

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se ha recibido en este Tribunal Supremo testimonio de particulares de los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal

contra los autos de 7 de julio y de 19 de agosto de 2020 dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona.

Asimismo se recibió testimonio de particulares del recurso de apelación subsidiario formulado por la representación de D. Oriol Junqueras Vies contra la providencia de 28 de julio de 2020 del mismo Juzgado.

SEGUNDO.- Practicadas las actuaciones pertinentes, quedaron los autos para resolver. Se señaló como día para la deliberación el 26 de noviembre del corriente año, prolongándose en días sucesivos hasta su terminación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - Se promueve por el Ministerio Fiscal recurso de apelación contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno D. Oriol Junqueras Vies acordada por la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

1.1.- En la resolución recurrida se refleja que el interno lleva un largo período ingresado en prisión de forma ininterrumpida, concretamente, dos años y casi nueve meses; que ha observado buena conducta, con ausencia de expedientes disciplinarios y que se relaciona con los diversos profesionales del Equipo con sentido colaborador, con implicación en su PIT, que viene cumpliendo muy favorablemente desde su llegada al Centro. También se destaca que ha reconocido los hechos y los daños causados y que afronta las consecuencias de ello, admitiendo que su conducta no fue la adecuada y mostrando motivación para el cambio. También que los informes aportados destacan que *«el interno manifiesta que los hechos se produjeron en unas circunstancias muy específicas, pues el delito se produjo al tener el interno la*

condición de ocupar un cargo público, de gran relevancia, como es el de Conseller de Presidència i d' Economia de la Generalitat de Catalunya, así como mantiene la creencia de optar siempre por el diálogo como mecanismo para defender su posicionamiento ideológico y político, así como para dar respuesta a posibles conflictos, mostrando una adecuada capacidad empática».

Se refleja asimismo que el Equipo de tratamiento ha observado una evolución positiva, que el interno es capaz de hacer un análisis real de lo que sucedió, que sabe que actuó fuera de las vías legales -aunque no ocasionó violencia- y que reconoce que las cosas pudieron hacerse diferentes y siempre por las vías de diálogo.

La resolución recurrida pone de relieve que el interno ha realizado los programas y actividades de tratamiento específicamente pautados por el equipo de tratamiento del centro penitenciario, con resultados muy positivos y con cumplimiento satisfactorio de su PIT; que mantiene el nivel más alto del SAM; que sus niveles de riesgo en la escala RISCANVI son bajos en todas las áreas, incluidas la reincidencia delictiva y el quebrantamiento de condena; que ha tenido un acceso al exterior, gradual, progresivo y sin incidencias; y que goza de pleno soporte familiar con hábitos laborales consolidados.

Todas estas circunstancias y factores positivos permiten valorar, según la resolución de instancia, que se han cumplido los dos fines primordiales de la pena, que son la reeducación y la reinserción del penado, y su retención y custodia. Y, por tanto, que, desestimando el previo recurso de alzada interpuesto por el Ministerio Fiscal, procede confirmar la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, que clasifica al penado en tercer grado de tratamiento en el régimen abierto común previsto en el artículo 83 RP.

1.2. - El recurso del Ministerio Fiscal se ampara, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Incompatibilidad de la progresión a tercer grado con el cumplimiento de los fines de la pena, tanto los retributivos y de prevención general y especial, como los fines de reinserción y resocialización

Se destaca que el interno ha sido condenado a trece años de prisión por un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos, agravada por la cuantía, pena de la que no ha cumplido ni siquiera la cuarta parte, que alcanzaría en enero de 2021.

b) Falta de modificación de aquellos rasgos de personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva tal y como exige el art. 65.2 de la LOGP, por cuanto el interno sigue considerando que los hechos por los que ha sido condenado no son constitutivos de delito.

c) Falta de evolución en el tratamiento tal como exige el 65 de la LOGP y el art. 106 del RP.

d) No concurrencia de factores que justifiquen la aplicación del art. 104.3 RP y no existencia de acercamiento progresivo con el exterior que permita valorar la supuesta evolución positiva.

Se destaca que el otorgamiento del tercer grado cuando, como es el caso, aún no se ha cumplido la cuarta parte de la condena tiene carácter excepcional y especial. También que se ha otorgado de modo conjunto y no individualizado a todos los condenados por la STS de 14 de octubre de 2019.

e) Insuficiencia de los aspectos positivos tenidos en cuenta en la resolución administrativa recurrida y en la propuesta de la Junta de Tratamiento, así como en el auto que acuerda la progresión a tercer grado.

f) Vaciado del contenido de la pena.

1.3. - La representación del Sr. Junqueras solicita la confirmación del auto recurrido y entiende que el Ministerio Fiscal no obra de forma consecuente ni con la legislación actual penitenciaria, ni tampoco con la realidad en la que se ha resuelto la progresión a tercer grado.

Sostiene, en síntesis, lo siguiente:

a) Ya ha habido un cumplimiento efectivo de privación en régimen ordinario durante un tiempo considerable.

b) El tratamiento se caracteriza por su aspecto cambiante y se ha de estar en todo momento a la evolución o involución del interno.

c) La concesión del tercer grado ha de ajustarse a las previsiones del artículo 104 e) del RP y no a otras, que son las que ha valorado la resolución recurrida.

En el marco del plan de trabajo *«se establecieron actividades orientadas a potenciar las capacidades de juicio crítico, de planificación y análisis en la toma de decisiones, potenciar el pensamiento flexible y creativo, y también conocer y analizar las consecuencias de los hechos por los cuales ha sido condenado»*. Por otro lado, *«el área laboral ha sido un aspecto secundario y adicional para el cumplimiento de la pena, y el mismo se llevó a cabo con la intención de reactivar la actividad profesional en el ámbito privado; alejado de cualquier cargo público (por imposibilidad de llevarlo a cabo) con el que pudiera volver a producirse el escenario de la reincidencia»*.

d) El interno ha hecho un importante proceso de introspección y ha cumplido con los objetivos marcados y con el plan de tratamiento propuesto.

El Ministerio Fiscal refleja en su recurso su desacuerdo con el planteamiento penitenciario propuesto, extralimitándose en sus funciones.

e) No existe desconexión entre el programa individualizado de tratamiento planteado y la pena.

El Ministerio Fiscal, por otro lado, no quiere que se valore la buena conducta o los resultados del test RISCANVI o el tratamiento llevado a cabo con la psicóloga; y sus interpretaciones sobre el contenido de las entrevistas del interno son valoraciones subjetivas y extraídas de contexto.

f) Se pretende una doble imposición de pena en el ámbito penitenciario.

El tiempo de prisión es el marco temporal durante el que ha de intervenir sobre las deficiencias detectadas de los internos para, con su modificación, lograr su plena intervención social. El límite de la cuarta parte de la condena no debe ser un obstáculo para la reinserción, sino que simplemente es una delimitación para solicitar permisos penitenciarios.

1.4. - Examinadas las alegaciones del Fiscal y la defensa, el recurso ha de ser estimado, al no concurrir los presupuestos necesarios para la progresión del interno a tercer grado.

El tercer grado concedido al interno determina, de acuerdo con el artículo 101 del RP, la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades. Esta clasificación, por otro lado, de conformidad con el artículo 102.4 del citado reglamento, se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Y la decisión al respecto, exigirá, de acuerdo con el apartado segundo de este último precepto, que las Juntas de Tratamiento ponderen la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

La progresión en el grado de clasificación dependerá, asimismo, de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad (art. 106.2 RP).

En definitiva, el interno ha de mostrar una evolución positiva que justifique dicha progresión y, con ello, un mayor régimen de libertad, ponderando a estos efectos los factores citados con anterioridad que, como destaca el precepto citado, están directamente relacionados con la actividad delictiva objeto de condena.

En este contexto, y de acuerdo con el art. 63.2 LGP, la clasificación del penado debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

1.5.- El Sr. Junqueras fue condenado a 13 años de prisión y trece años de inhabilitación absoluta como autor de un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación, agravado por razón de su cuantía.

Es patente que el delito -en este caso, los delitos- y la pena han de ser valorados para la clasificación del penado y su progresión en grado. De hecho, los recursos de apelación contra las decisiones al respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria corresponden al órgano sentenciador.

El artículo 102.4 del RP, en línea con el artículo 63.2 de la LOGP, menciona expresamente la duración de la pena como uno de los elementos a ponderar para la progresión a tercer grado.

Por su parte, el apartado tres del artículo 104 del mismo reglamento dispone: *«para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado»*.

La interpretación del precepto no deja mucho margen para la duda. La concesión del tercer grado a un interno que no haya cumplido la cuarta parte de la condena es excepcional y exige, en consecuencia, una justificación reforzada con base en los parámetros señalado en su texto. Una justificación reforzada, lógicamente, con respecto a aquella exigible en los supuestos en los que se propone para el tercer grado a un interno que ya ha cumplido la cuarta para de la condena.

El precepto no es, como afirma la representación del recurrente, un obstáculo para la reinserción pero tampoco, como también se afirma, una simple delimitación para solicitar permisos penitenciarios.

Este precepto refuerza, como hemos adelantado, la vinculación entre la duración de la pena y la progresión de grado, porque es evidente que no solo se ha de valorar respecto a aquella el fin último reinsertador, sino también los efectos de prevención general y especial.

En el caso de autos, como hemos adelantado, la pena alcanza los 13 años de prisión y el Sr. Junqueras cumplirá la cuarta parte de su condena, en enero de 2021 y la mitad en mayo de 2024.

1.6.- La Sala tiene que rechazar como argumento de apoyo a la progresión de grado -expresado en el auto recurrido y en el escrito de alegaciones de la defensa-, nuestra decisión de descartar, en el fallo de la sentencia de la que deriva la presente ejecutoria, la aplicación del art. 36.2 del

CP. La no aplicación del artículo 36.2 del CP supuso, decíamos allí, *«que esta Sala no creyó necesario imponer, con los argumentos que expusimos en la sentencia dictada, el denominado “período de seguridad” que prevé el precepto. Esa decisión no impide que la duración de la pena sea un elemento a ponderar en el devenir de la ejecución, como tampoco supone un plácet para anticipar, cuando no procede, la aplicación del tercer grado o de las previsiones del artículo 100.2 del RP»*.

También resulta pertinente reiterar aquí que en la tarea de acomodar el cumplimiento de las penas impuestas a los fines constitucionales que inspiran la ejecución de las penas privativas de libertad, nuestra sentencia no tiene que ser permanentemente reinterpretada. En los hechos declarados probados y en su fundamentación jurídica se encuentran las claves para explicar la gravedad de los hechos sentenciados y su efecto demoledor para la convivencia democrática. Su detenida lectura descarta cualquier quiebra del principio de proporcionalidad. Pero, sobre todo, pone de manifiesto una idea clave de la que no puede prescindirse.

En efecto, ni el Sr. Junqueras ni ninguno de los acusados en este procedimiento han sido condenados por perseguir la independencia de Cataluña. Las ideas de reforma, incluso ruptura, del sistema constitucional no son, desde luego, delictivas. Su legitimidad es incuestionable, está fuera de cualquier duda. El pacto de convivencia proclamado por el poder constituyente no persigue al discrepante. Ampara y protege su ideología, aunque ésta atente a los pilares del sistema.

En este sentido, es una obviedad que la resolución recurrida declare que los pensamientos y voluntades del interno -relacionados con la independencia de Cataluña y el derecho a decidir- son legítimos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que ello *«forma parte de programa de diversos partidos políticos activos en Cataluña y ni tales partidos ni sus programas electorales han sido declarados inconstitucionales»*.

Yerra la juzgadora de instancia al dejar entrever que la estimación del recurso del Ministerio Fiscal implicaría exigir al interno que modificara su ideología. El Sr. Junqueras no fue condenada por su ideología independentista. Fue declarado autor de un delito de sedición en concurso con un delito de malversación de caudales públicos en su modalidad agravada, con base en los hechos declarados probados en el juicio histórico de nuestra sentencia.

Cabe destacar, a la vista de algunas de las valoraciones incluidas en la documentación remitida junto a la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, que los hechos declarados probados en nuestra sentencia ya no pueden ser objeto de reinterpretación ni por el penado ni por terceros. Esta resolución *«es el incontrovertido punto de partida para el cumplimiento de la pena y, en consecuencia, para el modo de ese cumplimiento, que ha de discurrir por los cauces previstos en la legislación penitenciaria que, por otro lado -y esto es otra obviedad- no pueden ser utilizados en fraude de ley y para mostrar un desacuerdo más o menos encubierto con la condena impuesta»*.

La Administración penitenciaria no puede distanciarse de los principios y garantías que informan la ejecución de las penas de prisión impuestas por los Tribunales. Su acatamiento de la legalidad no debe hacerse depender de su grado de identificación o desacuerdo con la argumentación jurídica sobre la que se fundamenta la condena. De lo contrario, se subvierte el papel que la ley reserva a los órganos administrativos que, de esta forma, se convierten en una extravagante tercera instancia que se arroga la tarea de hacer más justa la decisión emanada de los jueces y tribunales constitucionalmente llamados al ejercicio de la función jurisdiccional. Los órganos de la administración penitenciaria no pueden vaciar la respuesta penal proclamada por un Tribunal de justicia, sometiendo su sentencia a una relectura que disfraza un tratamiento penitenciario privilegiado y, precisamente por ello, impropio. La reiteración de esta idea -que la Sala ya ha expuesto en anteriores resoluciones- no debería resultar ya necesaria.

1.7- El auto recurrido, en línea con la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, destaca, en síntesis, y entre otros extremos -como el disfrute sin incidencia de permisos penitenciarios, el arraigo familiar o su currículum profesional, laboral y político- que el interno es un delincuente primario, que llevan un tiempo relevante en prisión, que ha observado buena conducta con ausencia de expedientes disciplinarios y que se muestra colaborador en todas las actividades. También que el tratamiento individualizado ha realizado su función y que *«ya tiene las herramientas, conocimientos y habilidades suficientes para alcanzar con éxito el retorno a la comunidad y reemprender así su rol de ciudadano activo»*. También se añade que la rehabilitación *«se ha dirigido a una reflexión responsable sobre las decisiones tomadas, las actuaciones y la conducta del interno en el momento de los hechos»*; y -con cita de los informes del Equipo de Tratamiento- que *«su tratamiento ha incluido actividades orientadas a potenciar el juicio crítico, de planificación y análisis en la toma de decisiones, así como conocer y analizar los antecedentes y las consecuencias de los hechos por los que ha sido condenado. También ha realizado intervención individual para trabajar el análisis funcional y detectar los mecanismos presentes durante la comisión de los hechos delictivos, dinamizando parte de las actividades socio-educativas que se han hecho en el módulo, las cuales ayudan a promover la convivencia. El interno ha sido capaz de reconocer los factores que predispusieron y desencadenaron la comisión de los hechos recogidos en sentencia, reflexionando sobre estos... si bien el pensamiento político del interno no es punible ni es la causa de la actual condena, ello no obstante sí que ha sido objeto de intervención la reivindicación del mismo fuera del marco legal»*.

Los argumentos expuestos, sin embargo, no explican suficientemente la justificación de una concesión sin duda temprana del tercer grado.

Por un lado, no explican cuál ha sido la evolución y la progresión del tratamiento que ha seguido el penado, la cual dependerá, dice el art. 65.2 de la LGP, de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la

conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

Por otro no hacen mención alguna a cuáles son las razones que justifican esta progresión al tercer grado antes incluso que se haya cumplido la cuarta parte de la condena. Como hemos expuesto con anterioridad, el carácter excepcional de esta posibilidad exige una justificación reforzada de su adecuación, lo que no se hace en la resolución recurrida.

La reflexión y el juicio crítico sobre la propia conducta y sobre sus consecuencias, así como el reconocimiento de los hechos, son sin duda relevantes para el buen resultado del tratamiento, pero no han de ser su única finalidad. El tratamiento penitenciario, de conformidad con el artículo 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, y una y otra finalidad no pueden ser ajenas al delito o delitos por el que fueron condenados, en este caso, un delito de sedición y un delito de malversación de caudales públicos en su modalidad agravada.

Es una obviedad, por otro lado, que ni en este ni en ningún otro caso, el tratamiento penitenciario ha de estar dirigido a modificar el pensamiento político del interno. Dicho pensamiento será siempre ajeno a la actividad delictiva cometida. Nadie cumple condena en un Centro Penitenciario por sus ideas políticas. Buena prueba de ello es que el gobierno autonómico de Cataluña, en la actualidad, está presidido por un dirigente del mismo partido político -y, por tanto, de la misma ideología- que el interno recurrente. La sentencia que encabeza la presente ejecutoria -pese a que sus fundamentación y alcance quieran debilitarse mediante una inadmisibles reinterpretación por la administración penitenciaria- no condena a disidentes políticos, no condena a líderes independentistas. Considera autores de un delito de sedición y, en el presente caso, de un tipo agravado de malversación, a quienes dinamitaron las bases de la convivencia promoviendo un alzamiento tumultuario con el objeto de demostrar que las resoluciones del Tribunal

Constitucional y de los Jueces radicados en Cataluña ya no eran ejecutables. Despojar de capacidad ejecutiva a las resoluciones judiciales, recurriendo para ello a la incontrolada movilización ciudadana, implica la comisión de un delito de sedición, con independencia de la ideología que suscriba el autor de esa conducta.

En definitiva, la progresión al tercer grado es prematura. Es preciso que transcurra un período de tiempo mayor para que se pueda valorar adecuadamente la evolución del interno y del tratamiento penitenciario, máxime cuando la pena es tan elevada y la progresión se acuerda cuando aún no ha transcurrido ni la cuarta parte de la condena.

Se estima, pues, el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y se revoca el auto de 19 de agosto de 2020 dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5, de manera que el interno continuará clasificado en segundo grado.

2.- El Ministerio Público también recurre en apelación el auto de 7 de julio de 2020 que autoriza la aplicación al Sr. Junqueras de las medidas del artículo 100.2 del RP, tal y como había sido solicitado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Lledoners.

2.1.- Las alegaciones fundamentales del Ministerio Público serían las siguientes:

a) La medida del artículo 100.2 del RP es siempre excepcional, la petición debe ir debidamente motivada, señalar las razones tratamentales que la justifican y ha de ser objeto de interpretación restrictiva.

b) El Sr. Junqueras cumple una condena de 13 años prisión por los delitos de sedición y malversación de caudales públicos y el tratamiento penitenciario debería ser acorde a esta etiología delictiva.

c) No ha existido una auténtica asunción de los hechos.

d) Dado el contenido de la propuesta formulada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, no consta que vaya a influir positivamente en las carencias tratamentales del interno, puesto que a través de la concesión del régimen del art. 100.2 del RP, facilitando el trabajo del penado en el exterior en una situación equivalente al tercer grado, no se produce ningún efecto tratamental. No contiene dicha propuesta ningún razonamiento sobre por qué las tareas a realizar van a influir positivamente en el tratamiento del interno.

No sólo no existe relación alguna entre el delito cometido y la realización de actividad laboral, sino que los hábitos laborales no son un déficit que haya que trabajar en el interno.

e) El interno no ha cumplido ni siquiera la cuarta parte de la condena

f) La no aplicación en la sentencia condenatoria del art. 36.2 CP no supone la concesión automática del régimen que se recurre.

g) Tanto la LOGP como el RP no conciben un penado sin un proceso de tratamiento. La preparación para la reinserción social comienza en el establecimiento penitenciario mediante la sumisión a tratamiento

2.2.- La representación del Sr. Junqueras se opone al recuso formulado con base, resumidamente, en las siguientes alegaciones:

a) La propuesta de la Junta de Tratamiento es acorde con la legislación penitenciaria y en modo alguno puede calificarse de arbitraria.

Uno de los elementos característicos del tratamiento es su aspecto cambiante por lo que se ha de estar en todo momento a la evolución o involución del interno.

b) El Sr. Junqueras lleva un cumplimiento efectivo de casi tres años de prisión y esta situación es la que se ha de valorar para adecuar así su programa individualizado de tratamiento.

El interno, por otro lado, ha reconocido los hechos y asume sus responsabilidades. Cuestión distinta es entrar a valorar sus ideales políticos, que no pueden ser enjuiciados políticamente, ni mucho menos a nivel penitenciario.

c) Lo primero que ha de tenerse en cuenta para decidir el régimen más adecuado es la conducta del penado y no la tipología delictiva y la pena impuesta.

Se pretende una doble imposición de pena en el ámbito penitenciario.

El tiempo de prisión es el marco temporal durante el que ha de intervenir sobre las deficiencias detectadas de los internos para con su modificación lograr su plena intervención social.

d) El art. 100.2 del RP no impone un límite temporal, el Tribunal sentenciador rechazó la aplicación del art. 36.2 del CP y el Ministerio Público no puede cambiar la voluntad inequívoca del Tribunal sentenciador.

2.3.- Esta apelación formulada por el Ministerio Fiscal también ha de ser estimada.

