEROS*

Un último supuesto concreto de aplicación del artículo 100.2 del RP lo recoge la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 3/2019 relativa a las Normas Generales sobre Internos extranjeros.

Para facilitar la posibilidad de trabajo de los internos extranjeros fuera de la prisión, y con ello posibilitar el acceso al régimen abierto o incluso a la libertad condicional, la Subdelegación del Gobierno, o Delegación del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, podrá conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o el Auto del JVP en el que se acordase tal clasificación o la concesión de la libertad condicional. Esta Instrucción extiende tal efecto al ámbito del artículo 100.2 del RP, nuevamente en esa interpretación que sitúa al principio de flexibilidad en la vertiente de la clasificación, señalando que dado que la normativa penitenciaria permite aplicar aspectos característicos propios del tercer grado a internos clasificados en segundo grado, es procedente solicitar que se conceda validez de autorización de trabajo también al Auto del JVP aprobando la clasificación en segundo grado con la modalidad prevista en el artículo 100.2 del RP, en base al principio de flexibilidad.

## **II.5 LUGAR DE CUMPLIMIENTO**

Como acabamos de exponer, en la práctica la aplicación del artículo 100.2 del RP se construye a partir de un grado de clasificación base, que, en principio, será el que marque el centro de destino en el que el interno debe cumplir su condena, en esa relación estrecha entre la clasificación y destino que marca la normativa penitenciaria y que implica la necesidad de considerar si la progresión o regresión de

---

<sup>55</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., pp. 481-483.

grado supone, además de un cambio a un departamento con distinta modalidad de vida, el traslado de centro penitenciario (artículo 106.1 del RP).

Por tanto, si un interno está clasificado en segundo grado y, mediante aplicación del artículo 100.2 del RP, accede a ciertos aspectos propios del tercer grado, es su clasificación en segundo grado la que marcará que su ejecución se lleve a cabo en un centro ordinario de régimen ordinario.

Sin embargo, la aplicación del artículo 100.2 del RP va a suponer que el interno tenga acceso a ciertas salidas previstas para el tercer grado, si estas son habituales durante la semana su gestión requerirá que sea trasladado a un centro próximo o ubicado en un núcleo urbano en el que existan menores barreras de seguridad. De ahí que, en estos casos de internos que, por la vía del artículo 100.2 del RP, acceden a salidas habituales del establecimiento, sea más adecuado su traslado a un Centro de Inserción Social, en adelante CIS.

Esta posibilidad se encuentra con un problema; la limitación reglamentaria que del artículo 163 del RP<sup>56</sup>, que vincula los CIS al cumplimiento de las penas privativas de libertad en medio abierto, lo que veta el destino a estos centros a penados clasificados en otros grados. También el destino a las Unidades Dependientes o a un centro de deshabitación está vinculado a la clasificación previa en tercer grado (artículo 165.5 y 182.1 del RP).

Una posible interpretación para permitir el destino a CIS (o incluso a una Unidad Dependiente o extrapenitenciaria) de penados a los que se les aplica el artículo 100.2 del RP es la interpretación literal de este precepto; así, se podría entender que da lugar a un modelo combinado individualizado con características de varios grados, con lo que el peso mayor de las características propias del régimen ordinario no tendrían por qué lastrarlo hasta determinar su cumplimiento en un centro o módulo ordinario, permitiendo el mayor valor del régimen abierto y, con ello, priorizando la necesidad de facilitar la efectividad de las salidas a través de su derivación a un centro abierto. Sin embargo, tal lectura contrasta con la interpretación más restrictiva que ha realizado la Administración Penitenciaria en la construcción del artículo 100.2 del RP sobre uno de los grados que le sirve de base<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Este precepto recoge: 1. *Los Centros de Inserción Social son Establecimientos penitenciarios destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad en régimen abierto y de las penas de arresto de fin de semana, así como al seguimiento de cuantas penas no privativas de libertad se establezcan en la legislación penal y cuya ejecución se atribuya a los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior u órgano autonómico competente. También se dedicarán al seguimiento de los liberados condicionales que tengan adscritos.* 2. *La actividad penitenciaria en estos Centros tendrá por objeto esencial potenciar las capacidades de inserción social positiva que presenten las personas en ellos internadas mediante el desarrollo de actividades y programas de tratamiento destinados a favorecer su incorporación al medio social.*

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., p. 487.

Otra forma de evitar la restricción normativa del artículo 163, 165.5 o 182.1 del RP sería esa tercera modalidad de aplicación del artículo 100.2 del RP que ya analizamos en el presente trabajo y que se contemplaba en la Tabla 4 de la Instrucción 9/2007, sobre Clasificación y destino de los penados: el “3er grado- Art. 100.2” (3. GR.100.2), de tal manera que, en esa combinación entre el segundo y tercer grado de clasificación, el papel preponderante lo tuviera el tercer grado. Sin embargo, no ha sido utilizada de esta forma por la Administración Penitenciaria.

Al contrario, la práctica penitenciaria demuestra que es habitual el destino de internos clasificados en segundo grado, pero con aplicación del artículo 100.2 del RP, a este tipo de centros abiertos. Los propios Informes Anuales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, al introducir los datos de infraestructuras, en concreto de los CIS y Secciones Abiertas disponibles, los asocia expresamente “al cumplimiento de los penados clasificados en las distintas modalidades de tercer y segundo grado artículo 100.2 del RP”<sup>58</sup>.

## **II.6 EL PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN**

### *II.6.1 LA SOLICITUD Y EL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DEL ARTÍCULO 100.2 DEL RP*

Una de las cuestiones más singulares de esta figura es la articulación de los distintos actores que intervienen.

Frente a la clasificación, que ya vimos que era competencia atribuida a la Administración Penitenciaria, la adopción de este principio de flexibilidad implica un modelo de doble actuación, como ya vimos:

- Una primera de la Administración Penitenciaria, que será quien propone.
- Y, una posterior, del JVP, que es quien aprueba posteriormente, pero mientras tanto y, en espera de la resolución de este, la decisión administrativa es inmediatamente ejecutiva.

En cuanto al papel que desempeña la Administración Penitenciaria, el inicio lo marca la propuesta del Equipo Técnico, que es quien puede proponer a la Junta de Tratamiento la adopción del modelo de ejecución combinado. Tal atribución, como ya vimos, es coherente con el carácter híbrido de esta figura, en este caso en cuanto a su vertiente tratamental, pues el Equipo Técnico tiene como una de sus funciones “proponer a la Junta de Tratamiento la adopción de las medidas necesarias para superar las carencias que presenten los internos” (artículo 175 c) RP). Por tanto, la participación del Equipo Técnico en la propuesta inicial de la aplicación del principio de flexibilidad responde al

---

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, en el último publicado, el *Informe General 2021*, p. 129.



condicionamiento de la adopción del artículo 100.2 del RP al desarrollo de un programa específico que de otra forma no pudiera ser ejecutado. También será quien actúe en una fase posterior, de seguimiento, de ser acordada la aplicación del artículo 100.2 del RP, pues es al Equipo Técnico a quien le corresponde ejecutar los programas de tratamiento establecidos para cada interno por la Junta de Tratamiento, así como evaluar los objetivos alcanzados en su ejecución, informando debidamente a ésta de sus resultados (artículo 275 a) y e) del RP).

Esa propuesta del Equipo Técnico se realiza a la Junta de Tratamiento, puesto que a este órgano colegiado le corresponde, tanto el establecimiento de los programas para cada interno del centro, definiendo las actividades a realizar en función de las peculiaridades de su personalidad y del tiempo aproximado de duración de su condena o condenas, como la formulación de las propuestas razonadas de grado de clasificación inicial, progresión y regresión en función de estudio científico de la personalidad de los penados y de los datos e informaciones disponibles (artículo 173 a), c) y d) del RP).