2.3.1.- Sobre la conexión entre el artículo 100.2 RP y la actividad de clasificación, esta Sala se remite a su auto de 22 de julio de 2020. Declarábamos en él lo siguiente: *«el artículo 100.2 RP se enmarca en el ámbito de la “Clasificación de los penados”, que es la rúbrica del capítulo II del título IV del RP, 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 RP (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 alguna 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”, dice el artículo 100.1 del RP), con lo cual valorar si procede o no “combinar aspectos característicos” de esos tres grados (artículo 100.2 CP) también será, por coherencia sistemática, una actividad que incide en la clasificación.

La referencia del artículo 100.2 del RP a “que siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado” no obstaculiza esta 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 que la evolución de su tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del artículo 72 de la LOGP, le hace merecedor de ello.

Desde esta perspectiva, y como resaltaba el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 12 de marzo de 2020, el artículo 100.2 del RP afecta al modelo de ejecución de la pena -como lo hacen las clasificaciones en grado- y, en consecuencia, los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieran, al tratarse de una materia atinente -reiteramos- a la ejecución de la pena, deben ser examinados por el órgano sentenciador.

Este examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del art. 100.2 del RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustadas a derecho, que pretendan eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena. Y, lo que resulta más llamativo, hacerlo con la excusa de que al no tratarse de una materia sobre la clasificación de los penados, no le corresponde su revisión en apelación. El principio de flexibilidad que proclama el art. 100.2 del RP, de tanta importancia para hacer realidad el fin

constitucional de resocialización del penado, no convierte a las Juntas de Tratamiento en una última instancia llamada a corregir los desacuerdos de los funcionarios que las integran con el desenlace de un determinado proceso. Tampoco permite el traslado injustificado de un penado a otro centro penitenciario si esa decisión está estratégicamente dirigida a rectificar la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijada en atención al ámbito territorial en el que se asiente la prisión».

2.3.2.- El artículo 100.2 del RP es ciertamente una medida excepcional que exige una justificación individualizada de su pertinencia, como medida de flexibilización del grado. Debe fundamentarse, como señala el precepto, en un programa específico de tratamiento. Esa excepcionalidad obliga a una interpretación exigente de los presupuestos y requisitos que legitiman su aplicación.

Declarábamos en nuestro auto de 22 de julio lo siguiente: *«la propuesta correspondiente y su aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, deben reflejar una necesidad que ha de estar vinculada directamente con el proceso de reinserción del penado. Es este proceso de reinserción el que exige un programa específico de tratamiento, que no podría llevarse a cabo sin aplicar la flexibilización que prevé el art. 100.2 del RP. El programa de tratamiento ha de identificar, precisamente para su debido control judicial, la necesidad de la medida, la imposibilidad de su ejecución en el interior del centro penitenciario, su relevancia frente a otras alternativas y, en definitiva, su provisionalidad o permanencia en el tiempo. Sobre la necesidad de un programa específico de tratamiento como elemento de identificación del principio de flexibilidad ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestra STS 586/2019, 27 de noviembre.*

El tratamiento penitenciario, de conformidad con el artículo 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Y para su individualización, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, que debe tomar en cuenta, declara el art. 63.2 de la LOGP, no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del

interno, sino también “...la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”».

2.3.3.- La decisión sobre la aplicación del art. 100.2 del RP debe tener en cuenta, como en el caso de la progresión en grado, la duración de la pena impuesta al interno (13 años de prisión y 13 años de inhabilitación absoluta). Tan desacertado es, decíamos en nuestro auto de 22 de julio, *«atender como límite para la aplicación del art. 100.2 del RP sólo a la duración de la pena, como no hacerlo en absoluto».*

Por otro lado, como ya hemos explicado con anterioridad en esta resolución, nuestra decisión, en la sentencia condenatoria, sobre la no aplicación del artículo 36.2 CP no apoya la excarcelación pretendida.

Asimismo, no parece necesario incidir en por qué fue condenado el Sr. Junqueras y en la obviedad de que, como cualquier ciudadano, goza del derecho fundamental a la libertad ideológica.

2.3.4.- De conformidad con la propuesta remitida, que analizaremos a continuación, las salidas al exterior para desarrollar las tareas descritas tendrían lugar durante los lunes, martes y jueves desde las 11.30 h hasta las 16.30 h.

El Sr. Junqueras, por tanto, clasificado en segundo grado, que no cumplirá la cuarta parte de su condena hasta enero de 2021, disfrutará, de facto, de un régimen de semilibertad. Ya hemos indicado que la reinserción social es el fin principal de la pena, pero ello no implica la desaparición de otras finalidades, como la retributiva y la prevención general y especial.

2.3.5.- El Centro Penitenciario de Lledoners propone un plan de trabajo laboral en la Fundación Universitaria Bages, con desarrollo de funciones

docentes, en el horario ya indicado. Concretamente participará como profesor en el curso llamado *«Raíces de pensamiento contemporáneo y occidental»*.

La viabilidad y procedencia de esta propuesta, de acuerdo con los informes que la acompañan y le dan soporte, se vinculan por el centro penitenciario, *«a la necesidad de potenciar el área laboral en un entorno alejado del de los hechos delictivos donde se objetivarán las estrategias alcanzadas durante el proceso de intervención, encaminadas a la reinserción laboral»*. La finalidad de este régimen de vida flexible, se añade, *«se basará en combinar el área laboral retomando la actividad docente y continuar con el compromiso que ha tenido desde el inicio del cumplimiento de la pena de prisión con los internos del centro»*.

También se señala que se pretende trabajar la empatía y la diversidad personal y cultural, así como las competencias psicosociales del interno y dotarlo así de herramientas que le ayuden a la no reincidencia, *«propiciando con estas actividades y programas una ampliación en el interno de las miras en relación con la interrelación personal y social»*.

En esta línea, la resolución recurrida destaca que el interno ha realizado una profunda reflexión, es capaz de valorar las consecuencias de sus actos y asumir sus consecuencias y considera actualmente que el diálogo es el mecanismo para defender su posicionamiento y dar respuesta a los conflictos.

Examinado el contenido de esta propuesta, expuesta resumidamente, así como los motivos que la fundamentan, no se aprecia sin embargo vinculación alguna con el proceso de reinserción social del penado, de forma que la misma sea adecuada a su situación actual. Esa falta de conexión entre el programa de tratamiento y los delitos cometidos hace injustificable un régimen de semilibertad. La Sala no pone en duda el buen comportamiento del interno, su actitud plenamente colaborada con el Equipo y su implicación respecto a la correcta asistencia, rendimiento y actitud de las diferentes

actividades. Tampoco su trayectoria académica y profesional previa a la comisión de los delitos por los que ha sido condenado.

Pero, como ya advertimos en su momento al rechazar la aplicación de este mismo régimen respecto a la Sra. Forcadell y otros condenados en esta causa especial, nada de ello permite salvar esa ausencia absoluta de enlace entre el programa que se propone y el proceso de reinserción social del penado que, como es obvio, no puede ser ajeno a los delitos cometidos, un delito de sedición y un delito de malversación de caudales públicos en su modalidad agravada.

Ni en el contenido de la propuesta formulada ni los argumentos contenidos en el auto que se recurre permiten advertir qué efecto en el tratamiento penitenciario encaminado a su reinserción puede tener su contenido, que consiste en realizar las funciones docentes descritas con anterioridad, y particularmente, cómo *«se objetivarán esas estrategias alcanzadas durante el proceso de intervención»*, encaminadas, se dice a la reinserción laboral.

La Sala, como en diferentes resoluciones dictadas respecto de otros condenados en esta causa, detecta un equivocado examen en la resolución apelada cuando afirma que exigir esa conexión supondría, en el caso de autos, tratar de modificar o cambiar el pensamiento y la ideología política del interno. De nuevo, con llamativa contumacia, se parte de la premisa de que es ese pensamiento o ideología lo que motiva la condena del interno. Debería bastar una lectura reflexiva de la sentencia de esta Sala para descartar tan erróneo planteamiento.

El principio de flexibilidad que incorpora el art. 100.2 del RP, declarábamos en el auto de 22 de julio, *«sólo se entiende a partir de una estricta subordinación entre el régimen diseñado en la propuesta de aplicación y el objetivo de reinserción frente al delito por el que se ha impuesto una pena privativa de libertad. Sólo así cobra sentido la distancia que, en aplicación del*

principio constitucional de reinserción, llega a producirse, con carácter general, entre la duración nominal de la pena y el tiempo de cumplimiento efectivo».

Cabe por último incidir en que nuestra sentencia es el incontrovertido punto de partida para el cumplimiento de la pena y, en consecuencia, para el modo de ese cumplimiento, que ha de discurrir por los cauces previstos en la legislación penitenciaria que, por otro lado -y esto es otra obviedad- no pueden ser utilizados en fraude de ley y para mostrar un desacuerdo más o menos encubierto con la condena impuesta.

2.3.6.- En definitiva, valorando la excepcionalidad de la medida controvertida y el alcance con el que se propone la misma, su aplicación no se estima suficientemente justificada, pues no se fundamenta debidamente su necesidad en conexión con el proceso de reinserción del penado.

En consecuencia, se estima el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto de 7 de julio de 2020, que se revoca, denegándose la aplicación del régimen del art. 100.2 RP D. Oriol Junqueras Vies.

3.- La representación procesal del Sr. Junqueras formuló también recurso de reforma -desestimado por auto de 11 de agosto de 2020- y subsidiario de apelación contra la providencia de 28 julio de 2020 en la que se acordaba el efecto suspensivo de la clasificación en tercer grado.

Revocado el tercer grado, este recurso ha quedado privado de contenido, lo que basta para su desestimación.

Cabe indicar, en cualquier caso, lo siguiente:

El auto de 19 de agosto de 2020 confirmó la progresión a tercer grado del Sr. Junqueras y también su suspensión, que había sido acordada por providencia de 28 de julio y ratificada por auto de 11 de agosto de 2020.

El pronunciamiento relativo a la suspensión fue recurrido en reforma por la representación del Sr. Junqueras y confirmado por auto de 31 de agosto de 2020, que desestimó dicho recurso.

Este último auto fue declarado firme mediante diligencia de ordenación de 9 de septiembre de 2020.

Vistos los preceptos citados y demás que sean de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno **D. ORIOL JUNQUERAS VIES**, que **SE REVOCA**, de manera que éste deberá permanecer en segundo grado de clasificación.

2) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 7 de julio de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que autoriza la aplicación al interno **D. ORIOL JUNQUERAS VIES** de las medidas del artículo 100.2 RP, **DENEGANDO** dicha aplicación.

3) DESESTIMAR el recurso de apelación subsidiario formulado por la representación del Sr. Junqueras contra la providencia de 28 de julio de 2020 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados
indicados al margen.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco Ana María Ferrer García

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se ha recibido en este Tribunal Supremo testimonio de particulares de los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal

contra los autos de 7 de julio de 2020 y de 19 de agosto de 2020 dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona.

Así mismo, se recibió testimonio de particulares del recurso de apelación formulado por la representación de D. Jordi Turull Negre contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona de 1 de septiembre de 2020.

SEGUNDO.- Practicadas las actuaciones pertinentes, quedaron los autos para resolver. Se señaló el día 26 de noviembre para deliberación, prolongándose en días sucesivos hasta su terminación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - Se promueve por el Ministerio Fiscal recurso de apelación contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Cataluña en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno D. Jordi Turull Negre, acordada por la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

1.1.- En la resolución recurrida se refleja, en síntesis, sobre la situación y evolución del Sr. Turull, que ha transcurrido un tiempo relevante desde que se encuentra ingresado en prisión (2 años y 6 meses); hace asunción expresa del relato de hechos probados que se contiene en la sentencia y admite su responsabilidad en los mismos; ha realizado los programas y actividades de tratamiento específicamente pautados por el Equipo de Tratamiento, con resultados muy positivos y cumpliendo satisfactoriamente con su PIT; mantiene el nivel más alto del SAM; sus niveles de riesgo en la escala RISCANVI son bajos en todas las áreas, incluidas en la de reincidencia delictiva y en la de quebrantamiento de condena; ha tenido un acceso gradual y progresivo al exterior sin incidencia alguna, cumpliendo con los objetivos y

controles pautados por el Equipo; y tiene pleno soporte familiar en el exterior, con hábitos laborales consolidados.

En consecuencia, la resolución recurrida entiende que se han cumplido los dos fines primordiales de la pena, la reeducación y la reinserción social, así como la retención y custodia del penado, por lo que confirma la resolución que clasifica al penado en tercer grado de tratamiento en el régimen abierto común previsto en el art. 83 RP.

1.2. - El recurso del Ministerio Fiscal se ampara, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Incompatibilidad de la progresión a tercer grado con el cumplimiento de los fines de la pena, tanto los retributivos y de prevención general y especial como los de reeducación y resocialización.

b) Falta de modificación de aquellos rasgos de personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva tal y como exige el art. 65.2 de la LOGP, por cuanto el interno sigue considerando que los hechos por los que ha sido condenado no son constitutivos de delito.

c) Falta de evolución en el tratamiento exigido por los arts. 65 de la LOGP y 106 del RP.

d) No concurrencia de factores que justifiquen la aplicación del art. 104.3 del RP y no existencia de acercamiento progresivo con el exterior que permita valorar la supuesta evolución positiva.

e) Insuficiencia de los aspectos positivos tenidos en cuenta en la resolución administrativa recurrida y en la propuesta de la Junta de Tratamiento, así como en el auto que acuerda la progresión a tercer grado.

f) Vaciado del contenido de la pena.

1.3.- La representación del Sr. Turull solicita la confirmación del auto recurrido. Para ello sostiene, en síntesis, lo siguiente:

a) El fin primordial de las penas es la reinserción social y a ello se orienta la normativa penitenciaria. Los fines de prevención general y especial no son superiores.

b) La progresión a tercer grado no exige un límite temporal de cumplimiento y debe ser la máxima a la que ha de aspirar un régimen penitenciario basado en el principio de resocialización y el principio de instrumentalidad del régimen penitenciario al servicio de tratamiento, permitiendo así lograr una mayor individualización y facilitando la consecución del fin último de reinserción social.

c) La propuesta de progresión a tercer grado está motivada y muestra los elementos en los que se fundamenta la evolución del interno, con mención a la suficiencia para garantizar un comportamiento ajustado a la legalidad y un pronóstico de inserción favorable y un bajo riesgo de reincidencia o quebrantamiento de condena. Destacando al respecto que se ha producido una modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva.

d) El tercer grado no implica una condonación de la pena ni un indulto parcial, sino una modalidad más de cumplimiento de la pena al que se llega cuando la evolución del interno lo permita y concurren los requisitos personales, familiares y sociales para presumir el buen éxito del tratamiento.

e) Se pretende instaurar un castigo ejemplarizante para todos los condenados por la sentencia del *procés*, a través de una *«suerte de doble castigo, en tanto que además de la pena efectivamente impuesta, se pretende imponer una condena del itinerario penitenciario del interno»*.

f) El legislador no estableció ningún requisito temporal para la propuesta y aprobación de la progresión al tercer grado penitenciario ni realizó ninguna distinción en cuanto a la duración de la pena impuesta.

g) Las consideraciones del Ministerio Fiscal sobre el bien jurídico suponen convertir a los internos en instrumentos al servicio de la ejemplaridad social, permitiéndose únicamente que un interno progrese de grado penitenciario cuando, a juicio de Fiscalía, haya quedado la sociedad suficientemente convencida e instruida de que la pena ha cumplido su función retributiva.

h) Ni la gravedad del delito ni la duración de la pena son factores que impiden la progresión a tercer grado penitenciario, pues tales factores no se prevén por la normativa penitenciaria como impedimentos para la progresión. Ningún impedimento concibe la normativa penitenciaria para clasificar a un interno en tercer grado, sea cual sea el tiempo de cumplimiento.

i) Se observa un efecto intimidatorio de la pena en el interno, dado que la situación prolongada en el tiempo de encarcelamiento le ha conducido a reflexionar sobre lo sucedido y sobre la consecución de los hechos delictivos. Lo que se desprende, sin ningún género de dudas, de los informes de los profesionales del Equipo Técnico del Centro es que el recluso considera que las cosas deberían haberse hecho de otra manera, toda vez que asume que se podría haber actuado de otra forma, advirtiendo las consecuencias que se han originado con su conducta y admitiendo que no eran las consecuencias deseadas. Cuestión distinta, como erróneamente pretende el Ministerio Fiscal, es equiparar el reconocimiento del delito con el arrepentimiento.

j) Se ha producido una modificación positiva de los factores directamente relacionados con la actividad delictiva.

k) El Ministerio Fiscal no valora las variables positivas que concurren en el interno y pretende «*negativizar*» todo aquello que puede beneficiarle.

l) El hecho de que no haya un programa específico para el delito de sedición no significa que no se esté trabajando con el interno, como se haría con cualquier otro penado, con el objetivo que persigue cualquier tratamiento penitenciario, que es el que dispone el art. 59.2 de la LGP. El interno ha venido realizando un tratamiento acorde con la tipología delictiva.

m) El Ministerio Fiscal pretende, en realidad, otorgar a la pena de prisión del Sr. Turull una finalidad puramente retributiva y, a la vez, intentar que rechace su ideología política bajo la excusa de una hipotética necesidad de reeducación.

n) Cumplida la cuarta parte de la condena, ninguna impunidad puede predicarse de la concesión del tercer grado cuando concurren todos los requisitos para su concesión.

1.4. - Examinadas las alegaciones del Fiscal y la defensa, el recurso ha de ser estimado, al no concurrir los presupuestos necesarios para la progresión del interno a tercer grado.

El tercer grado concedido al interno determina, de acuerdo con el art. 101 del RP, la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades. Esta clasificación, por otro lado, de conformidad con el art. 102.4 del citado reglamento, se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Y la decisión al respecto, exigirá, de acuerdo con el apartado segundo de este último precepto, que las Juntas de Tratamiento ponderen la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el interno y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

La progresión en el grado de clasificación dependerá, así mismo, de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará

un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad (art. 106.2 del RP).

En definitiva, el interno ha de mostrar una evolución positiva que justifique dicha progresión y, con ello, un mayor régimen de libertad, ponderando a estos efectos los factores citados con anterioridad que, como destaca el precepto citado, están directamente relacionados con la actividad delictiva objeto de condena.

En este contexto, y de acuerdo con el art. 63.2 de la LGP, la clasificación del penado debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales, en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

1.5.- El Sr. Turull fue condenado a 12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta como autor de un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación, agravado por razón de su cuantía.

Es patente que el delito -en este caso, los delitos- y la pena han de ser valorados para la clasificación del penado y su progresión en grado. De hecho, los recursos de apelación contra las decisiones al respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria corresponden al órgano sentenciador.

El art. 102.4 del RP, en línea con el art. 63.2 de la LOGP, menciona expresamente la duración de la pena como uno de los elementos a ponderar para la progresión a tercer grado. El apartado 3 del art. 104 del mismo reglamento prevé como un supuesto especial que se conceda el tercer grado a un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas impuestas. En estos casos, continúa este precepto, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el

proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el art. 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.

La interpretación del precepto no deja mucho margen para la duda. La concesión del tercer grado a un interno que no haya cumplido la cuarta parte de la condena es excepcional y exige, en consecuencia, una justificación reforzada con base en los parámetros señalados en su texto. Una justificación reforzada, lógicamente, con respecto a la exigible en los supuestos en los que se propone para el tercer grado a un interno que ya ha cumplido la cuarta parte de la condena.

El precepto no es un obstáculo para la reinserción ni tampoco una simple delimitación para solicitar permisos penitenciarios. Este precepto refuerza, como hemos adelantado, la vinculación entre la duración de la pena y la progresión de grado, porque es evidente que no sólo se ha de valorar respecto a aquella el fin último reinsertador, sino también los efectos de prevención general y especial.

En el caso de autos, la pena alcanza los 12 años y el Sr. Turull aún no había cumplido la cuarta parte de su condena cuando se acordó la progresión de grado en julio de 2020, ni tampoco la ha cumplido al momento de dictar esta resolución, sino que la cumplirá en febrero de 2021; así como la mitad de la misma en febrero de 2024.

1.6.- La Sala tiene que rechazar como argumento de apoyo a la progresión de grado acordada -expresado en el auto recurrido y en el escrito de alegaciones de la defensa- nuestra decisión de descartar, en el fallo de la sentencia de la que deriva la presente ejecutoria, la aplicación del art. 36.2 del CP. La no aplicación del art. 36.2 del CP supuso, decíamos allí, *«que esta Sala no creyó necesario imponer, con los argumentos que expusimos en la sentencia dictada, el denominado “período de seguridad” que prevé el precepto. Esa decisión no impide que la duración de la pena sea un elemento a ponderar en el devenir de la ejecución, como tampoco supone un plácet para*

anticipar, cuando no procede, la aplicación del tercer grado o de las previsiones del art. 100.2 del RP».