No obstante, esa intervención del Equipo Técnico da lugar a discusiones, y así se recoge en la Sentencia del TS, de 27 de noviembre de 2019<sup>59</sup>, sobre un asunto en el que el recurrente alegaba que mientras que en las resoluciones por él impugnadas se afirmaba que no es posible la aplicación del artículo 100.2 del RP sin propuesta previa del Equipo Técnico, en los Autos de contraste presentados al objeto del recurso de casación para la unificación de la doctrina en materia penitenciaria se aplicó un sistema mixto sin que se contara con tal propuesta. Sin embargo, el TS no entra en el fondo de la comparación, pues no se pronuncia sobre si es necesaria o no tal intervención, limitándose a señalar que no existe contradicción entre los Autos presentados, puesto que mientras que en los Autos de contraste, al llevar los internos un tiempo relevante de cumplimiento de la pena impuesta, el Tribunal que acordó la aplicación del artículo 100.2 del RP debió basarse en los datos tenidos en cuenta en el expediente por el Equipo Técnico que debe hacer la propuesta, en el Auto impugnado el Tribunal deniega esta posibilidad por la falta de información suficiente, ante la inexistencia de un período de observación en el que se aportasen datos importantes y ante la inexistencia de una propuesta del Equipo Técnico en los términos previstos en el citado precepto. Por tanto, como se puede observar, el TS valida las dos posibles interpretaciones judiciales, sin pronunciarse sobre cuál debe ser objeto de unificación<sup>60</sup>.

En cuanto a la posibilidad de que sea el interno quien pueda solicitar este modelo de ejecución previsto en el artículo 100.2 del RP, surgen todavía más dudas. Es verdad que algunas resoluciones

---

<sup>59</sup> Sentencia del TS, 586/2019, de 27 de noviembre de 2019.

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., pp. 489-490.

niegan tal posibilidad<sup>61</sup>, y que otras resoluciones, pese a entender razonable su aplicación, señalan que debe ser el Equipo Técnico quien configure el programa<sup>62</sup>. Sin embargo, es común que el recurso formulado por el interno contra una resolución de la Administración Penitenciaria manteniendo una clasificación en segundo grado<sup>63</sup> o, incluso del JVP no aprobando la concesión del artículo 100.2 del RP, lo proponga. Además, la flexibilidad propia con la que se ha diseñado el sistema de recursos en el ámbito penitenciario permite tener en consideración su solicitud cuando se cumplan los requisitos recogidos en la normativa para su aplicación.

En cuanto al órgano competente para adoptar la decisión, nos encontramos con una reordenación de competencias mediante Instrucción, con una recentralización en el Centro Directivo no prevista en el RP. Así, mientras que el artículo 100.2 del RP atribuye la adopción a la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, la Instrucción 9/2007 interpreta que, dado que el artículo 100.2 del RP se refiere a un programa específico de tratamiento, se precisa su remisión por parte de las Juntas de Tratamiento al Centro Directivo (en concreto, al Servicio de Tratamiento). Pero no se trata de una mera remisión informativa, sino que la Instrucción concede al Centro Directivo una responsabilidad en su adopción, ya que vincula a su pronunciamiento, incluyendo las previsiones del artículo 100.2 del RP, la comunicación inmediata que debe hacer el centro penitenciario al JVP para su aprobación, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad desde el momento en el que se reciba. Esta recentralización puede ser por la necesidad de que una medida excepcional, con amplios efectos en el cumplimiento de la condena, no quede solamente en manos del centro penitenciario, aun existiendo un control judicial posterior. Mientras tanto, existen muchas resoluciones de la Secretaría General en las que no se aplica el artículo 100.2 del RP aunque ha habido una propuesta mayoritaria de la Junta de Tratamiento a su favor y, acaban perjudicando al interno en el caso en el que el órgano judicial entienda que la aplicación subsidiaria que, como respuesta, da la Secretaría General con la decisión

---

<sup>61</sup> Es el caso del Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Burgos de 24 de diciembre de 2011, donde no se aprueba el programa del artículo 100.2 del RP por entender que el interno no puede desarrollar las actividades propuestas de cuidado familiar, añade que *la petición del interno no puede prosperar toda vez que el modelo de ejecución para combinar la aplicación del segundo y tercer grado, que es una medida excepcional, para su aprobación por el Juzgado de Vigilancia ha de proponerlo la Junta de Tratamiento, no el interesado.*

<sup>62</sup> Es el caso del Auto de la Audiencia Nacional 10692/2023, de 23 de octubre de 2023, en donde se rechaza la aplicación del régimen flexible de cumplimiento al amparo del artículo 100.2 del RP *al no existir un programa específico de tratamiento propuesto por el Equipo Técnico y aprobado por la Junta de Tratamiento, que combine aspectos de ambos grados, y que examine las circunstancias necesarias para su aplicación al caso de autos que, por lo que a la progresión de grado respecta, ha quedado descartada.*

<sup>63</sup> Es el caso del Auto de la Audiencia Nacional 5629/2020, de 18 de diciembre de 2020, en donde el penado interpone un recurso de apelación contra la resolución del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en el que mantiene al interno en segundo grado penitenciario y, subsidiariamente solicita la aplicación del artículo 100.2 del RP.

de mantenimiento de grado pero flexibilizado vía artículo 100.2 del RP no es posible al no estar fundamentada en un programa de tratamiento<sup>64</sup>.

La resolución de la Administración Penitenciaria, según el RP de la Junta de Tratamiento y, según la Instrucción 9/2007, de la Secretaría General, tiene efectos inmediatamente ejecutivos. A su vez, tal efecto dota a esta figura de una flexibilidad importante en la respuesta a una necesidad teóricamente fundamentada en razones tratamentales. Y, en el caso en el que la resolución judicial del JVP fuera no aprobatoria de la propuesta formulada por la Administración Penitenciaria, se suspenderá su ejecución, dándose traslado de la misma al Centro Directivo con el fin de regularizar la situación del penado en el sistema informático.

También tiene inmediata ejecutividad el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que, estimando un recurso del penado, acuerde la asignación al mismo del principio de flexibilidad. Lo es, como han señalado los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria en sus Conclusiones de 2015, respecto al régimen de vida que lo justifica, siempre y cuando se concreten con precisión los aspectos del modelo regimental que superpone al correspondiente grado de clasificación, con independencia de la definición posterior del programa individualizado de tratamiento. Ahora bien, añaden que, si hay aspectos que no han sido definidos en el Auto, respecto a los mismos y para su ejecución, se requerirá su definición en el programa de tratamiento, diferenciando objetivos, métodos y actividades, sin perjuicio de su dación de cuenta al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (conclusión 14).

Debemos señalar que se puede apreciar un mayor control judicial de esta figura frente al papel que desempeña el JVP respecto a la clasificación, ya que, para una figura transicional, como la contemplada en el artículo 100.2 del RP, se requiere una autorización judicial, pero no es exigible para acceder al tercer grado, que supone la puerta a un cumplimiento en régimen abierto, con un amplio régimen de salidas del penado, más si se establece la aplicación del artículo 86.4 del RP.

Además, mientras que para la clasificación o progresión a tercer grado se prevé la notificación al Ministerio Fiscal de todas las resoluciones adoptadas por el Centro Directivo<sup>65</sup>, no ocurre lo mismo en la aplicación del artículo 100.2 del RP, a pesar de que puede dar lugar a una modalidad de cumplimiento parecida. Sin embargo, ese control de legalidad judicial por parte del JVP va a abrir la puerta, indirecta, a un control también por parte de la Fiscalía, que se pronunciará previamente sobre tal propuesta antes de la autorización de aquel.

---

<sup>64</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., pp. 490-493.

<sup>65</sup> En el caso de aplicarse el artículo 103.7 del RP se prevé la notificación a la Junta de Tratamiento.

En el caso en el que, tras la autorización judicial del principio de flexibilidad, se decida la modificación de las condiciones que lo han configurado, los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, en sus Conclusiones de 2015, señalaron que tratándose de modificaciones sustanciales, como por ejemplo cuando se refieran al tipo de actividad desplegada, será necesario un nuevo acuerdo de la Junta de Tratamiento, que deberá ser puesto en conocimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad (conclusión 30).

#### *II.6.2 LA POSIBILIDAD DE RECURSO*

Del Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria se da el conocimiento al Ministerio Fiscal y al interno, a través de la dirección del Centro penitenciario, con advertencia de que cabe interponer recurso de reforma en el plazo de tres días a contar desde su notificación escrita.