Una vez más, la Sala se ve obligada a reiterar lo que ya ha sido suficientemente explicado en anteriores resoluciones. Y es que proclamar que el art. 36.2 del CP no es aplicable a la modelo de ejecución de la condena impuesta por el hecho declarado probado, nunca podrá ser interpretado como un pronunciamiento favorable a la improcedente anticipación del tercer grado.

También resulta pertinente reiterar aquí que en la tarea de acomodar el cumplimiento de las penas impuestas a los fines constitucionales que inspiran la ejecución de las penas privativas de libertad, nuestra sentencia no tiene que ser permanentemente reinterpretada. En los hechos declarados probados y en su fundamentación jurídica se encuentran las claves para explicar la gravedad de los hechos sentenciados y su efecto demoledor para la convivencia democrática. Su detenida lectura descarta cualquier quiebra del principio de proporcionalidad. Pero, sobre todo, pone de manifiesto una idea clave de la que no puede prescindirse.

En efecto, ni el Sr. Turull, ni ninguno de los acusados en este procedimiento, han sido condenados por perseguir la independencia de Cataluña. Las ideas de reforma, incluso ruptura, del sistema constitucional no son, desde luego, delictivas. Su legitimidad es incuestionable, está fuera de cualquier duda. El pacto de convivencia proclamado por el poder constituyente no persigue al discrepante. Ampara y protege su ideología, aunque ésta atente a los pilares del sistema.

El Sr. Turull tampoco fue condenado por su ideología independentista. Fue declarado autor de un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación con base en los hechos declarados probados en el juicio histórico de nuestra sentencia.

Cabe aquí destacar, como hicimos en la resolución de 22 de julio ya citada, y dadas algunas de las valoraciones incluidas en la documentación

remitida junto a la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, que los hechos declarados probados en nuestra sentencia ya no pueden ser objeto de reinterpretación ni por el penado ni por terceros. Esta resolución *«es el incontrovertido punto de partida para el cumplimiento de la pena y, en consecuencia, para el modo de ese cumplimiento, que ha de discurrir por los cauces previstos en la legislación penitenciaria que, por otro lado -y esto es otra obviedad- no pueden ser utilizados en fraude de ley y para mostrar un desacuerdo más o menos encubierto con la condena impuesta»*.

1.7- El auto recurrido, de conformidad con la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, destaca, en síntesis, que el interno es un delincuente primario; que lleva un largo período ingresado en prisión, concretamente dos años y seis meses; tiene buena conducta, constando en los informes del Equipo Técnico que su conducta en prisión es adaptada a la normativa regimental, con ausencia de expedientes disciplinarios y que se relaciona con los diversos profesionales del Equipo con sentido colaborador e implicación en su Programa Individualizado de Tratamiento (PIT), el cual viene cumpliendo muy favorablemente desde su llegada al Centro.

También que, según los informes presentados, reconoce los hechos probados en la sentencia, y si bien no cambiaría sus convicciones, sí que buscaría otras vías o mecanismos para conseguirlo, así como es sensible a las consecuencias negativas de su conducta y asume la responsabilidad de sus acciones, mostrando motivación para el cambio y observándose un importante efecto intimidatorio de la pena.

Resalta igualmente la resolución recurrida que el tratamiento individualizado ha realizado su función siendo así que *«ya tiene las herramientas, habilidades y conocimientos suficientes para alcanzar con éxito el retorno a la comunidad y reemprender así su rol de ciudadano activo»*. Y añade que *«la rehabilitación se ha dirigido a una reflexión responsable sobre las decisiones tomadas, las actuaciones y la conducta del interno en el*

momento de los hechos, las consecuencias que se derivaron y la asunción de responsabilidad». Se destaca (citando los informes del Equipo de Tratamiento) en qué ha consistido el tratamiento: «Su tratamiento ha incluido actividades orientadas a potenciar el juicio crítico, de planificación y análisis en la toma de decisiones, así como conocer y analizar los antecedentes y las consecuencias de los hechos por los que ha sido condenado. En relación con el primer punto, ha participado en el programa de excavaciones de palabras como mecanismo para intercambiar conocimiento y profundizar en la capacidad de razonar, escuchar y desarrollar, de manera conjunta, el pensamiento y el discurso mediante el lenguaje, el diálogo y los valores éticos. También ha dinamizado parte de las actividades socioeducativas que se han hecho dentro del módulo, las cuales ayudan a promover la convivencia. En relación al segundo punto, el interno ha sido capaz de reconocer los factores que van predisponer y desencadenar la comisión de los hechos recogidos en sentencia, reflexionando sobre éstos y eliminando los mecanismos de defensa presentes en el inicio del cumplimiento... si bien el pensamiento político del interno no es punible ni es la causa de la actual condena ello no obstante sí que ha sido objeto de intervención la reivindicación del mismo fuera del marco legal».

Los argumentos expuestos, sin embargo, no explican suficientemente la justificación de una concesión, sin duda temprana, del tercer grado.

Por un lado, no explican cuál ha sido la evolución y la progresión del tratamiento que ha seguido el penado, la cual dependerá, establece el art. 65.2 de la LGP, de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

Por otro, no hace mención alguna a cuáles son las razones que justifican esta progresión al tercer grado antes incluso de que se haya cumplido la cuarta parte de la condena. Como hemos expuesto con

anterioridad, el carácter excepcional de esta posibilidad exige una justificación reforzada de su adecuación, lo que no se hace en la resolución recurrida.

La reflexión sobre la propia conducta y sobre sus consecuencias, así como el reconocimiento de los hechos y sus efectos, son relevantes, sin duda, para el buen resultado del tratamiento, pero no han de ser su única finalidad. El tratamiento penitenciario, de conformidad con el art. 59.1 de la LOGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Y una y otra finalidad no pueden ser ajenas a los delitos por los que fue condenado.

En definitiva, la progresión al tercer grado es prematura. Es preciso que transcurra un período de tiempo mayor para que se pueda valorar adecuadamente la evolución del interno y del tratamiento penitenciario, máxime cuando la pena impuesta al Sr. Turull es tan elevada y la progresión se acuerda cuando aún no ha transcurrido ni la cuarta parte de la condena.

Se estima pues el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y se revoca el auto de 19 de agosto de 2020 dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona, de manera que el interno continuará clasificado en segundo grado.

2.- El Ministerio Fiscal también recurre en apelación el auto de 7 de julio de 2020, que autoriza la aplicación al Sr. Turull de las medidas del art. 100.2 del RP, tal y como había sido solicitado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Lledoners.

2.1.- Sus alegaciones fundamentales serían las siguientes:

a) La medida del art. 100.2 del RP es siempre excepcional y requiere que se fundamente en un programa específico de tratamiento.

b) Dado el contenido de la propuesta formulada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, no consta que vaya a influir

positivamente en las carencias tratamentales del interno, puesto que, a través de su concesión, facilitando el trabajo del penado en el exterior en una situación equivalente al tercer grado, no se produce ningún efecto tratamental. La propuesta no contiene ningún razonamiento de por qué las tareas a realizar pueden influir de forma positiva en las carencias tratamentales del interno.

c) El Sr. Turull cumple una condena de 12 años de prisión y cuando se elevó la propuesta aún no se había cumplido la cuarta parte de la condena. Si bien es cierto que el art. 100.2 del RP no se refiere a ningún límite temporal, la reinserción y reeducación social no son las únicas finalidades legítimas de las penas.

d) La no aplicación en la sentencia condenatoria del art. 36.2 CP no supone la concesión automática del régimen que se recurre.

2.2.- La representación del Sr. Turull se opone al recuso formulado con base, resumidamente, en las siguientes alegaciones:

a) Todos los informes del Equipo Multidisciplinar analizan las variables relacionadas con el interno y su tratamiento y contienen una específica valoración de la motivación de la aplicación del art. 100.2 RP.

b) A pesar de tratarse de un modelo excepcional, en caso de concurrir, como es el caso, los requisitos para su concesión, la excepcionalidad no ha de entenderse como una barrera para su concesión.

c) El Sr. Turull lleva más de dos años privado de libertad, ha gozado de diversos permisos extraordinarios de salida para visitar a su padre ingresado en el hospital sin incidencia alguna, goza de una conducta plenamente adaptada a la normativa penitenciaria, sin la existencia de expedientes disciplinarios, el resultado de la escala RisCanvi es de riesgo bajo en todas las variables evaluadas y además existe un programa de tratamiento específico que se pretende alcanzar con la aplicación del art. 100.2 RP.

d) Es cierto que el interno no ha realizado un programa específico de tratamiento para el delito de sedición, pero ello es lógico porque el centro penitenciario no dispone de un programa específico para dicha etiología delictiva, atendiendo a la falta de antecedentes actuales ni históricos respecto a las condenas por tal delito. Pero ello no implica que no se esté trabajando con él como se haría con cualquier interno y ello con la finalidad prevista en el art. 59.2 LGP.

e) La condena que cumple el Sr. Turull es la primera y única impuesta, ha aceptado las consecuencias de los hechos por los que fue condenado y las está cumpliendo de modo ejemplar. Lo que exige la normativa penitenciaria es que por parte del penado exista esa aceptación y no un arrepentimiento o una declaración contraria a su pensamiento o a su ideología política. La necesidad de reeducación alegada por la Fiscalía esconde en realidad una pretensión de que el interno renuncie a su ideología política.

c) El legislador no estableció ningún límite temporal para la aplicación del art. 100.2 RP y el Tribunal sentenciador no hizo distinción en cuanto a la duración de la pena impuesta, rechazando la aplicación del art. 36.2 CP.

2.3.- Esta apelación formulada por el Ministerio Fiscal también ha de ser estimada.

2.3.1.- Sobre la conexión entre el art. 100.2 RP y la actividad de clasificación, esta Sala se remite a su auto de 22 de julio de 2020. Declaráramos en él lo siguiente: *«el art. 100.2 RP se enmarca en el ámbito de la “Clasificación de los penados”, que es la rúbrica del capítulo II del título IV del RP, 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 art. 100 RP (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 alguna 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”, dice el art. 100.1 del RP), con lo*

cual valorar si procede o no “combinar aspectos característicos” de esos tres grados (art. 100.2 CP) también será, por coherencia sistemática, una actividad que incide en la clasificación.

La referencia del art. 100.2 del RP a “que siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado” no obstaculiza esta conclusión. La previsión del art. 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 que la evolución de su tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del art. 72 de la LOGP, le hace merecedor de ello.

Desde esta perspectiva, y como resaltaba el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 12 de marzo de 2020, el art. 100.2 del RP afecta al modelo de ejecución de la pena -como lo hacen las clasificaciones en grado- y, en consecuencia, los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieran, al tratarse de una materia atinente -reiteramos- a la ejecución de la pena, deben ser examinados por el órgano sentenciador.

Este examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del art. 100.2 del RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustadas a derecho, que pretendan eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena. Y, lo que resulta más llamativo, hacerlo con la excusa de que al no tratarse de una materia sobre la clasificación de los penados, no le corresponde su revisión en apelación. El principio de flexibilidad que proclama el art. 100.2 del RP, de tanta importancia para hacer realidad el fin constitucional de resocialización del penado, no convierte a las Juntas de Tratamiento en una última instancia llamada a corregir los desacuerdos de los funcionarios que las integran con el desenlace de un determinado proceso. Tampoco permite el traslado injustificado de un penado a otro centro

penitenciario si esa decisión está estratégicamente dirigida a rectificar la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijada en atención al ámbito territorial en el que se asiente la prisión».

2.3.2.- El art. 100.2 del RP es ciertamente una medida excepcional que exige una justificación individualizada de su pertinencia, como medida de flexibilización del grado. Debe fundamentarse, como señala el precepto, en un programa específico de tratamiento. Esa excepcionalidad obliga a una interpretación exigente de los presupuestos y requisitos que legitiman su aplicación.

Declaráramos en nuestro auto de 22 de julio lo siguiente: *«La propuesta correspondiente y su aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, deben reflejar una necesidad que ha de estar vinculada directamente con el proceso de reinserción del penado. Es este proceso de reinserción el que exige un programa específico de tratamiento, que no podría llevarse a cabo sin aplicar la flexibilización que prevé el art. 100.2 del RP. El programa de tratamiento ha de identificar, precisamente para su debido control judicial, la necesidad de la medida, la imposibilidad de su ejecución en el interior del centro penitenciario, su relevancia frente a otras alternativas y, en definitiva, su provisionalidad o permanencia en el tiempo. Sobre la necesidad de un programa específico de tratamiento como elemento de identificación del principio de flexibilidad ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestra STS 586/2019, 27 de noviembre.*

El tratamiento penitenciario, de conformidad con el art. 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Y para su individualización, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, que debe tomar en cuenta, declara el art. 63.2 de la LOGP, no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también "...la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y

dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”.

2.3.3.- La decisión sobre la aplicación del art.100.2 del RP debe tener en cuenta, como en el caso de la progresión en grado, la duración de la pena impuesta al interno (12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta). Tan desacertado es, decíamos en nuestro auto de 22 de julio, *«atender como límite para la aplicación del art. 100.2 del RP sólo a la duración de la pena, como no hacerlo en absoluto».*

Por otro lado, como ya hemos explicado con anterioridad, nuestra decisión sobre no aplicación del art. 36.2 del CP no apoya la excarcelación pretendida.

Asimismo, no parece necesario incidir en por qué fue condenado el Sr. Turull y en la obviedad de que, como cualquier ciudadano, goza del derecho fundamental a la libertad ideológica. Y este derecho en modo alguno puede verse condicionado o restringido durante la ejecución de la condena impuesta. La pena en ejecución no es el desenlace de una sentencia dictada para reprimir una determinada forma de concebir la realidad política sobre la que se asienta nuestra convivencia. El Sr. Turull fue declarado autor de un delito de sedición, en concurso con un delito de malversación de caudales públicos, por haber liderado, desde su privilegiada posición de miembro del gobierno autonómico, un alzamiento tumultuario que tuvo por objeto demostrar que, a partir de ese momento, el Tribunal Constitucional y los Jueces con competencia en el territorio de la comunidad autónoma catalana habían sido privados de su potestad jurisdiccional.

2.3.4.- El auto recurrido señala que, de conformidad con la propuesta del centro penitenciario, las salidas al exterior para desarrollar las tareas descritas tendrían lugar de lunes a viernes de 9:00 horas a 19:00 horas (fundamento séptimo *in fine*).

El Sr. Turull, por tanto, clasificado en segundo grado y que, según el auto recurrido, tiene prevista cumplir la cuarta parte de su condena en febrero de 2021 y no cumplirá la mitad hasta febrero de 2024, disfrutaría, *de facto*, de un régimen de semilibertad. Ya hemos indicado que la reinserción social es el fin principal de la pena, pero ello no implica la desaparición de otras finalidades, como la retributiva y la prevención general y especial.

2.3.5.- El Centro Penitenciario propone, en síntesis, un plan para *«potenciar el área laboral en un entorno alejado al de los hechos delictivos, ejerciendo como abogado en asesoramiento jurídico, redacción de informes jurídicos, formación del personal y coordinación y liderazgo de nuevos proyectos en el despacho de abogados Badia»*. Ello con la finalidad de aportar ingresos económicos a la familia y objetivar las estrategias alcanzadas durante el proceso de intervención, encaradas a la reinserción. Concretamente, el auto recurrido indica que: *«Se propone la aplicación del régimen de vida flexible del art. 100.2 RP para realizarlo en el exterior con el fin de objetivar las estrategias alcanzadas durante el proceso de intervención tratamental en medio cerrado, atendiendo que el informado ha realizado tratamiento en relación a su tipología delictiva en el Centro Penitenciario, con intervención individual y grupal... así como se le han propuesto actividades a nivel tratamental... para dotarlo de herramientas que le ayuden a la no reincidencia delictiva y a la estabilidad laboral, lo que será conveniente para su proceso de rehabilitación y dar continuidad en su proceso de tratamiento que tan buena evolución tiene en el Centro Penitenciario»*.

Examinado el contenido de esta propuesta, así como los motivos que la fundamentan, no se aprecia sin embargo vinculación alguna con el proceso de reinserción social del penado, de forma que la misma sea adecuada a su situación actual. Esa falta de conexión entre el programa de tratamiento y el delito cometido hace injustificable un régimen de semilibertad.

La Sala no pone en duda cuál haya sido el comportamiento del penado en prisión, del que la propuesta destaca que ha realizado tratamiento en relación con su tipología delictiva *«con la realización de las actividades que se*

le han propuesto a nivel tratamental, como actividades culturales y de dinamización voluntaria en actividades transversales que se efectúan en el CP, en concreto participa en el programa "gestión del tiempo" y también participa en la actividad de teatro junto con otros internos, asiste a la escuela para complementar su formación en informática, todo ello con el fin de trabajar la empatía, la diversidad personal y cultural, así como las competencias psicosociales del interno y dotarlo así de herramientas que le ayuden a la no reincidencia». Por su parte, el auto recurrido señala que «la conducta del interno en prisión es adaptada a la normativa regimental, con ausencia de expedientes disciplinarios, con una evolución conductual correcta en el módulo en el que está ubicado. No le constan otras causas pendientes. También se indica que desde su llegada al Centro, el interno se relaciona de forma adecuada con los diversos profesionales, con los funcionarios y resto del personal y con los demás internos».

Ni el contenido de la propuesta formulada ni los argumentos del auto que se recurre permiten advertir qué efecto en el tratamiento penitenciario encaminado a su reinserción puede tener el plan propuesto, que consiste en el ejercicio de la abogacía.

La Sala detecta un equivocado examen en la resolución apelada cuando afirma que la exigencia por el Ministerio Fiscal de un tratamiento específico equivaldría a la realización de un programa específico para cambiar o modificar el pensamiento y la ideología política del interno. Es una obviedad que estos, cualesquiera que sean, son legítimos en nuestro ordenamiento jurídico. Una vez más, se parte de la errónea premisa de que son ese pensamiento o ideología lo que han motivado la condena del interno. Una serena y detenida lectura de la sentencia que abre la presente ejecutoria, debería ser suficiente para descartar ese contumaz equívoco.

El principio de flexibilidad que incorpora el art. 100.2 del RP, declarábamos en el auto de 22 de julio, «sólo se entiende a partir de una estricta subordinación entre el régimen diseñado en la propuesta de aplicación y el objetivo de reinserción frente al delito por el que se ha impuesto una pena

privativa de libertad. Sólo así cobra sentido la distancia que, en aplicación del principio constitucional de reinserción, llega a producirse, con carácter general, entre la duración nominal de la pena y el tiempo de cumplimiento efectivo».

La defensa del Sr. Turull sugiere que la ausencia de un programa específico para la ejecución de las penas impuestas por un delito de sedición es perfectamente entendible, a la vista de la falta de antecedentes, actuales o históricos, respecto a las condenas por tal delito. La Sala no puede aceptar este razonamiento. De hecho, llevado a sus últimas consecuencias, implicaría admitir que sólo aquellas condenas que cuentan con precedentes estadísticos serían susceptibles de acomodar su ejecución a los fines constitucionales. Cuando el delito vulnera el pacto de convivencia y transmite a la sociedad que las decisiones del Tribunal Constitucional y de los Jueces y Tribunales competentes en Cataluña pueden convertirse, mediante una movilización tumultuaria, en resoluciones puramente simbólicas, sin capacidad para obligar a sus destinatarios, es evidente que el programa de ejecución ha de orientarse a corregir esa idea. Y ello nada tiene que ver con la libertad ideológica. El ejercicio de este derecho, pieza angular de un sistema democrático, no autoriza a dinamitar las bases de la convivencia ni el normal funcionamiento del Estado de Derecho.

La Administración penitenciaria no puede distanciarse de los principios y garantías que informan la ejecución de las penas de prisión impuestas por los Tribunales. Su acatamiento de la legalidad no debe hacerse depender de su grado de identificación o desacuerdo con la argumentación jurídica sobre la que se fundamenta la condena. De lo contrario, se subvierte el papel que la ley reserva a los órganos administrativos que, de esta forma, se convierten en una extravagante tercera instancia que se arroga la tarea de hacer más justa la decisión emanada de los jueces y tribunales constitucionalmente llamados al ejercicio de la función jurisdiccional. Los órganos de la administración penitenciaria no pueden vaciar la respuesta penal proclamada por un Tribunal de justicia, sometiendo su sentencia a una relectura que disfraza un tratamiento penitenciario privilegiado y, precisamente por ello, improcedente.

La reiteración de esta idea -que la Sala ya ha expuesto en anteriores resoluciones- no debería resultar ya necesaria.

2.3.6.- En definitiva, valorando la excepcionalidad de la medida controvertida y el alcance con el que se propone la misma, no se estima suficientemente justificada en el caso de autos, pues no se fundamenta debidamente su necesidad en conexión con el proceso de reinserción del penado.

En consecuencia, se estima el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto de 7 de julio de 2020, que se revoca, denegándose la aplicación del régimen del art. 100.2 del RP a D. Jordi Turrul Negre.

3.- La representación procesal del Sr. Turull formula recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona de fecha 1 de septiembre de 2020 que, desestimando el recurso de reforma interpuesto contra el anterior de 19 de agosto de 2020, confirmaba la suspensión de la aplicación de la progresión a tercer grado del citado.