En cuanto a la posibilidad de recurso, los Fiscales han matizado que, dado que la aprobación se limita al principio de flexibilidad, y no al grado de clasificación básico, el penado puede interponer recurso contra el mismo con independencia de la eventual aprobación judicial, puesto que el JVP realmente no aprueba el grado, sino la combinación de aspectos regimentales por razones tratamentales, “lo que deja abierta la eventual controversia sobre el grado por vía de recurso”.<sup>66</sup>

Una vía de aplicación del artículo 100.2 del RP es la de su obtención vía recurso de alzada del interno contra la decisión de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de clasificación, o mantenimiento de grado de clasificación, pudiendo el JVP decidir no estimar el cambio de grado, pero sí completarlo, flexibilizándolo, con la aplicación del artículo 100.2 del RP. Mientras que en unos casos el interno recurre las resoluciones de clasificación de la Secretaría General de Instituciones por no contemplar la modalidad prevista en el artículo 100.2 del RP, en otras se solicita subsidiariamente por el interno en su recurso contra la clasificación o mantenimiento de la misma en sí. Y, en otros, se concede de oficio por parte del órgano judicial en resoluciones que estiman parcialmente el recurso, pero mantienen la clasificación objeto de recurso<sup>67</sup>.

Y frente a su concesión, el Ministerio Fiscal puede interponer recurso de apelación frente a la resolución del JVP para que, de ser estimado, deje sin efecto la aplicación del régimen del artículo 100.2 del RP.

---

<sup>66</sup> Lo recogen en su criterio 31 de las Conclusiones Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2015.

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, cit., pp. 496-497.

Se crea una nueva cuestión conflictiva entorno a la figura del artículo 100.2 del RP: cuál es el órgano judicial territorialmente competente para la resolución del recurso interpuesto contra el Auto del JVP autorizando, o no, la aplicación del artículo 100.2 del RP.

La mayoría de los JVP se inclinan por entender que estamos ante una materia referida a la clasificación penitenciaria y, por tanto, el recurso de apelación contra sus resoluciones judiciales debe ser resuelto por el Tribunal sentenciador. En cambio, algún Juzgado de Vigilancia como el N.º 3 de Madrid o los ubicados en Cataluña, han venido entendiendo que, siendo una materia referida al régimen, el órgano competente será la Audiencia Provincial del territorio donde esté ubicado el centro penitenciario en el que se encuentre el penado.

La posición mayoritaria de los JVP es la interpretación de que el artículo 100.2 del RP es materia de clasificación puesto que supone la adopción de un “nuevo régimen penitenciario”. Por tanto, el procedimiento que debe seguirse en la interposición de los recursos contra la decisión del JVP y la determinación de la competencia territorial del órgano que debe resolverlos coincide con lo previsto para la clasificación penitenciaria; se aplicaría la Disposición Adicional 5º.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ:

“2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado.

En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar”.

En cambio, una posición minoritaria parte de que, al no tratarse de una materia referida a la clasificación, los recursos de apelación o queja interpuestos contra las resoluciones de los JVP deben ser resueltos conforme a la Disposición Adicional 5º. 3 de la LOGP:

“3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia

Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario”.

Por su parte, en las Jornadas de Fiscales Especialistas en Vigilancia Penitenciaria celebradas en el año 2015, acordaron lo siguiente: “corresponde a la Audiencia Provincial del Centro Penitenciario de destino por tratarse de materia diferenciada de la clasificación, ya que no se recurre el grado; se controla la legalidad de la actividad penitenciaria en materia de régimen y tratamiento. Rige en definitiva la Disposición Adicional Quinta apartado tercero de la LOPJ”. No obstante, una postura discrepante minoritaria mantuvo que, dado que la combinación de modelos regimentales afecta al modo de ejecutarse la pena, constituyendo el principio de flexibilidad una modalidad especial de clasificación, los recursos de apelación contra las resoluciones de los JVP en materia de principio de flexibilidad deben ser conocidos por el Juez o Tribunal Sentenciador, rigiendo la Disposición Adicional 5º, apartado 2 de la LOGJ<sup>68</sup>.

Así, las controversias en relación con el órgano competente han dado lugar a un pronunciamiento del TS, mediante el Auto de fecha 22 de julio de 2020, ya mencionado en el presente trabajo. Debe concluirse que, efectivamente, la posible diferencia de criterios puede causar daños y erosionar la seguridad jurídica (artículo 9.3 del a CE), incluso afectar al principio del juez predeterminado por la ley, artículo 24 de la CE.