Este recurso ha quedado privado de contenido, una vez que se han estimado los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal y se han revocado, tanto la progresión al tercer grado, como la aplicación del régimen previsto en el art. 100.2 del RP.

Ello basta para su desestimación.

Vistos los preceptos citados y demás que sean de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno D. JORDI TURULL NEGRE, que **SE REVOCA**, de manera que este deberá permanecer en segundo grado de clasificación.

2) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 7 de julio de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que autoriza la aplicación al interno D. JORDI TURULL NEGRE de las medidas del art. 100.2 RP, **DENEGANDO** dicha aplicación.

3) DESESTIMAR el recurso de apelación presentado por la representación de D. JORDI TURULL NEGRE contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona de 1 de septiembre de 2020.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se ha recibido en este Tribunal Supremo testimonio de particulares de los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal

contra los autos de 23 de junio y de 19 de agosto de 2020, dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona.

Asimismo, se recibió testimonio de particulares del recurso de apelación subsidiario formulado por la representación de D. Raúl Romeva Rueda contra la providencia de 28 de julio de 2020 dictada por el mismo Juzgado.

SEGUNDO.- Practicadas las actuaciones pertinentes, quedaron los autos para resolver. Fue señalado el día 26 de noviembre del corriente año para deliberación y fallo, prolongándose el tiempo necesario para el examen y valoración del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - Se promueve por el Ministerio Fiscal recurso de apelación contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno D. Raúl Romeva Rueda acordada por la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

1.1.- En la resolución recurrida se refleja que ha transcurrido un tiempo relevante desde que el interno se encuentra ingresado en prisión, primero como preventivo y luego cumpliendo condena; que ha hecho asunción expresa de los hechos por los que ha sido condenado y que admite su responsabilidad; que ha realizado los programas y actividades específicamente pautados por el Equipo de tratamiento, con resultados muy positivos y cumpliendo satisfactoriamente con el PIT; que mantiene el nivel más alto del SAM; que sus niveles de riesgo en la escala RISCANVI son bajos en todas las áreas, incluidas la reincidencia delictiva y el quebrantamiento de condena; que ha

tenido un acceso al exterior, gradual, progresivo y sin incidencias; y que goza de pleno soporte familiar con hábitos laborales consolidados.

También se destaca que ha reflexionado sobre lo sucedido y sobre las decisiones tomadas y que no constan, según los informes aportados, riesgo de reiteración delictiva; que ha colaborado con todas las actividades y entrevistas del Equipo; que ha realizado las actividades y programas que le han sido pautados y que ya cuenta con las herramientas, conocimientos y habilidades suficientes para alcanzar con éxito el retorno a la comunidad y reemprender su rol de ciudadano activo.

Se añade que su tratamiento ha incluido actividades destinadas *«a potenciar el juicio crítico, de planificación y análisis en la toma de decisiones, así como conocer y analizar los antecedentes y las consecuencias de los hechos por los que ha sido condenado. También ha dinamizado parte de las actividades socio-educativas que se han hecho dentro del módulo, las cuales ayudan a promover la convivencia. El interno ha sido capaz de reconocer los factores que van a predisponer y desencadenar la comisión de los hechos recogidos en la sentencia, reflexionando sobre éstos y eliminando los mecanismos de defensa presentes en el inicio del cumplimiento»*. Todo ello se ha abordado mediante *«sesiones individuales de tratamiento donde se ha trabajado en el análisis funcional de la conducta recogida en la sentencia, siendo capaz de detectar los factores que predispusieron y desencadenaron los hechos, eliminando mecanismos de defensa presentes en el inicio del cumplimiento de la condena y actualmente valora estrategias de diálogo alternativas dentro de la legalidad»*.

Según la resolución de instancia, todas estas circunstancias y factores positivos permiten valorar que se han cumplido los dos fines primordiales de la pena, que son la reeducación y la reinserción del penado, y su retención y custodia. De ahí que, desestimando el previo recurso de alzada interpuesto por el Ministerio Fiscal, se confirmó la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la Víctima, del Departamento de Justicia de

la Generalitat de Cataluña, que clasifica al penado en tercer grado de tratamiento, en el régimen abierto común previsto en el artículo 83 RP.

1.2. - El recurso del Ministerio Fiscal se ampara, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Incompatibilidad de la progresión a tercer grado con el cumplimiento de los fines de la pena, tanto los retributivos y de prevención general y especial, como los fines de reinserción y resocialización

Se destaca que el interno ha sido condenado a doce años de prisión por un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos, agravado por la cuantía, y que no será hasta febrero del 2021 cuando cumpla la cuarta parte de la condena.

b) Falta de modificación de aquellos rasgos de personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva tal y como exige el art. 65.2 de la LOGP, por cuanto el interno sigue considerando que los hechos por los que ha sido condenado no son constitutivos de delito.

c) Falta de evolución en el tratamiento, tal como exige el 65 de la LOGP y el art. 106 del RP.

d) No concurrencia de factores que justifiquen la aplicación del art. 104.3 del RP y no existencia de acercamiento progresivo con el exterior que permita valorar la supuesta evolución positiva.

Se destaca que el otorgamiento del tercer grado cuando, como es el caso, aún no se ha cumplido la cuarta parte de la condena tiene carácter excepcional y especial.

También que se ha otorgado de modo conjunto y no individualizado a todos los condenados por la STS de 14 de octubre de 2019.

e) Insuficiencia de los aspectos positivos tenidos en cuenta en la resolución administrativa recurrida y en la propuesta de la Junta de Tratamiento, así como en el auto que acuerda la progresión a tercer grado.

f) Vaciado del contenido de la pena.

1.3. - La representación del Sr. Romeva solicita la confirmación del auto recurrido y entiende que el Ministerio Fiscal no obra de forma consecuente, ni con la legislación actual penitenciaria, ni con la realidad en la que se ha resuelto la progresión a tercer grado.

Sostiene, en síntesis, lo siguiente:

a) Ya ha habido un cumplimiento efectivo de privación en régimen ordinario durante un tiempo considerable.

b) El tratamiento se caracteriza por su aspecto cambiante y se ha de estar en todo momento a la evolución o involución del interno.

c) La concesión del tercer grado ha de ajustarse a las previsiones del artículo 104 e) del RP, que es el que ha inspirado la resolución recurrida.

En el marco del plan de trabajo *«se establecieron actividades orientadas a potenciar las capacidades de juicio crítico, de planificación y análisis en la toma de decisiones, potenciar el pensamiento flexible y creativo, y también conocer y analizar las consecuencias de los hechos por los cuales ha sido condenado»*.

d) El interno ha cumplido escrupulosamente con los objetivos marcados y el plan de tratamiento propuesto.

El Ministerio Fiscal refleja en su recurso su desacuerdo con el planteamiento penitenciario propuesto, extralimitándose en sus funciones.

e) No existe desconexión entre el programa individualizado de tratamiento planteado y la pena.

El Ministerio Fiscal, por otro lado, no quiere que sea valorable la buena conducta, los resultados del test RISCANVI o el tratamiento llevado a cabo con la psicóloga; y sus interpretaciones sobre el contenido de las entrevistas del interno son valoraciones subjetivas y extraídas de contexto.

f) Se pretende una doble imposición de pena en el ámbito penitenciario.

El tiempo de prisión es el marco temporal durante el que ha de intervenir sobre las deficiencias detectadas de los internos para con su modificación lograr su plena intervención social. El límite de la cuarta parte de la condena no debe ser un obstáculo para la reinserción, sino que simplemente es una delimitación para solicitar permisos penitenciarios.

1.4. - Examinadas las alegaciones del Fiscal y la defensa, el recurso ha de ser estimado, al no concurrir los presupuestos necesarios para la progresión del interno a tercer grado.

El tercer grado concedido al interno determina, de acuerdo con el artículo 101 del RP, la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades. Esta clasificación, por otro lado, de conformidad con el artículo 102.4 del citado Reglamento, se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Y la decisión al respecto exigirá, de acuerdo con el apartado segundo de este último precepto, que las Juntas de Tratamiento ponderen la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

La progresión en el grado de clasificación dependerá, asimismo, de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad (art. 106.2 RP).

En definitiva, el interno ha de mostrar una evolución positiva que justifique dicha progresión y, con ello, un mayor régimen de libertad, ponderando a estos efectos los factores citados con anterioridad que, como destaca el precepto citado, están directamente relacionados con la actividad delictiva objeto de condena.

En este contexto, de acuerdo con el art. 63.2 de la LGP, la clasificación del penado debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

1.5.- El Sr. Romeva fue condenado a 12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta como autor de un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación, agravado por razón de su cuantía.

Es patente que el delito -en este caso, los delitos- y la pena han de ser valorados para la clasificación del penado y su progresión en grado. De hecho, los recursos de apelación contra las decisiones al respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria corresponden al órgano sentenciador.

El artículo 102.4 del RP, en línea con el artículo 63.2 de la LOGP, menciona expresamente la duración de la pena como uno de los elementos a ponderar para la progresión a tercer grado.

Por su parte, el apartado tres del artículo 104 del mismo reglamento dispone: *«para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado»*.

La interpretación del precepto no deja mucho margen para la duda. La concesión del tercer grado a un interno que no haya cumplido la cuarta parte de la condena es excepcional y exige, en consecuencia, una justificación reforzada con base en los parámetros señalado en su texto. Una justificación reforzada, lógicamente, con respecto a aquella exigible en los supuestos en los que se propone para el tercer grado a un interno que ya ha cumplido la cuarta para de la condena.

El precepto no es un obstáculo para la reinserción pero tampoco una simple delimitación para solicitar permisos penitenciarios.

Este precepto refuerza, como hemos adelantado, la vinculación entre la duración de la pena y la progresión de grado, porque es evidente que no solo se ha de valorar respecto a aquella el fin último reinsertador, sino también los efectos de prevención general y especial.

En el caso de autos, como hemos adelantado, la pena alcanza los 12 años de prisión y el Sr. Romeva cumplirá la cuarta parte de su condena en febrero de 2021 y la mitad en febrero de 2024.

1.6.- La Sala tiene que rechazar como argumento de apoyo a la progresión de grado acordada, expresado en el auto recurrido y en el escrito de alegaciones de la defensa, el tratamiento dado en nuestra sentencia a la no aplicación del art. 36.2 del CP. En efecto, como ya destacamos en el auto de 22 de julio de 2020 -dictado también en la ejecutoria de esta causa especial

respecto a la Sra. Forcadell-, nuestra decisión de descartar la aplicación del art. 36.2 del CP no representa una ficticia cobertura a la improcedente anticipación de la progresión en grado. La no aplicación del artículo 36.2 del CP supuso, decíamos allí, *«que esta Sala no creyó necesario imponer, con los argumentos que expusimos en la sentencia dictada, el denominado “período de seguridad” que prevé el precepto. Esa decisión no impide que la duración de la pena sea un elemento a ponderar en el devenir de la ejecución, como tampoco supone un pláacet para anticipar, cuando no procede, la aplicación del tercer grado o de las previsiones del artículo 100.2 del RP»*.

También resulta pertinente reiterar que, en la tarea de acomodar el cumplimiento de las penas impuestas a los fines constitucionales que inspiran la ejecución de las penas privativas de libertad, nuestra sentencia no tiene que ser permanentemente reinterpretada. En los hechos declarados probados y en su fundamentación jurídica se encuentran las claves para explicar la gravedad de los hechos sentenciados y su efecto demoledor para la convivencia democrática. Su detenida lectura descarta cualquier quiebra del principio de proporcionalidad. Pero, sobre todo, pone de manifiesto una idea clave de la que no puede prescindirse. El Sr. Romeva ni ninguno de los acusados en este procedimiento, ha sido condenado por perseguir la independencia de Cataluña. Las ideas de reforma, incluso ruptura, del sistema constitucional no son, desde luego, delictivas. Su legitimidad es incuestionable, está fuera de cualquier duda. El pacto de convivencia proclamado por el poder constituyente no persigue al discrepante. Ampara y protege su ideología, aunque ésta atente a los pilares del sistema.

El recurrente ha sido declarado autor de un delito de sedición en concurso con un delito de malversación de caudales públicos en su modalidad agravada, con base en los hechos declarados probados en el juicio histórico de nuestra sentencia.

Cabe destacar, como hicimos en la resolución de 22 de julio ya citada y dadas algunas de las valoraciones incluidas en la documentación remitida junto a la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y

Atención a la víctima, que los hechos declarados probados en nuestra sentencia ya no pueden ser objeto de reinterpretación ni por el penado ni por terceros. Esta resolución *«es el incontrovertido punto de partida para el cumplimiento de la pena y, en consecuencia, para el modo de ese cumplimiento, que ha de discurrir por los cauces previstos en la legislación penitenciaria que, por otro lado -y esto es otra obviedad- no pueden ser utilizados en fraude de ley y para mostrar un desacuerdo más o menos encubierto con la condena impuesta»*.

1.7- El auto recurrido, en línea con la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, destaca, en síntesis, y entre otros extremos -como el disfrute sin incidencia de permisos penitenciarios, el arraigo familiar o su currículum profesional, laboral y político- que el interno es un delincuente primario, que llevan un tiempo relevante en prisión, que ha observado buena conducta con ausencia de expedientes disciplinarios y que se muestra colaborador en todas las actividades. También que el tratamiento individualizado ha realizado su función y que *«ya tiene las herramientas, conocimientos y habilidades suficientes para alcanzar con éxito el retorno a la comunidad y reemprender así su rol de ciudadano activo»*.

Se añade asimismo, con cita de los informes del Equipo de tratamiento, que *«su tratamiento ha incluido actividades orientadas a potenciar el juicio crítico, de planificación y análisis en la toma de decisiones, así como conocer y analizar los antecedentes y las consecuencias de los hechos por los que ha sido condenado. También ha dinamizado parte de las actividades socioeducativas que se han hecho dentro del módulo, las cuales ayudan a promover la convivencia. El interno ha sido capaz de reconocer los factores que predispusieron y desencadenaron la comisión de los hechos recogidos en sentencia, reflexionando sobre estos y eliminando mecanismos de defensa presentes en el inicio del cumplimiento de la condena...si bien el pensamiento político del interno no es punible ni es la causa de la actual condena, ello no obstante sí que ha sido objeto de intervención la reivindicación del mismo fuera del marco legal»*.

Los argumentos expuestos, sin embargo, no explican suficientemente la justificación de una concesión sin duda temprana del tercer grado.

Por un lado, no explican cuál ha sido la evolución y la progresión del tratamiento que ha seguido el penado. Y ello dependerá, establece el art. 65.2 de la LGP, de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

Por otro, no hacen mención alguna a cuáles son las razones que justifican esta progresión al tercer grado antes incluso que se haya cumplido la cuarta parte de la condena. Como hemos expuesto con anterioridad, el carácter excepcional de esta posibilidad exige una justificación reforzada de su adecuación, lo que no se hace en la resolución recurrida.

La reflexión y el juicio crítico sobre la propia conducta y sobre sus consecuencias, así como el reconocimiento de los hechos, son sin duda relevantes para el buen resultado del tratamiento, pero no han de ser su única finalidad. El tratamiento penitenciario, de conformidad con el artículo 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, y una y otra finalidad no pueden ser ajenas al delito o delitos por el que se cumple condena, en este caso, conviene destacar, un delito de sedición y un delito de malversación de caudales públicos en su modalidad agravada.

Es una obviedad, por otro lado, como ya hemos destacado, que ni en este ni en ningún otro caso, el tratamiento penitenciario ha de estar dirigido a modificar el pensamiento político del interno, por la razón, igualmente obvia, de que dicho pensamiento será siempre ajeno a la actividad delictiva cometida. Nadie cumple condena en un Centro Penitenciario por sus ideas políticas. El juicio de autoría de los delitos imputados al Sr. Romeva está expresamente motivado en la sentencia 459/2019, 14 de octubre. Baste recordar un

fragmento del FJ 1.2 del apartado C). En él puede leerse lo siguiente: «el acusado Raúl Romeva, asumió la estrategia exterior del Govern para legitimar internacionalmente el referéndum. Era conocedor de que estaba promoviendo la creación de una legalidad paralela y que, mediante la movilización ciudadana y el apoyo internacional, se podría neutralizar la capacidad de las autoridades gubernativas y judiciales para ejercer las funciones constitucionales que les son propias. Pese a todo, el día 28 de septiembre de 2017 llegó a afirmar públicamente que «si ganaba el referéndum se declararía la independencia en 48 horas desde que se hiciese oficial el recuento». Intentó convencer de la viabilidad de la construcción de una República catalana, relativizó las dificultades logísticas para la celebración de la consulta popular y llegó a acusar a las instituciones europeas de que perderían credibilidad si no apoyaban el referéndum. Acusó al Estado de vulnerar el Tratado de la Unión sobre el respeto a la libertad y al Estado de derecho y proclamó que, pese a la aplicación del artículo 155 de la CE, la Generalitat no se echaría atrás y que si se encarrelaba a los “Jordis” serían presos políticos».

En definitiva, la progresión al tercer grado es prematura. Es preciso que transcurra un período de tiempo mayor para que se pueda valorar adecuadamente la evolución del interno y del tratamiento penitenciario, máxime cuando la pena es tan elevada y la progresión se acuerda cuando aún no ha transcurrido ni la cuarta parte de la condena.

Se estima, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y se revoca el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona, de manera que el interno continuará clasificado en segundo grado.

2.- El Ministerio Público también recurre en apelación el auto de 23 de junio de 2020 que autoriza la aplicación al Sr. Romeva de las medidas del artículo 100.2 del RP, tal y como había sido solicitado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Lledoners.

2.1.- Las alegaciones fundamentales del Ministerio Público serían las siguientes:

a) La medida del artículo 100.2 del RP es siempre excepcional, la petición debe ir debidamente motivada, señalar las razones tratamentales que la justifican y ha de ser objeto de interpretación restrictiva.

b) El Sr. Romeva cumple una condena de 12 años prisión por los delitos de sedición y malversación de caudales públicos y el tratamiento penitenciario debería ser acorde a esta etiología delictiva.

c) No ha existido una auténtica asunción de los hechos

d) Dado el contenido de la propuesta formulada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, no consta que vaya a influir positivamente en las carencias tratamentales del interno puesta que a través de la concesión del régimen del art. 100.2 RP, facilitando el trabajo del penado en el exterior en una situación equivalente al tercer grado no se produjo ningún efecto tratamental. No contiene dicha propuesta ningún razonamiento sobre por qué las tareas a realizar van a influir positivamente en el tratamiento del interno.

No sólo no existe relación alguna entre el delito cometido y la realización de actividad laboral, sino que los hábitos laborales no son un déficit que haya que trabajar en el interno.

e) El interno no ha cumplido ni siquiera la cuarta parte de la condena.

f) La no aplicación en la sentencia condenatoria del art. 36.2 CP no supone la concesión automática del régimen que se recurre.

g) Tanto la LOGP como el RP no conciben un penado sin un proceso de tratamiento. La preparación para la reinserción social comienza en el establecimiento penitenciario mediante la sumisión a tratamiento

2.2.- La representación del Sr. Romeva se opone al recuso formulado con base, resumidamente, en las siguientes alegaciones:

a) La propuesta de la Junta de Tratamiento es acorde con la legislación penitenciaria y no puede ser calificada de arbitraria.

Uno de los elementos característicos del tratamiento es su aspecto cambiante, por lo que se ha de estar en todo momento a la evolución o involución del interno.

b) El Sr. Romeva lleva un cumplimiento efectivo de dos años y medio de prisión y esta situación es la que se ha de valorar para adecuar así su programa individualizado de tratamiento.

El interno, por otro lado, ha reconocido los hechos y asume sus responsabilidades.

c) Lo primero que ha de tenerse en cuenta para decidir el régimen más adecuado es la conducta del penado y no la tipología delictiva y la pena impuesta.

Se pretende una doble imposición de pena en el ámbito penitenciario.

El tiempo de prisión es el marco temporal durante el que ha de intervenir sobre las deficiencias detectadas de los internos para con su modificación lograr su plena intervención social.

d) El art. 100.2 RP no impone un límite temporal y el Tribunal sentenciador rechazó la aplicación del art. 36.2 CP y el Ministerio Público no puede cambiar la voluntad inequívoca del Tribunal sentenciador.

2.3.- Esta apelación formulada por el Ministerio Fiscal también ha de ser estimada.

2.3.1.- Sobre la conexión entre el artículo 100.2 del RP y la actividad de clasificación, esta Sala se remite a su auto de 22 de julio de 2020, en el que declarábamos lo siguiente: *«el artículo 100.2 RP se enmarca en el ámbito de la “Clasificación de los penados”, que es la rúbrica del capítulo II del título IV del RP, 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 RP (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 alguna 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”, dice el artículo 100.1 del RP), con lo cual valorar si procede o no “combinar aspectos característicos» de esos tres grados (artículo 100.2 CP) también será, por coherencia sistemática, una actividad que incide en la clasificación.*

La referencia del artículo 100.2 del RP a “que siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado” no obstaculiza esta 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 que la evolución de su tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del artículo 72 de la LOGP, le hace merecedor de ello.

Desde esta perspectiva, y como resaltaba el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 12 de marzo de 2020, el artículo 100.2 del RP afecta al modelo de ejecución de la pena -como lo hacen las clasificaciones en grado- y, en consecuencia, los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieran, al tratarse de una materia atinente -reiteramos- a la ejecución de la pena, deben ser examinados por el órgano sentenciador.

Este examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del art. 100.2 del RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustadas a derecho, que pretendan eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena. Y, lo que resulta más llamativo, hacerlo con la excusa de que al no tratarse de una materia sobre la clasificación de los penados, no le corresponde su revisión en apelación. El principio de flexibilidad que proclama el art. 100.2 del RP, de tanta importancia para hacer realidad el fin constitucional de resocialización del penado, no convierte a las Juntas de Tratamiento en una última instancia llamada a corregir los desacuerdos de los funcionarios que las integran con el desenlace de un determinado proceso. Tampoco permite el traslado injustificado de un penado a otro centro penitenciario si esa decisión está estratégicamente dirigida a rectificar la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijada en atención al ámbito territorial en el que se asiente la prisión».

2.3.2.- El artículo 100.2 RP es ciertamente una medida excepcional que exige una justificación individualizada de su pertinencia, como medida de flexibilización del grado. Debe fundamentarse, como señala el precepto, en un programa específico de tratamiento. Esa excepcionalidad obliga a una interpretación exigente de los presupuestos y requisitos que legitiman su aplicación.

Declarábamos en nuestro auto de 22 de julio lo siguiente: «La propuesta correspondiente y su aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, deben reflejar una necesidad que ha de estar vinculada directamente con el proceso de reinserción del penado. Es este proceso de reinserción el que exige un programa específico de tratamiento, que no podría llevarse a cabo sin aplicar la flexibilización que prevé el art. 100.2 del RP. El programa de tratamiento ha de identificar, precisamente para su debido control judicial, la necesidad de la medida, la imposibilidad de su ejecución en el interior del centro penitenciario, su relevancia frente a otras alternativas y, en

definitiva, su provisionalidad o permanencia en el tiempo. Sobre la necesidad de un programa específico de tratamiento como elemento de identificación del principio de flexibilidad ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestra STS 586/2019, 27 de noviembre.

El tratamiento penitenciario, de conformidad con el artículo 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Y para su individualización, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, que debe tomar en cuenta, declara el art. 63.2 de la LOGP, no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también "...la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento"».

2.3.3.- La decisión sobre la aplicación del art. 100.2 del RP debe tener en cuenta, como en el caso de la progresión en grado, la duración de la pena impuesta al interno (12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta). Tan desacertado es, decíamos en nuestro auto de 22 de julio, *«atender como límite para la aplicación del art. 100.2 del RP sólo a la duración de la pena, como no hacerlo en absoluto»*.

Por otro lado, como ya hemos explicado con anterioridad, la decisión de la Sala de no aplicar el art. 36.2 del CP, reflejada en la sentencia que sirve de base a la presente ejecutoria, en absoluto apoya la excarcelación pretendida.

Así mismo no parece necesario incidir en por qué fue condenado el Sr. Romeva y en la obviedad de que, como cualquier ciudadano, goza del derecho fundamental a la libertad ideológica.

2.3.4.- De conformidad con la propuesta remitida inicialmente, que analizaremos a continuación, las salidas al exterior para desarrollar las tareas

descritas tendrían lugar durante los lunes, martes y jueves desde las 12.00 h hasta las 16.00 h.

El Sr. Romeva, por tanto, clasificado en segundo grado, que no cumplirá la cuarta parte de su condena hasta febrero de 2021, disfrutaría *de facto* de un régimen de semilibertad -máxime si tenemos en cuenta la ampliación aprobada con posterioridad que incrementa tanto el horario como los días de salida-. Ya hemos indicado que la reinserción social es el fin principal de la pena, pero ello no implica la desaparición de otras finalidades, como la retributiva y la prevención general y especial.

2.3.5.- El Centro Penitenciario de Lledoners propuso un plan de trabajo laboral en la Asociación *Districte 11 City to City*, entidad sin ánimo de lucro, en los días y horas ya indicadas, consistiendo su labor en llevar a cabo tareas de actualización y revisión de la documentación y de coordinación de proyectos.

Concretamente, describe la resolución recurrida, se ocupará el interno de actualizar la cooperación entre Cataluña y Bosnia.

La viabilidad y procedencia de esta propuesta, de acuerdo con los informes que la acompañan y le dan soporte, se estima conveniente *«para afianzar el trabajo realizado desde el día de hoy y complementar esta intervención efectuada, y con criterio de solución de continuidad de rehabilitación en el exterior»*. Se compaginará la actividad laboral con las tareas de dinamizador deportivo en el centro, y se afianzará *«el trabajo ya iniciado de valores como la empatía, la integración y la responsabilidad comunitaria»*.

En esta línea, la resolución recurrida destaca, entre otros extremos, que el interno ha reconocido los hechos, es sensible a las consecuencias negativas de su conducta y asume su responsabilidad por sus acciones. También que ha realizado una profunda reflexión y considera actualmente que el diálogo es el mecanismo para defender su posicionamiento y dar respuesta a los conflictos.

Examinado el contenido de esta propuesta, que exponemos de forma resumida, así como los motivos que la fundamentan, no se aprecia vinculación alguna con el proceso de reinserción social del penado, de forma que la misma sea adecuada a su situación actual. Esa falta de conexión entre el programa de tratamiento y los delitos cometidos hace injustificable un régimen de semilibertad. La Sala no pone en duda el buen comportamiento del interno y su buena relación con todos los profesionales y funcionarios, así como con los internos. Tampoco su trayectoria académica, profesional y política previa a la comisión de los delitos por los que ha sido condenado.

Pero, como ya advertimos en su momento al rechazar la aplicación de este mismo régimen respecto a la Sra. Forcadell y otros condenados en esta causa especial, nada de ello permite salvar esa ausencia absoluta de enlace entre el programa que se propone y el proceso de reinserción social del penado que, como es obvio, no puede ser ajeno a los delitos cometidos, un delito de sedición y un delito de malversación de caudales públicos en su modalidad agravada.

Ni en el contenido de la propuesta formulada ni los argumentos contenidos en el auto que se recurre permiten advertir qué efecto en el tratamiento penitenciario encaminado a su reinserción puede tener su contenido, que consiste en organizar la actualización de la cooperación entre Cataluña y Bosnia.

La Sala, como en otras resoluciones dictadas respecto a otros condenados en esta causa, detecta un equivocado examen en la resolución apelada cuando afirma que exigir esa conexión supondría en el caso de autos tratar de modificar o cambiar el pensamiento y la ideología política del interno. De nuevo se parte de la errónea premisa de que es esa ideología la que motiva la condena del interno, lo que esta Sala rechaza de plano. Basta para ello leer nuestra sentencia y los delitos por los que ha sido condenado este interno, que incluyen un delito de malversación de caudales públicos en su modalidad agravada.

El principio de flexibilidad que incorpora el art. 100.2 del RP, declarábamós en el auto de 22 de julio, *«sólo se entiende a partir de una estricta subordinación entre el régimen diseñado en la propuesta de aplicación y el objetivo de reinserción frente al delito por el que se ha impuesto una pena privativa de libertad. Sólo así cobra sentido la distancia que, en aplicación del principio constitucional de reinserción, llega a producirse, con carácter general, entre la duración nominal de la pena y el tiempo de cumplimiento efectivo»*.

La Administración penitenciaria no puede distanciarse de los principios y garantías que informan la ejecución de las penas de prisión impuestas por los Tribunales. Su acatamiento de la legalidad no debe hacerse depender de su grado de identificación o desacuerdo con la argumentación jurídica sobre la que se fundamenta la condena. De lo contrario, se subvierte el papel que la ley reserva a los órganos administrativos que, de esta forma, se convierten en una extravagante tercera instancia que se arroga la tarea de hacer *más justa* la decisión emanada de los jueces y tribunales constitucionalmente llamados al ejercicio de la función jurisdiccional. Los órganos de la administración penitenciaria no pueden vaciar la respuesta penal proclamada por un Tribunal de justicia, sometiendo su sentencia a una relectura que disfraza un tratamiento penitenciario privilegiado y, precisamente por ello, improcedente. La reiteración de esta idea -que la Sala ya ha expuesto en anteriores resoluciones- no debería resultar ya necesaria.

2.3.6.- En definitiva, valorando la excepcionalidad de la medida controvertida, y el alcance con el que se propone la misma, no se estima suficientemente justificada, pues no se fundamenta debidamente su necesidad en conexión con el proceso de reinserción del penado.

De ahí se estima el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto de 23 de junio de 2020, que se revoca, denegándose la aplicación del régimen del art. 100.2 RP D. Raúl Romeva Rueda.

3.- La representación procesal del Sr. Romeva formula también recurso de reforma (desestimado por auto de 11 de agosto de 2020) y subsidiario de

apelación contra la providencia de 28 de julio de 2020, en la que se acordaba el efecto suspensivo de la clasificación en tercer grado.

Revocado el tercer grado, este recurso ha quedado privado de contenido, lo que basta para su desestimación.

Cabe indicar en cualquier caso lo siguiente.

El auto de 19 de agosto de 2020 confirmó la suspensión de la clasificación en tercer grado acordada en la providencia de 28 de julio y en el auto de 11 de agosto de 2020. Este pronunciamiento fue recurrido en reforma por la representación del Sr. Romeva y confirmado por auto de 1 de septiembre de 2020, que desestimó dicho recurso.

Este último auto fue declarado firme por providencia de 14 de septiembre de 2020.

Vistos los preceptos citados y demás que sean de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno **D. RAÚL ROMEVA RUEDA**, que **SE REVOCA**, de manera que este deberá permanecer en segundo grado de clasificación.

2) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 23 de junio de 2020 dictado por el Juzgado de

Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que autoriza la aplicación al interno **D. RAÚL ROMEVA RUEDA** de las medidas del artículo 100.2 RP, **DENEGANDO** dicha aplicación.

3) DESESTIMAR el recurso de apelación subsidiario formulado por la representación del Sr. Romeva contra la providencia de 28 de julio de 2020 del Juzgado de Vigilancia Penitenciara núm. 5 de Barcelona.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se ha recibido en este Tribunal Supremo testimonio de particulares de los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal

contra los autos de 7 de julio de 2020 y de 19 de agosto de 2020 dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona.

Así mismo se recibió testimonio de particulares del recurso de apelación formulado por la representación de D. Josep Rull Andreu contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona de 31 de agosto de 2020.

SEGUNDO.- Practicadas las actuaciones pertinentes, quedaron los autos para resolver. Se señaló como día para la deliberación el 26 de noviembre del corriente año, prolongándose en días sucesivos hasta su terminación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - Se promueve por el Ministerio Fiscal recurso de apelación contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Cataluña, en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno D. Josep Rull Andreu, acordada por la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

1.1.- En la resolución recurrida se refleja, en síntesis, sobre la situación y evolución del Sr. Rull, que ha transcurrido un tiempo relevante desde que se encuentra ingresado en prisión -2 años y 6 meses-; hace asunción expresa de los hechos que se contienen como hechos probados en la sentencia y admite su responsabilidad en los mismos; ha realizado los programas y actividades de tratamiento específicamente pautados por el Equipo de Tratamiento, con resultados muy positivos y cumpliendo satisfactoriamente con su PIT; mantiene el nivel más alto del SAM; sus niveles de riesgo en la escala RISCANVI son bajos en todas las áreas, incluidas en la de reincidencia delictiva y en la de quebrantamiento de condena; ha tenido un acceso gradual

y progresivo al exterior sin incidencia alguna, cumpliendo con los objetivos y controles pautados por el Equipo; y tiene pleno soporte familiar en el exterior, con hábitos laborales consolidados.

En consecuencia, la resolución recurrida entiende que se han cumplido los dos fines primordiales de la pena, la reeducación y la reinserción social, así como la retención y custodia del penado, por lo que confirma la resolución que clasifica al penado en tercer grado de tratamiento en el régimen abierto común previsto en el art. 83 del RP.

1.2.- El recurso del Ministerio Fiscal se ampara, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Incompatibilidad de la progresión a tercer grado con el cumplimiento de los fines de la pena, tanto los retributivos y de prevención general y especial como los de reeducación y resocialización.

b) Falta de modificación de aquellos rasgos de personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva, tal y como exige el art. 65.2 de la LOGP, por cuanto el interno sigue considerando que los hechos por los que ha sido condenado no son constitutivos de delito.

c) Falta de evolución en el tratamiento exigido por los arts. 65 de la LOGP y el art. 106 del RP.

d) No concurrencia de factores que justifiquen la aplicación del art. 104.3 del RP y no existencia de acercamiento progresivo con el exterior que permita valorar la supuesta evolución positiva.

e) Insuficiencia de los aspectos positivos tenidos en cuenta en la resolución administrativa recurrida y en la propuesta de la Junta de Tratamiento, así como en el auto que acuerda la progresión a tercer grado.

f) Vaciado del contenido de la pena.

1.3.- La representación del Sr. Rull solicita la confirmación del auto recurrido. Para ello sostiene, en síntesis, lo siguiente:

a) El fin primordial de las penas es la reinserción social y a ello se orienta la normativa penitenciaria. Los fines de prevención general y especial no son superiores.

b) La progresión a tercer grado no exige un límite temporal de cumplimiento y debe ser la máxima a la que debe aspirar un régimen penitenciario basado en el principio de resocialización y el principio de instrumentalidad del régimen penitenciario al servicio de tratamiento, permitiendo así lograr una mayor individualización y facilitando la consecución del fin último de reinserción social.

c) La propuesta de progresión a tercer grado está motivada y muestra los elementos en los que se fundamenta la evolución del interno, con mención a la suficiencia para garantizar un comportamiento ajustado a la legalidad y un pronóstico de inserción favorable y un bajo riesgo de reincidencia o quebrantamiento de condena. Destacando al respecto que se ha producido una modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva.

d) El tercer grado no implica una condonación de la pena ni un indulto parcial, sino una modalidad más de cumplimiento de la pena al que se llega cuando la evolución del interno lo permita y concurran los requisitos personales, familiares y sociales para presumir el buen éxito del tratamiento.

e) Se pretende instaurar un castigo ejemplarizante para todos los condenados por la sentencia del *procés*, a través de una «*suerte de doble castigo, en tanto que además de la pena efectivamente impuesta, se pretende imponer una condena del itinerario penitenciario del interno*».

f) El legislador no estableció ningún requisito temporal para la propuesta y aprobación de la progresión al tercer grado penitenciario ni realizó ninguna distinción en cuanto a la duración de la pena impuesta.

g) Las consideraciones del Ministerio Fiscal sobre el bien jurídico suponen convertir a los internos en instrumentos al servicio de la ejemplaridad social, permitiéndose únicamente que un interno progrese de grado penitenciario cuando, a juicio de Fiscalía, haya quedado la sociedad suficientemente convencida e instruida de que la pena ha cumplido su función retributiva.

h) Ni la gravedad del delito ni la duración de la pena son factores que impidan la progresión a tercer grado penitenciario, pues tales factores no se prevén por la normativa penitenciaria como impedimentos para la progresión. Ningún impedimento concibe la normativa penitenciaria para clasificar a un interno en tercer grado, sea cuál sea el tiempo de cumplimiento.

i) Se observa un efecto intimidatorio de la pena en el interno, dado que la situación prolongada en el tiempo de encarcelamiento le ha conducido a reflexionar sobre lo sucedido y sobre la consecución de los hechos delictivos. Lo que se desprende, sin ningún género de dudas, de los informes de los profesionales del Equipo Técnico del Centro es que considera que las cosas deberían haberse hecho de otra manera, toda vez que asume que se podría haber actuado de otra forma, advirtiendo las consecuencias que se han originado con su conducta y admitiendo que no eran las consecuencias deseadas. Cuestión distinta, como erróneamente pretende el Ministerio Fiscal, es pretender equiparar reconocimiento del delito con arrepentimiento.

j) Se ha producido una modificación positiva de los factores directamente relacionados con la actividad delictiva.

k) El Ministerio Fiscal no valora las variables positivas que concurren en el interno y pretende «*negativizar*» todo aquello que puede beneficiarle.

l) El hecho de que no haya un programa específico para el delito de sedición no significa que no se esté trabajando con el interno como se haría con cualquier otro penado con el objetivo que persigue cualquier tratamiento penitenciario, que es el que dispone el art. 59.2 LGP. El interno ha venido realizando un tratamiento acorde con la tipología delictiva.

m) El Ministerio Público pretende, en realidad, otorgar a la pena de prisión del Sr. Rull una finalidad puramente retributiva y, a la vez, intentar que rechace su ideología política bajo la excusa de una hipotética necesidad de reeducación.

n) Cumplida la cuarta parte de la condena, ninguna impunidad puede predicarse de la concesión del tercer grado cuando concurren todos los requisitos para su concesión.

1.4. - Examinadas las alegaciones del Fiscal y la defensa, el recurso ha de ser estimado, al no concurrir los presupuestos necesarios para la progresión del interno a tercer grado.

El tercer grado concedido al interno determina, de acuerdo con el art. 101 del RP, la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades. Esta clasificación, por otro lado, de conformidad con el art. 102.4 del citado reglamento, se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Y la decisión al respecto, exigirá, de acuerdo con el apartado segundo de este último precepto, que las Juntas de Tratamiento ponderen la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

La progresión en el grado de clasificación dependerá, asimismo, de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará

un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad (art. 106.2 del RP).

En definitiva, el interno ha de mostrar una evolución positiva que justifique dicha progresión y, con ello, un mayor régimen de libertad, ponderando a estos efectos los factores citados con anterioridad que, como destaca el precepto citado, están directamente relacionados con la actividad delictiva objeto de condena.

En este contexto, y de acuerdo con el art. 63.2 de la LGP, la clasificación del penado debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales, en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

1.5.- El Sr. Rull fue condenado a 10 años y 6 meses de prisión y 10 años y 6 meses de inhabilitación absoluta como autor de un delito de sedición.

Es patente que el delito y la pena han de ser valorados para la clasificación del penado y su progresión en grado. De hecho, los recursos de apelación contra las decisiones al respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria corresponden al órgano sentenciador.

El art. 102.4 del RP, en línea con el art. 63.2 de la LOGP, menciona expresamente la duración de la pena como uno de los elementos a ponderar para la progresión a tercer grado. El apartado 3 del art. 104 del mismo reglamento prevé como un supuesto especial que se conceda el tercer grado a un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas impuestas. En estos casos, continúa este precepto, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el art. 102.2,

valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.

La necesidad por otro lado de valorar, respecto a la pena impuesta, no sólo el fin último reinsertador, sino también los efectos de prevención general y especial, es también evidente. Todos concurren y han de ser tenidos en cuenta. Si no, fuera así, no se explicaría la previsión del apartado 3 del art. 104 del RP, que acabamos de reseñar.

En el caso de autos, como hemos adelantado, la pena alcanza los 10 años y 6 meses de prisión y el Sr. Rull aún no había cumplido la cuarta parte de su condena cuando se acordó la progresión de grado, en julio de 2020. Por otra parte, al momento de dictar esta resolución, aún se encuentra lejano el cumplimiento de la mitad de la condena, que no se hará realidad hasta mayo de 2023.

1.6.- La Sala tiene que rechazar, como argumento de apoyo a la progresión de grado acordada -expresado en el auto recurrido y en el escrito de alegaciones de la defensa-, nuestra decisión de descartar, en el fallo de la sentencia de la que deriva la presente ejecutoria, la aplicación del art. 36.2 del CP. La no aplicación de este precepto, como ya destacamos en el auto de 22 de julio de 2017 -dictado también en la ejecutoria de esta causa especial respecto a la Sra. Forcadell-, supuso, decíamos allí, *«que esta Sala no creyó necesario imponer, con los argumentos que expusimos en la sentencia dictada, el denominado “período de seguridad” que prevé el precepto. Esa decisión no impide que la duración de la pena sea un elemento a ponderar en el devenir de la ejecución, como tampoco supone un plácet para anticipar, cuando no procede, la aplicación del tercer grado o de las previsiones del art. 100.2 del RP»*.

También resulta pertinente reiterar aquí que en la tarea de acomodar el cumplimiento de las penas impuestas a los fines constitucionales que inspiran la ejecución de las penas privativas de libertad, nuestra sentencia no tiene que ser permanentemente reinterpretada. En los hechos declarados probados y en

su fundamentación jurídica se encuentran las claves para explicar la gravedad de los hechos sentenciados y su efecto demoledor para la convivencia democrática. Su detenida lectura descarta cualquier quiebra del principio de proporcionalidad. Pero, sobre todo, pone de manifiesto una idea clave de la que no puede prescindirse.