Como refiere el mencionado Auto del TS, el artículo 100.2 del RP se enmarca en el ámbito de la “Clasificación de los penados”, y parte de una premisa: supone un modelo de ejecución que combina aspectos de cada uno de los grados indicados en el número 1 del artículo 100 del RP (como ya vimos; primero, segundo y tercero). Si la combinación de grados es elemento nuclear, no cabe sostener que el precepto sea ajeno a la actividad de clasificación. No hay duda de que valorar la inclusión de un interno en uno de esos tres grados es una actividad de clasificación (“tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados”, recoge el artículo 100.1 del RP), con lo cual valorar si procede o no “combinar aspectos característicos” de esos tres grados (artículo 100.2 del RP), también será, por coherencia, una actividad que incide en la clasificación. La referencia que realiza el artículo 100.2 del RP cuando afirma “que siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado”, no obstaculiza, como refiere el TS, esa conclusión. La previsión del artículo 100.2 del RP va más allá de la aprobación de un programa individualizado de tratamiento y, afecta, aunque se considerase que esa afectación es indirecta, a la clasificación del penado, quien inicia a través de su aplicación una “cierta progresión” tras valorar

---

<sup>68</sup> LEÓN ALAPONT, J., *Guía práctica de Derecho penitenciario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022, p. 35.

que la evolución del tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del artículo 72 de la LOGP, hace merecedor de ello.

Desde esta perspectiva, se debe concluir que el artículo 100.2 del RP afecta al modelo de ejecución de la pena, como lo hacen las clasificaciones en grado, por ello, en consecuencia, los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieren, al tratarse de una materia referente a la ejecución de la pena, deben ser examinados por el órgano sentenciador, cuestión reiterada por el citado tribunal.

## CONSIDERACIONES FINALES

El objetivo que me había marcado con la elaboración de este trabajo era profundizar en el conocimiento del sistema penitenciario español, apostando por empezar por un análisis de la clasificación penitenciaria para llegar a profundizar en el principio de flexibilidad y la aplicabilidad de la figura recogida en el artículo 100.2 del RP.

En lo que respecta a nuestro sistema de clasificación penitenciaria vigente, ha sido curioso descubrir la aparición del sistema de individualización científica, centrado en abandonar toda referencia retributiva, destacando la evolución personal del interno, al que se le aplica un tratamiento, y del que surge la separación en grados donde cada uno de ellos tiene un funcionamiento diferente, pero a la vez comparten un fin común, como es la reinserción social, teniendo como último escalón la libertad condicional.

Una de las manifestaciones de la idea de la individualización científica se refiere expresamente al principio de flexibilidad. Este principio permitió la adaptación del tratamiento a las necesidades individuales de cada interno, cuyo programa podrá combinar, incluso, elementos de los diferentes grados de clasificación, en las condiciones establecidas en el artículo 100.2 del RP. Ha sido de especial importancia realizar un estudio sobre la controversia existente sobre la naturaleza de este principio, que me permitió llegar a la conclusión de que el principio de flexibilidad presenta una naturaleza mixta. No deja de ser una clasificación, puesto que encaja en el sistema de individualización científica constituido en grados y juega, en ese sentido, un papel importante como puente intermedio en el proceso de progresión de grado; sin embargo, también tiene una vertiente tratamental, ya que su aprobación depende de la existencia de un programa específico de tratamiento que fundamente su adopción.

Una vez expuesta la definición y la naturaleza del principio de flexibilidad, se analizaron los requisitos necesarios para su aplicación. Se requiere la concurrencia de dos requisitos (la existencia de un programa específico de tratamiento y la necesidad de ser aprobado por el JVP), y la ausencia de las condiciones para la progresión de grado.

He podido observar que el ámbito de aplicación del artículo 100.2 del RP es muy amplio y no se concentra solo en el segundo-tercero grado de clasificación, sino que se extiende a los tres grados que se cumplen dentro de la prisión. Además, también he analizado dos supuestos específicos de aplicación de la figura del artículo 100.2 del RP: el relativo a la atención penitenciaria de internos en tratamiento médico de especial penosidad y el relativo a las normas generales sobre internos extranjeros.