Ni el Sr. Rull, ni ninguno de los acusados en este procedimiento, ha sido condenado por perseguir la independencia de Cataluña. Las ideas de reforma, incluso ruptura, del sistema constitucional no son, desde luego, delictivas. Su legitimidad es incuestionable, está fuera de cualquier duda. El pacto de convivencia proclamado por el poder constituyente no persigue al discrepante. Ampara y protege su ideología, aunque ésta atente a los pilares del sistema.

El Sr. Rull tampoco fue condenado por su ideología independentista. Fue declarado autor de un delito de sedición con base en los hechos declarados probados en el juicio histórico de nuestra sentencia. El juicio de autoría del Sr. Rull se describe, en síntesis, en la sentencia de la siguiente manera: *«Desde esta perspectiva, es evidente que la acción de impedir el ataque de una embarcación destinada por el Estado a cubrir las necesidades de un destacamento dispuesto para asegurar el cumplimiento de la legalidad, la participación personal y directa en la convocatoria del referéndum, la presentación de las fechas y de la pregunta del referéndum ilegal, la constitución de la autoridad electoral, la prestación de locales para su ejecución y, en fin, las manifestaciones encaminadas a alentar la celebración de la consulta ilegal, suponen actos de indudable encaje típico en el delito de sedición por el que se ha formulado acusación».*

Cabe aquí destacar, como hicimos en la resolución de 22 de julio ya citada, y dadas algunas de las valoraciones incluidas en la documentación remitida junto a la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, que los hechos declarados probados en nuestra sentencia ya no pueden ser objeto de reinterpretación ni por el penado ni por terceros. Esta resolución *«es el incontrovertido punto de partida para el*

cumplimiento de la pena y, en consecuencia, para el modo de ese cumplimiento, que ha de discurrir por los cauces previstos en la legislación penitenciaria que, por otro lado -y esto es otra obviedad- no pueden ser utilizados en fraude de ley y para mostrar un desacuerdo más o menos encubierto con la condena impuesta».

La Administración penitenciaria no puede distanciarse de los principios y garantías que informan la ejecución de las penas de prisión impuestas por los Tribunales. Su acatamiento de la legalidad no debe hacerse depender de su grado de identificación o desacuerdo con la argumentación jurídica sobre la que se fundamenta la condena. De lo contrario, se subvierte el papel que la ley reserva a los órganos administrativos que, de esta forma, se convierten en una extravagante tercera instancia que se arroga la tarea de hacer más justa la decisión emanada de los jueces y tribunales constitucionalmente llamados al ejercicio de la función jurisdiccional. Los órganos de la administración penitenciaria no pueden vaciar la respuesta penal proclamada por un Tribunal de justicia, sometiendo su sentencia a una relectura que disfraza un tratamiento penitenciario privilegiado y, precisamente por ello, improcedente. La reiteración de esta idea -que la Sala ya ha expuesto en anteriores resoluciones- no debería resultar ya necesaria.

1.7- El auto recurrido, de conformidad con la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, destaca, en síntesis, y entre otros extremos, que el interno es un delincuente primario; que lleva un largo período ingresado en prisión, concretamente 2 años y 6 meses; tiene buena conducta, constando en los informes del Equipo Técnico que su conducta en prisión es adaptada a la normativa regimental, con ausencia de expedientes disciplinarios y que se relaciona con los diversos profesionales del Equipo con sentido colaborador e implicación en su Programa Individualizado de Tratamiento (PIT), el cual viene cumpliendo muy favorablemente desde su llegada al Centro.

También subraya que, según los informes presentados, reconoce los hechos probados en la sentencia y, si bien no cambiaría sus convicciones, sí

que buscaría otras vías o mecanismos para conseguirlo, así como es sensible a las consecuencias negativas de su conducta y asume la responsabilidad de sus acciones, mostrando motivación para el cambio y observándose un importante efecto intimidatorio de la pena.

Resalta igualmente la resolución recurrida que el tratamiento individualizado ha realizado su función siendo así que *«ya tiene las herramientas, habilidades y conocimientos suficientes para alcanzar con éxito el retorno a la comunidad y reemprender así su rol de ciudadano activo»*. Y añade que *«la rehabilitación se ha dirigido a una reflexión responsable sobre las decisiones tomadas, las actuaciones y la conducta del interno en el momento de los hechos, las consecuencias que se derivaron y la asunción de responsabilidad»*.

Se destaca -citando los informes del Equipo de Tratamiento- en qué ha consistido el tratamiento: *«su tratamiento ha incluido actividades orientadas a potenciar el juicio crítico, de planificación y análisis en la toma de decisiones, así como conocer y analizar los antecedentes y las consecuencias de los hechos por los que ha sido condenado. En relación con el primer punto, ha participado en el programa de Excavaciones de palabras como mecanismo para intercambiar conocimiento y profundizar en la capacidad de razonar, escuchar y desarrollar, de manera conjunta, el pensamiento y el discurso mediante el lenguaje, el diálogo y los valores éticos. También ha dinamizado parte de las actividades socioeducativas que se han hecho dentro del módulo, las cuales ayudan a promover la convivencia. En relación al segundo punto, el interno ha sido capaz de reconocer los factores que van predisponer desencadenar la comisión de los hechos recogidos en sentencia, reflexionando sobre éstos y eliminando los mecanismos de defensa presentes en el inicio del cumplimiento... si bien el pensamiento político del interno no es punible ni es la causa de la actual condena ello no obstante sí que ha sido objeto de intervención la reivindicación del mismo fuera del marco legal»*.

Los argumentos expuestos, sin embargo, no explican suficientemente la justificación de una concesión sin duda temprana del tercer grado.

Particularmente, no explican cuál ha sido la evolución y la progresión del tratamiento que ha seguido el penado, la cual dependerá, dice el art. 65.2 de la LGP, de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

Nada de ello se explicita en el auto recurrido. La reflexión sobre la propia conducta y sobre sus consecuencias así como el reconocimiento de los hechos y sus efectos son, sin duda, relevantes para el buen resultado del tratamiento, pero no han de ser su única finalidad. El tratamiento penitenciario, de conformidad con el art. 59.1 de la LOGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Y una y otra finalidad no pueden ser ajenas al delito por el que fue condenado.

En definitiva, la progresión al tercer grado es prematura. Es preciso que transcurra un período de tiempo mayor para que se pueda valorar adecuadamente la evolución del interno y del tratamiento penitenciario, máxime en supuestos de pena tan elevada como la del Sr. Rull.

Se estima, por consiguiente, el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y se revoca el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5, de manera que el interno continuará clasificado en segundo grado.

2.- El Ministerio Fiscal también recurre en apelación el auto de 7 de julio de 2020, que autoriza la aplicación al Sr. Rull de las medidas del art. 100.2 RP, tal y como había sido solicitado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Lledoners.

2.1.- Sus alegaciones fundamentales serían las siguientes:

a) La medida del art. 100.2 del RP es siempre excepcional y requiere que se fundamente en un programa específico de tratamiento.

b) Dado el contenido de la propuesta formulada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, no consta que vaya a influir positivamente en las carencias tratamentales del interno, puesto que, a través de su concesión, facilitando el trabajo del penado en el exterior en una situación equivalente al tercer grado, no se produce ningún efecto tratamental. La propuesta no contiene ningún razonamiento de por qué las tareas a realizar pueden influir de forma positiva en las carencias tratamentales del interno.

c) El Sr. Rull cumple una condena de 10 años y 6 meses de prisión y cuando se elevó la propuesta aún no se había cumplido la cuarta parte de la condena. Si bien es cierto que el art. 100.2 del RP no se refiere a ningún límite temporal, la reinserción y reeducación social no son las únicas finalidades legítimas de las penas.

d) La no aplicación en la sentencia condenatoria del art. 36.2 CP no supone la concesión automática del régimen que se recurre.

2.2.- La representación del Sr. Rull se opone al recuso formulado con base, resumidamente, en las siguientes alegaciones:

a) Todos los informes del Equipo Multidisciplinar analizan las variables relacionadas con el interno y su tratamiento y contienen una específica valoración de la motivación de la aplicación del art. 100.2 del RP.

b) A pesar de tratarse de un modelo excepcional, en caso de concurrir los requisitos para su concesión, la excepcionalidad no ha de entenderse como una barrera para su concesión.

c) El Sr. Rull lleva más de dos años privado de libertad, ha gozado de cuatro permisos extraordinarios de salida para visitar a su hijo sin incidencia

alguna, goza de una conducta plenamente adaptada a la vida penitenciaria, sin la existencia de expedientes disciplinarios, el resultado de la escala RISCANVI es de riesgo bajo en todas las variables evaluadas y además existe un programa de tratamiento específico que se pretende alcanzar con la aplicación del art. 100.2 del RP.

d) Es cierto que el interno no ha realizado un programa específico de tratamiento para el delito de sedición, pero ello es lógico porque el centro penitenciario no dispone de un programa específico para dicha etiología delictiva atendiendo a la falta de antecedentes actuales ni históricos respecto a las condenas por tal delito. Pero ello no implica que no se esté trabajando con él, como se haría con cualquier interno, con la finalidad prevista en el art. 59.2 de la LGP. A tal efecto se describen, entre otras, las actividades que viene realizando desde el pasado 9 de marzo de 2020, prestando sus servicios en la Mutua de Terrassa.

e) La condena que cumple el Sr. Rull es la primera y única impuesta, ha aceptado las consecuencias de los hechos por los que fue condenado y las está cumpliendo de modo ejemplar. Lo que exige la normativa penitenciaria es que por parte del penado exista esa aceptación y no un arrepentimiento o una declaración contraria a su pensamiento o a su ideología política. La necesidad de reeducación alegada por la Fiscalía esconde en realidad una pretensión de que el interno renuncie a su ideología política.

c) El legislador no estableció ningún límite temporal para la aplicación del art. 100.2 del RP y el Tribunal sentenciador no hizo distinción en cuanto a la duración de la pena impuesta, rechazando la aplicación del art. 36.2 del CP.

2.3.- Esta apelación formulada por el Ministerio Fiscal también ha de ser estimada.

2.3.1.- Sobre la conexión entre el art. 100.2 del RP y la actividad de clasificación, esta Sala se remite a su auto de 22 de julio de 2020. Declarábamos en él lo siguiente: «*el art. 100.2 RP se enmarca en el ámbito de*

la “Clasificación de los penados”, que es la rúbrica del capítulo II del título IV del RP, 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 art. 100 RP (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 alguna 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», dice el art. 100.1 del RP), con lo cual valorar si procede o no “combinar aspectos característicos” de esos tres grados (art. 100.2 CP) también será, por coherencia sistemática, una actividad que incide en la clasificación.

La referencia del art. 100.2 del RP a “que siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado” no obstaculiza esta conclusión. La previsión del art. 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 que la evolución de su tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del art. 72 de la LOGP, le hace merecedor de ello.

Desde esta perspectiva, y como resaltaba el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 12 de marzo de 2020, el art. 100.2 del RP afecta al modelo de ejecución de la pena -como lo hacen las clasificaciones en grado- y, en consecuencia, los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieran, al tratarse de una materia atinente -reiteramos- a la ejecución de la pena, deben ser examinados por el órgano sentenciador.

Este examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del art. 100.2 del RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustadas a derecho, que pretendan eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la

condena. Y, lo que resulta más llamativo, hacerlo con la excusa de que al no tratarse de una materia sobre la clasificación de los penados, no le corresponde su revisión en apelación. El principio de flexibilidad que proclama el art. 100.2 del RP, de tanta importancia para hacer realidad el fin constitucional de resocialización del penado, no convierte a las Juntas de Tratamiento en una última instancia llamada a corregir los desacuerdos de los funcionarios que las integran con el desenlace de un determinado proceso. Tampoco permite el traslado injustificado de un penado a otro centro penitenciario si esa decisión está estratégicamente dirigida a rectificar la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijada en atención al ámbito territorial en el que se asiente la prisión».

2.3.2.- El art. 100.2 del RP es ciertamente una medida excepcional que exige una justificación individualizada de su pertinencia, como medida de flexibilización del grado. Debe fundamentarse, como señala el precepto, en un programa específico de tratamiento. Esa excepcionalidad obliga a una interpretación exigente de los presupuestos y requisitos que legitiman su aplicación.

Declarábamos en nuestro auto de 22 de julio lo siguiente: «*La propuesta correspondiente y su aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, deben reflejar una necesidad que ha de estar vinculada directamente con el proceso de reinserción del penado. Es este proceso de reinserción el que exige un programa específico de tratamiento, que no podría llevarse a cabo sin aplicar la flexibilización que prevé el art. 100.2 del RP. El programa de tratamiento ha de identificar, precisamente para su debido control judicial, la necesidad de la medida, la imposibilidad de su ejecución en el interior del centro penitenciario, su relevancia frente a otras alternativas y, en definitiva, su provisionalidad o permanencia en el tiempo. Sobre la necesidad de un programa específico de tratamiento como elemento de identificación del principio de flexibilidad ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestra STS 586/2019, 27 de noviembre.*

El tratamiento penitenciario, de conformidad con el art. 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Y para su individualización, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, que debe tomar en cuenta, declara el art. 63.2 de la LOGP, no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también "...la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento"».

2.3.3.- La decisión sobre la aplicación del art.100.2 del RP debe tener en cuenta, como en el caso de la progresión en grado, la duración de la pena impuesta al interno -10 años y 6 meses de prisión y 10 años y 6 meses de inhabilitación absoluta-. Tan desacertado es, decíamos en nuestro auto de 22 de julio, *«atender como límite para la aplicación del art. 100.2 del RP sólo a la duración de la pena, como no hacerlo en absoluto».*

Por otro lado, como ya hemos explicado con anterioridad en esta resolución, nuestra decisión, en la sentencia condenatoria, sobre la no aplicación del art. 36.2 CP no apoya la excarcelación pretendida.

Así mismo no parece necesario incidir en por qué fue condenado el Sr. Rull y en la obviedad de que, como cualquier ciudadano, goza del derecho fundamental a la libertad ideológica.

2.3.4.- El auto recurrido señala que, de conformidad con la propuesta del centro penitenciario, luego modificada, las salidas al exterior para desarrollar las tareas descritas tendrían lugar de lunes a viernes de 7:45 horas a 20:00 horas (fundamento séptimo *in fine*).

El Sr. Rull, por tanto, clasificado en segundo grado, que, según el auto recurrido, tiene prevista cumplir la cuarta parte de su condena en octubre de 2020 y no cumplirá la mitad hasta mayo de 2023, disfrutará *de facto* de un

régimen de semilibertad. Ya hemos indicado que la reinserción social es el fin principal de la pena, pero ello no implica la desaparición de otras finalidades, como la retributiva y la prevención general y especial.

2.3.5.- El Centro Penitenciario propone, en síntesis, un plan por el que *«se potenciará el área laboral en un entorno alejado al de los hechos delictivos, como en la Mutua de Terrassa, ejerciendo como abogado al servicio Corporativo de Asesoría Jurídica de la entidad y, aunque todavía no se han definido los días, realizará un voluntariado en la Asociación de Actores y Directores Profesionales de Cataluña»*. Ello con la finalidad de aportar ingresos económicos a la familia y objetivar las estrategias alcanzadas durante el proceso de intervención, encaminadas a la reinserción y la promoción cultural. Concretamente, el auto recurrido indica que: *«Se propone la aplicación del régimen de vida flexible del art. 100.2 RP para realizarlo en el exterior con el fin de objetivar las estrategias alcanzadas durante el proceso de intervención tratamental en medio cerrado, atendiendo que el informado ha realizado tratamiento en relación a su tipología delictiva en el Centro Penitenciario, con intervención individual y grupal... así como se le han propuesto actividades a nivel tratamental... para dotarlo de herramientas que le ayuden a la no reincidencia delictiva y a la estabilidad laboral, lo que será conveniente para su proceso de rehabilitación y dar continuidad en su proceso de tratamiento que tan buena evolución tiene en el Centro Penitenciario»*.

Examinado el contenido de esta propuesta, así como los motivos que la fundamentan, no se aprecia sin embargo vinculación alguna con el proceso de reinserción social del penado, de forma que la misma sea adecuada a su situación actual. Esa falta de conexión entre el programa de tratamiento y el delito cometido hace injustificable un régimen de semilibertad.

La Sala no pone en duda cuál haya sido el comportamiento del penado en prisión, del que la propuesta destaca que *«ha realizado tratamiento en relación con su tipología delictiva en el CP con intervención individual y grupal con la realización de las actividades que se le han propuesto como tratamiento como actividades culturales y de dinamización voluntaria en actividades*

transversales que se efectúan en el CP; en concreto, participa en el programa "gestión del tiempo" y también participa en la actividad de teatro junto con otros internos, asiste a la escuela para complementar su formación en informática, y todo ello con el fin de trabajar la empatía, la diversidad personal y cultural, así como las competencias psicosociales del interno y, de este modo, dotarlo de herramientas que lo ayuden a la no reincidencia». Por su parte, el auto recurrido señala que «la conducta del interno en prisión es adaptada a la normativa regimental, con ausencia de expedientes disciplinarios, con una evolución conductual correcta en el módulo en el que está ubicado. No le constan otras causas pendientes. También se indica que desde su llegada al Centro, el interno se relaciona de forma adecuada con los diversos profesionales, con los funcionarios y resto del personal y con los demás internos».

Ni el contenido de la propuesta formulada ni los argumentos del auto que se recurre permiten advertir qué efecto en el tratamiento penitenciario encaminado a su reinserción puede tener el plan propuesto, que consiste en el ejercicio de la abogacía y realizar trabajos de voluntariado.

La Sala detecta un equivocado examen en la resolución apelada cuando afirma que la exigencia por el Ministerio Fiscal de un tratamiento específico equivaldría a la realización de un programa específico para cambiar o modificar el pensamiento y la ideología política del interno. Es una obviedad que estos, cualesquiera que sean, son legítimos en nuestro ordenamiento. De nuevo se parte de la equivocada premisa de que son el pensamiento y la ideología los que motivan la condena del interno, lo que esta Sala rechaza de plano. Basta para ello una lectura reflexiva de la sentencia de la que deriva la condena del Sr. Rull.

El principio de flexibilidad que incorpora el art. 100.2 del RP, declarábamos en el auto de 22 de julio, «sólo se entiende a partir de una estricta subordinación entre el régimen diseñado en la propuesta de aplicación y el objetivo de reinserción frente al delito por el que se ha impuesto una pena privativa de libertad. Sólo así cobra sentido la distancia que, en aplicación del

principio constitucional de reinserción, llega a producirse, con carácter general, entre la duración nominal de la pena y el tiempo de cumplimiento efectivo».

2.3.6.- En definitiva, valorando la excepcionalidad de la medida controvertida, y el alcance con el que se propone la misma, no se estima suficientemente justificada, pues no se fundamenta debidamente su necesidad, en conexión con el proceso de reinserción del penado.

En consecuencia, se estima el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto de 7 de julio de 2020, que se revoca, denegándose la aplicación del régimen del art. 100.2 del RP a D. Josep Rull Andreu.

3.- La representación procesal del Sr. Rull formula recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de 31 de agosto de 2020 que, desestimando el recurso de reforma interpuesto contra el anterior de 19 de agosto de 2020, confirmaba la suspensión de la aplicación de la progresión a tercer grado del citado.

Este recurso ha quedado privado de contenido, una vez que se han estimado los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal y se han revocado tanto la progresión al tercer grado como la aplicación del régimen previsto en el art. 100.2 RP.

Ello basta para su desestimación.

Vistos los preceptos citados y demás que sean de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 19 de agosto de 2020, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona, en el que se confirma la progresión al tercer grado del interno D. JOSEP RULL ANDREU, que **SE REVOCA**, de manera que este deberá permanecer en segundo grado de clasificación.

2) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 7 de julio de 2020, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona, en el que autoriza la aplicación al interno D. JOSEP RULL ANDREU de las medidas del art. 100.2 RP, **DENEGANDO** dicha aplicación.

3) DESESTIMAR el recurso de apelación presentado por la representación de D. JOSEP RULL ANDREU contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona de 31 de agosto de 2020.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se ha recibido en este Tribunal Supremo testimonio de particulares de los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal

contra los autos de 14 de mayo y 19 de agosto de 2020, dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona.

Asimismo se recibió testimonio de los recursos de apelación formulados por la representación de D. Joaquím Forn Chiarello contra los autos de 11 y 24 de agosto de 2020.

SEGUNDO.- Practicadas las actuaciones pertinentes, quedaron los autos para resolver. Se señaló como día para la deliberación el 26 de noviembre del corriente año, prolongándose en días sucesivos hasta su terminación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - Se promueve por el Ministerio Fiscal recurso de apelación contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno D. Joaquím Forn Chiarello, acordada por la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

1.1.- En la resolución recurrida se refleja que ha transcurrido un tiempo relevante desde que el interno se encuentra ingresado en prisión, primero como preventivo y luego cumpliendo condena; que ha hecho asunción expresa de los hechos por los que ha sido condenado y que admite su responsabilidad; que ha realizado los programas y actividades específicamente pautados por el Equipo de tratamiento, con resultados muy positivos y cumpliendo satisfactoriamente con el PIT; que mantiene el nivel más alto del SAM; que sus niveles de riesgo en la escala RISCANVI son bajos en todas las áreas, incluidas la reincidencia delictiva y el quebrantamiento de condena; que ha tenido un acceso al exterior, gradual, progresivo y sin incidencias; y que goza de pleno soporte familiar con hábitos laborales consolidados.

También se destaca que tiene buena conducta, que ha colaborado con todas las actividades propuestas, que ha reflexionado sobre lo sucedido y sobre las decisiones tomadas y que muestra motivación para el cambio. Y entre otros extremos se añade que, de acuerdo con los informes remitidos, *«el interno se define como una persona demócrata por encima de todo, pero si bien actuó así porque había un mandato superior del Parlament de Catalunya y un consenso social suficientemente amplio para llevarlo a cabo, cree que cualquier solución de futuro sería óptimo que se pudiera pactar con el Estado, pues la vía unilateral no es la adecuada»*.

Asimismo se refleja que su tratamiento ha incluido actividades destinadas *«a potenciar el juicio crítico, de planificación y análisis en la toma de decisiones, así como conocer y analizar los antecedentes y las consecuencias de los hechos por los que ha sido condenado. En relación con el primer punto ha participado en el programa de Excavaciones de palabras como mecanismo para intercambiar conocimiento y profundizar en la capacidad de razonar, escuchar y desarrollar, de manera conjunta, el pensamiento y el discurso mediante el lenguaje, el diálogo y los valores éticos. También ha dinamizado parte de las actividades socio-educativas que se han hecho en el módulo, las cuales ayudan a promover la convivencia. En relación al segundo punto, el interno ha sido capaz de reconocer los factores que van a predisponer y desencadenar la comisión de los hechos recogidos en la sentencia, eliminando mecanismos de defensa presentes en el inicio del cumplimiento... si bien el pensamiento político del interno no es punible ni es la causa de la actual condena, ello no obstante sí que ha sido objeto de intervención la reivindicación del mismo fuera del marco legal»*.

Todas estas circunstancias y factores positivos permiten, valorar, según la resolución de instancia, que se han cumplido los dos fines primordiales de la pena, que son la reeducación y la reinserción del penado, y su retención y custodia. Y, por tanto, que, desestimando el previo recurso de alzada interpuesto por el Ministerio Fiscal, procede confirmar la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del

Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, que clasifica al penado en tercer grado de tratamiento en el régimen abierto común previsto en el artículo 83 RP.

1.2. - El recurso del Ministerio Fiscal se ampara, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Incompatibilidad de la progresión a tercer grado con el cumplimiento de los fines de la pena, tanto los retributivos y de prevención general y especial, como los fines de reinserción y resocialización

Se destaca que el interno ha sido condenado a diez años y seis meses de prisión por un delito de sedición y que ha cumplido la cuarta parte de la condena en junio de 2020. Las tres cuartas partes de dicha condena las cumplirá en septiembre de 2025.

b) Falta de modificación de aquellos rasgos de personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva, tal y como exige el art. 65.2 de la LOGP, por cuanto el interno sigue considerando que los hechos por los que ha sido condenado no son constitutivos de delito.

c) Falta de evolución en el tratamiento tal como exige el 65 de la LOGP y el art. 106 del RP.

d) No existencia de acercamiento progresivo con el exterior que permita valorar la supuesta evolución positiva.

El interno solo ha disfrutado de un permiso ordinario.

e) El tercer grado se ha otorgado de modo conjunto y no individualizado a todos los condenados por la STS de 14 de octubre de 2019.

f) Insuficiencia de los aspectos positivos tenidos en cuenta en la resolución administrativa recurrida y en la propuesta de la Junta de Tratamiento, así como en el auto que acuerda la progresión a tercer grado.

g) Vaciado del contenido de la pena.

1.3.- La representación del Sr. Forn solicita la confirmación del auto recurrido y, en síntesis, sostiene lo siguiente:

a) Se han cumplido todos los fines de la pena, tanto los retributivos y de prevención general y especial como los de reeducación y reinserción.

No existe ningún motivo para rechazar el tercer grado toda vez que, como se desprende de los informes, la personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo del Sr. Forn, el medio social al que retorna el mismo y los recursos existentes para el éxito del tercer grado, fundamentan una prognosis favorable para la vida en semilibertad.

No es de recibo que la condena penal se extienda a una condena del itinerario penitenciario del interno, obstaculizando e impidiendo situaciones de posibles autorizaciones de permisos de salida, obtención de otros beneficios penitenciarios y modificaciones progresivas de clasificación.

No puede impedirse la progresión en grado para restablecer la confianza en el resto de la sociedad.

b) El Sr. Forn ha tomado plena conciencia y reconoce los hechos por los que ha sido condenado.

En ninguno de los informes aportados se hace constar que el interno no reconozca el carácter delictivo de tales hechos. Cuestión distinta es que no reconozca su calificación jurídica.

c) El programa tratamental seguido ha desplegado efectos positivos en la evolución del interno, ex art. 65 LOGP y 106 RP.

El programa individualizado, según los informes, tiene por objeto, entre otros, consolidar la concienciación de los actos y sus consecuencias, el pensamiento flexible, el juicio crítico, potenciar estrategias de resolución de conflictos y adquisición de respuestas para escenarios futuros, lo que desde luego guarda estrecha relación con la etiología delictiva.

d) La concesión del tercer grado no supone vaciar de contenido la pena pues está seguirá desplegando sus efectos.

No se ha de infravalorar que el interno lleva ya dos años y medio en prisión.

1.4. - Examinadas las alegaciones del Fiscal y la defensa, el recurso ha de ser estimado, al no concurrir los presupuestos necesarios para la progresión del interno a tercer grado.

El tercer grado concedido al interno determina, de acuerdo con el artículo 101 del RP, la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades. Esta clasificación, por otro lado, de conformidad con el artículo 102.4 del citado reglamento, se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Y la decisión al respecto exigirá, de acuerdo con el apartado segundo de este último precepto, que las Juntas de Tratamiento ponderen la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

La progresión en el grado de clasificación dependerá, asimismo, de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará

un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad (art. 106.2 del RP).

En definitiva, el interno ha de mostrar una evolución positiva que justifique dicha progresión y, con ello, un mayor régimen de libertad, ponderando a estos efectos los factores citados con anterioridad que, como destaca el precepto citado, están directamente relacionados con la actividad delictiva objeto de condena.

En este contexto, y de acuerdo con el art. 63.2 de la LGP, la clasificación del penado debe tomar en cuenta, no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

1.5.- El Sr. Forn fue condenado a diez años y seis meses de prisión y diez años y seis meses de inhabilitación absoluta como autor de un delito de sedición.

Es patente que el delito y la pena han de ser valorados para la clasificación del penado y su progresión en grado. De hecho, los recursos de apelación contra las decisiones al respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria corresponden al órgano sentenciador.

El artículo 102.4 del RP, en línea con el artículo 63.2 de la LOGP, menciona expresamente la duración de la pena como uno de los elementos a ponderar para la progresión al tercer grado. El apartado 3 del artículo 104 del mismo reglamento prevé como un supuesto especial que se conceda el tercer grado a un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas impuestas. En estos casos -continúa este precepto-, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables

intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.

La necesidad por otro lado de valorar, respecto a la pena impuesta, no solo el fin último reinsertador, sino también los efectos de prevención general y especial, es también evidente.

En el caso de autos, como hemos adelantado, la pena alcanza los 10 años y seis meses de prisión y el Sr. Forn cumplió la cuarta parte de su condena en junio de 2020, mientras la mitad la cumplirá previsiblemente, según la resolución recurrida, en enero de 2023.

1.6.- La Sala tiene que rechazar, como argumento de apoyo a la progresión de grado acordada -así lo destacábamos en el auto de 22 de julio de 2010, dictado también en la ejecutoria de esta causa especial respecto a la Sra. Forcadell-, nuestra decisión de descartar, en el fallo de la sentencia de la que deriva la presente ejecutoria, la previsión del art. 36.2 del CP. La no aplicación del artículo 36.2 del CP supuso, decíamos allí, *«que esta Sala no creyó necesario imponer, con los argumentos que expusimos en la sentencia dictada, el denominado “período de seguridad” que prevé el precepto. Esa decisión no impide que la duración de la pena sea un elemento a ponderar en el devenir de la ejecución, como tampoco supone un pláacet para anticipar, cuando no procede, la aplicación del tercer grado o de las previsiones del artículo 100.2 del RP»*.

También resulta pertinente reiterar aquí que en la tarea de acomodar el cumplimiento de las penas impuestas a los fines constitucionales que inspiran la ejecución de las penas privativas de libertad, nuestra sentencia no tiene que ser permanentemente reinterpretada. En los hechos declarados probados y en su fundamentación jurídica se encuentran las claves para explicar la gravedad de los hechos sentenciados y su efecto demoledor para la convivencia democrática. Su detenida lectura descarta cualquier quiebra del principio de

proporcionalidad. Pero, sobre todo, pone de manifiesto una idea clave de la que no puede prescindirse.

El Sr. Forn ni ninguno de los acusados en este procedimiento, ha sido condenado por perseguir la independencia de Cataluña. Las ideas de reforma, incluso ruptura, del sistema constitucional no son, desde luego, delictivas. Su legitimidad es incuestionable, está fuera de cualquier duda. El pacto de convivencia proclamado por el poder constituyente no persigue al discrepante. Ampara y protege su ideología, aunque ésta atente a los pilares del sistema.

Precisamente por ello, la afirmación de que el Sr. Forn está privado de libertad por su ideología carece de todo fundamento. El recurrente ordenó su comportamiento como miembro del Govern y, por tanto, como cabeza de la Consejería de la que dependían los *Mossos d'Esquadra*, a reinterpretar los mandatos del Tribunal Constitucional, del titular del juzgado núm. 13 de Barcelona, del Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia y de la Magistrada de la Sala de lo Civil y Penal de ese mismo Tribunal, en un sentido y alcance que permitiera simular su aparente cumplimiento, con el decidido propósito de hacer inefectivas las legítimas órdenes jurisdiccionales y del Fiscal Superior. En actuación concertada con otros penados puso su cargo al servicio de la destrucción del pacto de convivencia, forzando la creación de una legalidad paralela ajena en su fuente de creación a los cauces definidos por los principios democráticos que delimitan la estructura y el funcionamiento del Estado.

Cabe aquí destacar, como hicimos en la resolución de 22 de julio ya citada, y dadas algunas de las valoraciones incluidas en la documentación remitida junto a la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, que los hechos declarados probados en nuestra sentencia ya no pueden ser objeto de reinterpretación ni por el penado ni por terceros. Esta resolución *«es el incontrovertido punto de partida para el cumplimiento de la pena y, en consecuencia, para el modo de ese cumplimiento, que ha de discurrir por los cauces previstos en la legislación penitenciaria que, por otro lado -y esto es otra obviedad- no pueden ser*

utilizados en fraude de ley y para mostrar un desacuerdo más o menos encubierto con la condena impuesta».

La Administración penitenciaria no puede distanciarse de los principios y garantías que informan la ejecución de las penas de prisión impuestas por los Tribunales. Su acatamiento de la legalidad no debe hacerse depender de su grado de identificación o desacuerdo con la argumentación jurídica sobre la que se fundamenta la condena. De lo contrario, se subvierte el papel que la ley reserva a los órganos administrativos que, de esta forma, se convierten en una extravagante tercera instancia que se arroga la tarea de hacer *«más justa»* la decisión emanada de los jueces y tribunales constitucionalmente llamados al ejercicio de la función jurisdiccional. Los órganos de la administración penitenciaria no pueden vaciar la respuesta penal proclamada por un Tribunal de justicia, sometiendo su sentencia a una relectura que disfraza un tratamiento penitenciario privilegiado y, precisamente por ello, improcedente. La reiteración de esta idea -que la Sala ya ha expuesto en anteriores resoluciones- no debería resultar ya necesaria.

1.7- El auto recurrido, en línea con la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, destaca -entre otros extremos, como el disfrute sin incidencia de permisos penitenciarios, el arraigo familiar o su trayectoria política-, que el interno es un delincuente primario, que llevan un tiempo relevante en prisión, que ha observado buena conducta con ausencia de expedientes disciplinarios y que se muestra colaborador en todas las actividades. También que el tratamiento individualizado ha realizado su función y que *«ya tiene las herramientas, conocimientos y habilidades suficientes para alcanzar con éxito el retorno a la comunidad y reemprender así su rol de ciudadano activo».*

Se añade asimismo -con cita de los informes del Equipo de tratamiento-, y como hemos destacado *supra*, que el tratamiento ha incluido actividades destinadas *«a potenciar el juicio crítico, de planificación y análisis en la toma de decisiones, así como conocer y analizar los antecedentes y las consecuencias de los hechos por los que ha sido condenado».* En relación con

el primer punto ha participado en el programa de Excavaciones de palabras como mecanismo para intercambiar conocimiento y profundizar en la capacidad de razonar, escuchar y desarrollar, de manera conjunta, el pensamiento y el discurso mediante el lenguaje, el diálogo y los valores éticos. También ha dinamizado parte de las actividades socio-educativas que se han hecho en el módulo, las cuales ayudan a promover la convivencia. En relación al segundo punto, el interno ha sido capaz de reconocer los factores que van a predisponer y desencadenar la comisión de los hechos recogidos en la sentencia, eliminando mecanismos de defensa presentes en el inicio del cumplimiento... si bien el pensamiento político del interno no es punible ni es la causa de la actual condena, ello no obstante sí que ha sido objeto de intervención la reivindicación del mismo fuera del marco legal».

Los argumentos expuestos, sin embargo, no explican suficientemente la justificación de una concesión tan temprana del tercer grado.

Particularmente, no explican cuál ha sido la evolución y la progresión del tratamiento que ha seguido el penado. Ello dependerá, establece el art. 65.2 de la LGP, de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

Nada de ello se explicita en el auto recurrido. La reflexión sobre la propia conducta y sobre sus consecuencias, así como el reconocimiento de los hechos y sus efectos son sin duda relevantes para el buen resultado del tratamiento, pero no han de ser su única finalidad. El tratamiento penitenciario, de conformidad con el artículo 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, y una y otra finalidad no pueden ser ajenas al delito por el que fueron condenados e, insistimos, debe ir más allá de la toma de conciencia sobre los propios actos y sus consecuencias o del fomento del juicio crítico.

Es una obviedad, por otro lado, que ni en este ni en ningún otro caso, lo expuesto implica que el citado tratamiento haya de estar dirigido a modificar el pensamiento político del interno, por la razón, igualmente obvia, de que dicho pensamiento será siempre ajeno a la actividad delictiva cometida. Nadie cumple condena en un Centro Penitenciario por sus ideas políticas.

En definitiva, la progresión al tercer grado es prematura. Es preciso que transcurra un período de tiempo mayor para que se pueda valorar adecuadamente la evolución del interno y del tratamiento penitenciario, máxime cuando la pena es tan elevada y la progresión se acuerda cuando aún no ha transcurrido ni la cuarta parte de la condena.

Se estima, por tanto, el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y se revoca el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5, de manera que el interno continuará clasificado en segundo grado.

2.- El Ministerio Público también recurre en apelación el auto de 14 de mayo de 2020 que autoriza la aplicación al Sr. Forn de las medidas del artículo 100.2 del RP, tal y como había sido solicitado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Lledoners.

2.1.- Las alegaciones fundamentales del Ministerio Público serían las siguientes:

a) La medida del artículo 100.2 del RP es siempre excepcional, la petición debe ir debidamente motivada, señalar las razones tratamentales que la justifican y ha de ser objeto de interpretación restrictiva.

b) El Sr. Forn cumple una condena de diez años y seis meses prisión por el delito de sedición y el tratamiento penitenciario debería ser acorde a esta etiología delictiva.

c) Dado el contenido de la propuesta formulada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, no consta que vaya a influir positivamente en las carencias tratamentales del interno puesta que a través de la concesión del régimen del art. 100.2 del RP, facilitando el trabajo del penado en el exterior en una situación equivalente al tercer grado no se produce ningún efecto tratamental. No contiene dicha propuesta ningún razonamiento sobre por qué las actividades laborales a realizar van a influir positivamente en el tratamiento del interno.

No sólo no existe relación alguna entre el delito cometido y la realización de actividad laboral sino que los hábitos laborales no son un déficit que haya que trabajar en el interno.

d) El interno, cuando se hizo la propuesta, no había cumplido ni siquiera la cuarta parte de la condena.

e) La no aplicación en la sentencia condenatoria del art. 36.2 del CP no supone la concesión automática del régimen que se recurre.

2.2.- La representación del Sr. Forn se opone al recuso formulado con base, resumidamente, en las siguientes alegaciones:

a) La propuesta de la Junta de Tratamiento es acorde con la legislación penitenciaria y pone de relieve que, para seguir avanzando en el proceso de rehabilitación y dar continuidad al tratamiento ya iniciado y objetivar las estrategias conseguidas durante el régimen cerrado, conviene el régimen de vida flexible que permite el 100.2 del RP.

En concreto, el programa a seguir tiene por objeto consolidar la concienciación de los actos y sus consecuencias, el pensamiento flexible, el juicio crítico, potenciar estrategias de resolución de conflictos y adquirir respuestas para escenarios futuros, lo que desde luego guarda estrecha relación con la etiología delictiva.

b) En el PIT del Sr. Forn se contempla también potenciar el área laboral y dado que se presentó una oferta laboral, el equipo educador considera necesaria la aplicación del principio de flexibilidad a fin de dar continuidad al trabajo realizado dentro del centro y consolidar los fines de la pena orientados a la reinserción social.

Asimismo el informe de valoración psicológica recoge que el Equipo consideró conveniente realizar actividades orientadas a ofrecer más herramientas para el juicio crítico y la toma de decisiones.

En definitiva, no solo se proporciona un programa detallado a seguir con el régimen flexible del art. 100.2 del RP, sino que el mismo se documenta con numerosos informes que avalan su aplicación.

c) El Sr. Forn lleva en prisión dos años y siete meses y ya ha alcanzado la cuarta parte de su condena.

El Ministerio Fiscal exige unos requisitos (entre ellos, temporales) para la aplicación del art. 100.2 del RP que no están contemplados ni en la ley ni en la jurisprudencia.

El hecho de que el interno ya tuviera, antes de ingresar en prisión, unos hábitos sociales y laborales adquiridos no ha de suponer que se le excluya de los beneficios que prevé el Reglamento Penitenciario, que son independientes del nivel de reinserción y reeducación de cada interno.

Según el informe psicológico, los más de dos años que el interno lleva en prisión han supuesto la eficacia del efecto intimidatorio de la pena, por lo que los efectos retributivos ya se han cumplido.

d) El programa propuesto por el Centro no se aleja del delito cometido. Al contrario, de los informes se desprende que todo el tratamiento ha estado enfocado hacia el delito de sedición y necesitar afianzarse en el exterior para llevarlo al terreno práctico de convivencia y con un empleo.

e) La Sala rechazó la aplicación del art. 36.2 CP.

2.3.- Esta apelación formulada por el Ministerio Fiscal también ha de ser estimada.

2.3.1.- Sobre la conexión entre el artículo 100.2 del RP y la actividad de clasificación, esta Sala se remite a su auto de 22 de julio de 2020. Declarábamos en él lo siguiente: *«el artículo 100.2 RP se enmarca en el ámbito de la “Clasificación de los penados”, que es la rúbrica del capítulo II del título IV del RP, 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 RP (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 alguna 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”, dice el artículo 100.1 del RP), con lo cual valorar si procede o no “combinar aspectos característicos” de esos tres grados (artículo 100.2 CP) también será, por coherencia sistemática, una actividad que incide en la clasificación.*

La referencia del artículo 100.2 del RP a “que siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado” no obstaculiza esta 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 que la evolución de su tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del artículo 72 de la LOGP, le hace merecedor de ello.

Desde esta perspectiva, y como resaltaba el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 12 de marzo de 2020, el artículo 100.2 del RP afecta al modelo de ejecución de la pena -como lo hacen las clasificaciones en

grado- y, en consecuencia, los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieran, al tratarse de una materia atinente -reiteramos- a la ejecución de la pena, deben ser examinados por el órgano sentenciador.

Este examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del art. 100.2 del RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustadas a derecho, que pretendan eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena. Y, lo que resulta más llamativo, hacerlo con la excusa de que al no tratarse de una materia sobre la clasificación de los penados, no le corresponde su revisión en apelación. El principio de flexibilidad que proclama el art. 100.2 del RP, de tanta importancia para hacer realidad el fin constitucional de resocialización del penado, no convierte a las Juntas de Tratamiento en una última instancia llamada a corregir los desacuerdos de los funcionarios que las integran con el desenlace de un determinado proceso. Tampoco permite el traslado injustificado de un penado a otro centro penitenciario si esa decisión está estratégicamente dirigida a rectificar la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijada en atención al ámbito territorial en el que se asiente la prisión».