En cuanto al lugar de cumplimiento de la figura recogida en el artículo 100.2 del RP, como el precepto mencionado se constituye a partir de un grado de clasificación base, en principio, será este el que marque el centro de destino en el que el interno deba cumplir su condena. Sin embargo, cuando la aplicación de la figura del artículo 100.2 del RP supone que el interno tenga acceso a ciertas salidas previstas para el tercer grado de manera habitual, es más adecuado su traslado a un CIS.

También se realizó un análisis de una de las cuestiones más singulares de esta figura: la articulación de los distintos actores que intervienen. La adopción de este principio de flexibilidad implica un modelo de doble actuación: una primera de la Administración Penitenciaria, que es quien propone este modelo de ejecución y, una posterior del JVP, que es quien lo aprueba. En cuanto al órgano competente para la decisión, me encontré con la existencia de una reordenación de competencias mediante la Instrucción 9/2007, sobre Clasificación y destino de los penados, con una recentralización en el Centro Directivo no prevista en el RP. Así, mientras que el artículo 100.2 del RP atribuye la adopción a la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, la Instrucción 9/2007, sobre Clasificación y destino de los penados, interpreta que, dado que el artículo 100.2 del RP se refiere a un programa específico de tratamiento, se precisa su remisión por parte de las Juntas de Tratamiento al Centro Directivo (en concreto, al Servicio de Tratamiento).

Se ha observado y se ha podido concluir en el presente trabajo que existe un mayor control judicial de esta figura frente al papel que desempeña el JVP respecto a la clasificación, ya que, para una figura transicional como la contemplada en el artículo 100.2 del RP, se requiere una autorización judicial, que no es exigible para acceder al tercer grado, el cual supone la puerta a un cumplimiento en régimen abierto, con un amplio régimen de salidas del penado, más si se establece la aplicación del artículo 86.4 del RP.

Por último, he expuesto la posibilidad de recurso en el ámbito del artículo 100.2 del RP, en donde he estudiado el recurso de alzada, reforma y de apelación. Además, he podido apreciar la creación de una nueva cuestión conflictiva en torno a la figura del artículo 100.2 del RP: cuál es el órgano judicial territorialmente competente para la resolución del recurso interpuesto contra el Auto del JVP autorizando, o no, la aplicación del artículo 100.2 del RP. Esta cuestión se resolvió a través del pronunciamiento del Tribunal Supremo que concluyó que el artículo 100.2 del RP afecta al modelo de ejecución de la pena, como lo hacen las clasificaciones en grado; por ello, en consecuencia, los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieren deben ser examinados por el órgano sentenciador.

Una vez finalizado el trabajo he llegado a la conclusión de que la figura recogida en el artículo 100.2 del RP ha ayudado al sistema penitenciario español a alcanzar con mayor facilidad el fin último de la

pena de prisión, la reinserción. Su amplio empleo avala su utilidad como instrumento que permite una “transición escalonada hacia la libertad”, en particular para aquellos internos que no logran progresar en grado y no pueden cumplir la parte final de la pena en régimen de semilibertad o libertad. Sin embargo, como se ha visto en los datos que se han puesto de manifiesto en este trabajo, la aplicabilidad de esta figura ha ido a menos con el paso de los años. Una de las razones, a mi parecer, que ha provocado esto ha sido el auge del tercer grado. Hoy en día se permite el acceso al tercer grado sin tener que estar clasificado en ningún grado anteriormente; por tanto, en muchas ocasiones ya no se aplica el 100.2 del RP para flexibilizar el régimen ordinario y obtener beneficios propios del tercer grado, ya que se accede directamente al tercer grado.

## BIBLIOGRAFÍA

### - MONOGRAFÍAS, MANUALES Y REVISTAS

BONA I PUIVART, R., “Clasificación y tratamiento penitenciario”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* N.º.33, Madrid, 1995.

CASALS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Derecho penitenciario*, Dykinson, S.L, Madrid, 2022.

CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los nuevos criterios de la clasificación penitenciaria”, en *Revista General Derecho Penal* N.º. 8, Iustel, Valencia, 2004.

CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario 4ª Edición 2016*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ APARICIO, J.M., *Guía práctica de Derecho penitenciario 2021*, Sepin, Madrid, 2021.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./ NISTAL BURÓN J., *Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016.

FERRE OLIVE, J.C., *Revista Penal* N.º.36, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

GONZÁLEZ CANO, M.ª I., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2016.

LEÓN ALAPONT, J., *Guía práctica de Derecho penitenciario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad 5ª Edición*, Atelier, Barcelona, 2022.

RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de derecho penitenciario*, Comares, Granada, 2003.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El derecho penitenciario humanitario*, Castilla- La Mancha, 2019.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La pena de prisión en medio abierto; un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, Reus, Madrid, 2021.

TAMARIT SUMALLA, J., *Curso Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1996.

VICENTE MARTÍNEZ, R./ MARCOS MADRUGA, F., *Vademécum Penitenciario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

- **OTRAS FUENTES**

Conclusiones vigentes sistematizadas de encuentros de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria 2011-2023. Url: <https://www.fiscal.es/documents/d/fiscal/concl-sistematizadas-2011-a-2023-1>

Informes Anuales presentados por la Administración General del Estado por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de los años 2018, 2019, 2020 y 2021. Url: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas/informe-general-de-instituciones-penitenciarias/>

Versión de junio de 2009 de los Criterios de Actuación, Conclusiones y Acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVIII reuniones celebradas entre 1981 y 2009. Url: <http://derechop-cp62.wordpress.com/wp-content/uploads/2019/09/2009.pdf>

## **APÉNDICE JURISPRUDENCIAL**

### **- Tribunal Supremo**

Sentencia del TS 859/2019, de 8 de marzo de 2019. (*ECLI:ES:TS: 2019:859*)

Sentencia del TS 3873/2019, de 27 de noviembre de 2019. (*ECLI:ES:TS: 2019:3873*)

Auto del TS 5672/2020, de 22 de julio de 2020. (*ECLI:ES:TS: 2020:5672A*).

### **- Audiencia Nacional**

Auto de la Audiencia Nacional 5629/2020, de 18 de diciembre de 2020. (*ECLI:ES:AN: 2020:5629A*)

Auto de la Audiencia Nacional 10692/2023, de 23 de octubre de 2023. (*ECLI:ES:AN: 2023:10692A*)

### **- Audiencias Provinciales**

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 3624/2004, de 20 de julio de 2004. (*ECLI:ES: APB: 2004:3624A*)

### **- Juzgado de Vigilancia Penitenciaria**

Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, de 9 de mayo de 2005.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Tenerife, de 24 de abril de 2006.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva, de 5 de febrero de 2010.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitencia de Huelva, de 28 de mayo de 2010.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva, de 9 de agosto de 2011.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Burgos, de 24 de diciembre de 2011.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva, de 21 de enero de 2014.

Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, de 31 de julio de 20217.

Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, de 8 de noviembre de 2017.

Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Granada, de 24 de septiembre de 2018.

## APÉNDICE NORMATIVO

Constitución Española. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con))

Instrucción 3/2006, sobre la Atención Penitenciaria de Internos en el Tratamiento Médico de Especial Penosidad. (<http://aladinoprisiones.webcindario.com/legislacion/ins03de2006.pdf>)

Instrucción 9/2007, de 21 de mayo, sobre la Clasificación y Destino. ([http://www.acaip.info/info/circulares/instruccion\\_9\\_2007.pdf](http://www.acaip.info/info/circulares/instruccion_9_2007.pdf))

Instrucción DGIP 2/2005 de 15 de marzo sobre la Modificación sobre las Indicaciones de la I.2/2004, para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. ([http://www.acaip.info/info/circulares/2005\\_2.pdf](http://www.acaip.info/info/circulares/2005_2.pdf))

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>).

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/09/26/1/con>).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>).

Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/06/30/7>).

Orden INT/1127/2010, de 19 de abril, por la que se modifica la Orden INT/985/2005, de 7 de abril, por la que se delegan determinadas atribuciones y se aprueban las delegaciones efectuadas por otras autoridades (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/o/2010/04/19/int1127>)

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (ELI:

<https://www.boe.es/eli/es/rd/1996/02/09/190/con>).