2.3.2.- El artículo 100.2 del RP es ciertamente una medida excepcional que exige una justificación individualizada de su pertinencia, como medida de flexibilización del grado. Debe fundamentarse, como señala el precepto, en un programa específico de tratamiento. Esa excepcionalidad obliga a una interpretación exigente de los presupuestos y requisitos que legitiman su aplicación.

Declarábamos en nuestro auto de 22 de julio lo siguiente: «La propuesta correspondiente y su aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, deben reflejar una necesidad que ha de estar vinculada directamente con el proceso de reinserción del penado. Es este proceso de reinserción el que exige un programa específico de tratamiento, que no podría

llevarse a cabo sin aplicar la flexibilización que prevé el art. 100.2 del RP. El programa de tratamiento ha de identificar, precisamente para su debido control judicial, la necesidad de la medida, la imposibilidad de su ejecución en el interior del centro penitenciario, su relevancia frente a otras alternativas y, en definitiva, su provisionalidad o permanencia en el tiempo. Sobre la necesidad de un programa específico de tratamiento como elemento de identificación del principio de flexibilidad ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestra STS 586/2019, 27 de noviembre.

El tratamiento penitenciario, de conformidad con el artículo 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Y para su individualización, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, que debe tomar en cuenta, declara el art. 63.2 de la LOGP, no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también “...la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”».

2.3.3.- La decisión sobre la aplicación del art. 100.2 RP debe tener en cuenta, como en el caso de la progresión en grado, la duración de la pena impuesta al interno (diez años y seis meses de prisión y diez años y seis meses de inhabilitación absoluta). Tan desacertado es, decíamos en nuestro auto de 22 de julio, «atender como límite para la aplicación del art. 100.2 del RP sólo a la duración de la pena, como no hacerlo en absoluto».

Por otro lado, como ya hemos explicado con anterioridad en esta resolución, nuestra decisión sobre la no aplicación del artículo 36.2 del CP, no apoya la excarcelación pretendida.

Así mismo no parece necesario incidir en por qué fue condenado el Sr. Forn y en la obviedad de que, como cualquier ciudadano, goza del derecho fundamental a la libertad ideológica.

2.3.4.- De conformidad con la propuesta remitida inicialmente, que analizaremos a continuación, las salidas al exterior tendrían lugar de lunes a viernes desde las 7.30 h hasta las 20h, incluyendo el tiempo necesario para el transporte.

El Sr. Forn, por tanto, clasificado en segundo grado, que cumplió la cuarta parte de su condena en junio de 2020, disfrutaría *de facto* de un régimen de semilibertad y pasaría cinco días a la semana fuera del Centro Penitenciario durante las horas ya citadas. Ya hemos indicado que la reinserción social es el fin principal de la pena, pero ello no implica la desaparición de otras finalidades, como la retributiva y la prevención general y especial.

2.3.5.- El Centro Penitenciario de Lledoners propone un plan de actividad laboral en la empresa de comunicación MEDIAPRO, en los días y horas ya indicadas. El interno, de acuerdo con la propuesta remitida en su día, se incorporará al área jurídica de la entidad.

La viabilidad y procedencia de esta propuesta, de acuerdo con los informes que la acompañan y le dan soporte, se estima conveniente *«para afianzar el trabajo realizado desde el día de hoy y complementar esta intervención efectuada, y con criterio de solución de continuidad de rehabilitación en el exterior»*. Estas salidas para realizar tareas laborales en el exterior servirán para *«poder evaluar mejor al interno de cara a una futura valoración del conjunto de todo el tratamiento realizado y potenciará los vínculos comunitarios que por el hecho del encarcelamiento se han truncado»*.

También se destaca que el interno ha trabajado *«la capacidad de juicio crítico, de planificación y análisis en la toma de decisiones, potenciar estrategias de resolución de conflictos, así como el pensamiento flexible y creativo y conocer y analizar los antecedentes y las consecuencias de la conducta»*.

Hace referencia la resolución recurrida, entre otros extremos, a que el interno ha reconocido los hechos, que es sensible a las consecuencias negativas de su conducta y asume su responsabilidad por sus acciones. También que ha reflexionado sobre lo sucedido y sobre las decisiones tomadas y se añade (con referencia a los informes unidos a la propuesta): *«el interno se define como una persona responsable y cumplidora con su deber profesional, que en el momento de los hechos pretendió desarrollar sus funciones con la diligencia debida, como siempre lo había hecho, pero sus fuertes convicciones políticas fundamentadas en que someter a votación la decisión de implementar la independencia era la mejor solución para Catalunya en el momento histórico que se estaba viviendo y también el hecho de formar parte de un gobierno que se había comprometido a realizar este referéndum, le llevaron a actuar como lo hizo; ahora, a posteriori y con la distancia, analizado la situación creada, valora que se podría haber actuado de otra forma, así como ve las consecuencias que se han originado por su conducta, admitiendo que no eran las consecuencias deseadas»*

Examinado el contenido de esta propuesta, expuesta resumidamente, así como los motivos que la fundamentan, no se aprecia sin embargo vinculación alguna con el proceso de reinserción social del penado, de forma que la misma sea adecuada a su situación actual. Esa falta de conexión entre el programa de tratamiento y los delitos cometidos hace injustificable un régimen de semilibertad. La Sala no pone en duda el buen comportamiento del interno y su buena relación con todos los profesionales y funcionarios, así como con los internos que también se destacan en la resolución recurrida. Tampoco su trayectoria política previa a la comisión del delito por el que ha sido condenado.

Pero, como ya advertimos en su momento al rechazar la aplicación de este mismo régimen respecto a la Sra. Forcadell y otros condenados en esta causa especial, nada de ello permite salvar esa ausencia absoluta de enlace entre el programa que se propone y el proceso de reinserción social del penado que, como es obvio, no puede ser ajeno a los delitos cometidos, un

delito de sedición y un delito de malversación de caudales públicos en su modalidad agravada.

Ni en el contenido de la propuesta formulada ni los argumentos contenidos en el auto que se recurre permiten advertir qué efecto en el tratamiento penitenciario encaminado a su reinserción puede tener la incorporación del interno al área jurídica de una empresa de comunicación.

La Sala, como en otras resoluciones dictadas respecto a otros condenados en esta causa, detecta un visible desenfoque de los términos del análisis suscrito por la resolución apelada. Sobre todo, cuando afirma que exigir esa conexión supondría tratar de modificar o cambiar el pensamiento y la ideología política del interno. Se parte así de la premisa de que es esa ideología la que motiva la condena del interno, lo que esta Sala rechaza de plano. Basta para ello una lectura detenida de nuestra sentencia y de los delitos por los que ha sido condenado el interno recurrente.

El principio de flexibilidad que incorpora el art. 100.2 del RP, declarábamos en el auto de 22 de julio, *«sólo se entiende a partir de una estricta subordinación entre el régimen diseñado en la propuesta de aplicación y el objetivo de reinserción frente al delito por el que se ha impuesto una pena privativa de libertad. Sólo así cobra sentido la distancia que, en aplicación del principio constitucional de reinserción, llega a producirse, con carácter general, entre la duración nominal de la pena y el tiempo de cumplimiento efectivo»*.

Cabe por último incidir en que nuestra sentencia es el incontrovertido punto de partida para el cumplimiento de la pena y, en consecuencia, para el modo de ese cumplimiento, que ha de discurrir por los cauces previstos en la legislación penitenciaria que, por otro lado -y esto es otra obviedad- no pueden ser utilizados en fraude de ley y para mostrar un desacuerdo más o menos encubierto con la condena impuesta.

2.3.6.- En definitiva, valorando la excepcionalidad de la medida controvertida, y el alcance con el que se propone la misma no se estima

suficientemente justificada en el caso de autos, pues no se fundamenta debidamente su necesidad en conexión con el proceso de reinserción del penado.

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto de 14 de mayo de 2020, que se revoca, denegándose la aplicación del régimen del art. 100.2 RP D. Joaquím Forn Chiarello.

3.- La representación procesal del Sr. Forn formula recurso de apelación contra el auto de 11 de agosto de 2020 que, desestimando el recurso de reforma contra la providencia de 28 de julio de 2020, confirmaba esta última en la que se acordaba el efecto suspensivo de la clasificación en tercer grado.

Idéntico recurso formula contra el auto de 24 de agosto del mismo año, en el que desestimando el recurso de reforma contra la providencia de 4 de agosto de 2020, confirmaba la resolución en la que se acordaba el efecto suspensivo de la aplicación del art. 100.2 RP.

Revocado el tercer grado, así como la aplicación del régimen del artículo 100.2 del RP, estos recursos han quedado privados de contenido, lo que basta para su desestimación.

Vistos los preceptos citados y demás que sean de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno **D. JOAQUÍM FORN**

CHIARELLO, que **SE REVOCA**, de manera que este deberá permanecer en segundo grado de clasificación.

2) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 14 de mayo de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que autoriza la aplicación al interno **D. JOAQUÍN FORN CHIARELLO** de las medidas del artículo 100.2 del RP, **DENEGANDO** dicha aplicación.

3) DESESTIMAR los recursos de apelación formulados por la representación del Sr. Forn contra los autos de 11 y 24 de agosto de 2020 dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Manuel Marchena Gómez

Andrés Martínez Arrieta

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García

Andrés Palomo del Arco

Ana María Ferrer García

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se ha recibido en este Tribunal Supremo testimonio de particulares de los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal

contra los autos de 22 de abril y 19 de agosto de 2020 dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona.

Asimismo se recibió testimonio de particulares de los recursos formulados por la representación de D. Jordi Sánchez Picanyol contra los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona de 24 y 31 de agosto de 2020.

SEGUNDO.- Practicadas las actuaciones pertinentes, quedaron los autos para resolver. Fue señalado el día 26 de noviembre para la deliberación, que se prolongó durante los días sucesivos que fueron necesarios para el examen y valoración de los recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - Se promueve por el Ministerio Fiscal recurso de apelación contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno D. Jordi Sánchez Picanyol acordada por la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

1.1.- En la resolución recurrida se refleja que el interno ha estado ingresado en prisión un tiempo relevante, primero como preventivo y luego como penado; que ha hecho asunción expresa de los hechos probados de la sentencia y que admite su responsabilidad; que ha realizado los programas y actividades de tratamiento específicamente pautados por el equipo de tratamiento del centro penitenciario, con resultado muy positivos y con cumplimiento satisfactorio de su PIT; que mantiene el nivel más alto del SAM; que sus niveles de riesgo en la escala RISCANVI son bajos en todas las

áreas, incluidas la reincidencia delictiva y el quebrantamiento de condena; que ha tenido un acceso al exterior, gradual, progresivo y sin incidencias; y que goza de pleno soporte familiar con hábitos laborales consolidados.

Todas estas circunstancias y factores positivos permiten valorar, según la resolución de instancia, que se han cumplido los dos fines primordiales de la pena, que son la reeducación y la reinserción del penado, y su retención y custodia. De ahí la desestimación del previo recurso de alzada interpuesto por el Ministerio Fiscal, con la consiguiente confirmación de la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, que clasifica al penado en tercer grado de tratamiento en el régimen abierto común previsto en el artículo 83 RP.

1.2. - El recurso del Ministerio Fiscal se ampara, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Incompatibilidad de la progresión a tercer grado con el cumplimiento de los fines de la pena, tanto los retributivos y de prevención general y especial como los de reeducación y resocialización.

b) Falta de modificación de aquellos rasgos de personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva tal y como exige el art. 65.2 de la LOGP, por cuanto el interno sigue considerando que los hechos por los que ha sido condenado no son constitutivos de delito.

c) Insuficiente evolución en el tratamiento tal como exigen el 65 de la LOGP y el art. 106 del RP.

d) No existencia de acercamiento progresivo con el exterior que permita valorar la supuesta evolución positiva.

e) Insuficiencia de los aspectos positivos tenidos en cuenta en la resolución administrativa recurrida y en la propuesta de la Junta de Tratamiento, así como en el auto que acuerda la progresión a tercer grado.

f) Vaciado del contenido de la pena.

1.3. - La representación del Sr. Sánchez solicita la confirmación del auto recurrido.

Para ello sostiene, en síntesis, lo siguiente:

a) El fin primordial de las penas es la reinserción social y a ello se orienta la normativa penitenciaria. Los fines de prevención general y especial no son superiores.

b) La progresión a tercer grado no exige un límite temporal ni depende de la gravedad de la pena impuesta. Ha de ser la máxima a la que debe aspirar un régimen penitenciario basado en el principio de resocialización y el principio de instrumentalidad del régimen penitenciario al servicio de tratamiento, permitiendo así lograr una mayor individualización y facilitando la consecución del fin último de reinserción social.

c) La propuesta de progresión a tercer grado está motivada de manera detallada y amplia en los informes que la acompañan, que reflejan que el interno ha colaborado en todo momento con los profesionales del centro y ha seguido sus pautas.

d) El tercer grado no es una condonación de la pena ni un indulto parcial, sino una modalidad más de cumplimiento de la pena al que se llega cuando la evolución del interno lo permita y concurren los requisitos personales, familiares y sociales para presumir el buen éxito del tratamiento.

e) Se pretende instaurar un castigo ejemplarizante para todos los condenados por la sentencia del *procés*, a través de una «*suerte de doble*

castigo, en tanto que además de la pena efectivamente impuesta, se pretende imponer una condena del itinerario penitenciario del interno».

f) El Ministerio Fiscal, en sus alegaciones sobre el delito cometido, «*amplia*» el bien jurídico protegido por el delito de sedición, propia del delito de rebelión.

g) El interno ha asumido su conducta y su participación en los hechos. «*Cuestión distinta es que deba renegar de sus convicciones políticas*». Lo único que debe exigírsele al interno es que reconozca los hechos, al margen de que discrepe de su calificación jurídica o de la respuesta punitiva.

h) El Ministerio Fiscal no valora las variables positivas que concurren en el interno y pretende «*negativizar*» todo aquello que puede beneficiarle, con infracción así del principio de igualdad, puesto que estos factores claramente positivos sí se valoran en otros internos.

i) El hecho de que no haya un programa específico para el delito de sedición no significa que no se esté trabajando con el interno como se haría con cualquier otro penado con el objetivo que persigue cualquier tratamiento penitenciario, que es el que dispone el art. 59.2 LGP.

El interno, por otro lado, sí ha venido realizado un tratamiento acorde con la tipología delictiva.

j) Se alega que no ha existido un acercamiento progresivo con el exterior cuando el Ministerio Fiscal se ha opuesto a todos y cada uno de los permisos propuestos por la Junta de Tratamiento. Se desconoce, además, qué sería suficiente en este sentido para el Ministerio Público.

k) Cumplida la cuarta parte de la condena, ninguna impunidad puede predicarse de la concesión del tercer grado cuando concurren todos los requisitos para su concesión.

1.4. - Examinadas las alegaciones del Fiscal y la defensa, el recurso ha de ser estimado, al no concurrir los presupuestos necesarios para la progresión del interno a tercer grado.

El tercer grado concedido al interno determina, de acuerdo con el artículo 101 RP, la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades. Esta clasificación, por otro lado, de conformidad con el artículo 102.4 del citado reglamento, se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Y la decisión al respecto, exigirá, de acuerdo con el apartado segundo de este último precepto, que las Juntas de Tratamiento ponderen la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

La progresión en el grado de clasificación dependerá, asimismo, de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad (art. 106.2 RP).

En definitiva, el interno ha de mostrar una evolución positiva que justifique dicha progresión y, con ello, un mayor régimen de libertad, ponderando a estos efectos los factores detallados con anterioridad que, como destaca el precepto citado, están directamente relacionados con la actividad delictiva objeto de condena.

En este contexto, y de acuerdo con el art. 63.2 LGP, la clasificación del penado debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y, en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y

dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

1.5.- El Sr. Sánchez fue condenado a 9 años de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta como autor de un delito de sedición.

Es patente que el delito y la pena han de ser valorados para la clasificación del penado y su progresión en grado. De hecho, los recursos de apelación contra las decisiones al respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria corresponden al órgano sentenciador.

El artículo 102.4 RP, en línea con el artículo 63.2 LOGP, menciona expresamente la duración de la pena como uno de los elementos a ponderar para la progresión a tercer grado. El apartado tres del artículo 104 del mismo reglamento prevé como un supuesto especial que se conceda el tercer grado a un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas impuestas. En estos casos, continúa este precepto, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.

La necesidad por otro lado de valorar, respecto a la pena impuesta, no solo el fin último reinsertador, sino también los efectos de prevención general y especial, es también evidente. Todos concurren y han de ser tenidos en cuenta. Si no fuera así, no se explicaría la previsión del apartado tres del art. 104 RP, que acabamos de reseñar.

En el caso de autos la pena alcanza los 9 años de prisión y el Sr. Sánchez, que cumplió la cuarta parte de su condena, en enero de 2020, no cumplirá la mitad hasta el mes de abril del 2022.

1.6.- La Sala tiene que rechazar, una vez más, el erróneo argumento de apoyo a la progresión de grado, contumazmente invocado en el auto recurrido y en el escrito de alegaciones de la defensa, vinculado a la no aplicación del art. 36.2 del CP en la sentencia de la que dimana la presente ejecutoria. En efecto, como ya destacamos en el auto de 22 de julio de 2010 - dictado también en la ejecutoria de esta causa especial respecto de la Sra. Forcadell-, nuestra decisión de descartar la aplicación del art. 36.2 del CP no da cobertura al desenlace de la resolución recurrida. La no aplicación del artículo 36.2 del CP supuso, decíamos allí, *«que esta Sala no creyó necesario imponer, con los argumentos que expusimos en la sentencia dictada, el denominado «período de seguridad» que prevé el precepto. Esa decisión no impide que la duración de la pena sea un elemento a ponderar en el devenir de la ejecución, como tampoco supone un plácet para anticipar, cuando no procede, la aplicación del tercer grado o de las previsiones del artículo 100.2 del RP»*.

También resulta pertinente reiterar que, en la tarea de acomodar el cumplimiento de las penas impuestas a los fines constitucionales que inspiran la ejecución de las penas privativas de libertad, nuestra sentencia no tiene que ser permanentemente reinterpretada. En los hechos declarados probados y en su fundamentación jurídica se encuentran las claves para explicar la gravedad de los hechos sentenciados y su efecto demoledor para la convivencia democrática. Su detenida lectura descarta cualquier quiebra del principio de proporcionalidad. Pero, sobre todo, pone de manifiesto una idea clave de la que no puede prescindirse. El Sr. Sánchez, ni ninguno de los acusados en este procedimiento, ha sido condenado por perseguir la independencia de Cataluña. Las ideas de reforma, incluso ruptura, del sistema constitucional no son, desde luego, delictivas. Su legitimidad es incuestionable, está fuera de cualquier duda. El pacto de convivencia proclamado por el poder constituyente no persigue al discrepante. Ampara y protege su ideología, aunque ésta atente a los pilares del sistema.

El Sr. Sánchez tampoco fue condenado por su ideología independentista. Fue declarado autor de un delito de sedición con base en los

hechos declarados probados en el juicio histórico de nuestra sentencia. No ha sido condenado por convocar manifestaciones o congregaciones ciudadanas contra determinadas actuaciones judiciales, ni por animar a participar en la votación del 1 de octubre ni por llamar a la movilización en medios de comunicación. Este no es el relato de hechos probados. Basta para ello leer el citado *factum* y también los razonamientos contenidos en los apartados correspondientes de la sentencia dictada. El juicio de autoría del Sr. Sánchez descansa, como declara la sentencia, *«sobre su concertado papel con otros responsables públicos para organizar un referéndum que fue declarado ilegal por el Tribunal Constitucional, para movilizar a la ciudadanía con el objeto de hacer evidente que la justicia española no podía ejecutar sus legítimas decisiones. Se apoya también en las movilizaciones ciudadanas que el día 1 de octubre impidieron con su oposición y fuera de las vías legales, que lo ordenado por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña pudiera hacerse realidad»*.

Cabe destacar, como hicimos en la resolución de 22 de julio ya citada, y a la vista de algunas de las valoraciones incluidas en la documentación remitida junto a la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, que los hechos declarados probados en nuestra sentencia ya no pueden ser objeto de reinterpretación ni por el penado ni por terceros. Esta resolución *«es el incontrovertido punto de partida para el cumplimiento de la pena y, en consecuencia, para el modo de ese cumplimiento, que ha de discurrir por los cauces previstos en la legislación penitenciaria que, por otro lado -y esto es otra obviedad- no pueden ser utilizados en fraude de ley y para mostrar un desacuerdo más o menos encubierto con la condena impuesta»*.

La Administración penitenciaria no puede distanciarse de los principios y garantías que informan la ejecución de las penas de prisión impuestas por los Tribunales. Su acatamiento de la legalidad no debe hacerse depender de su grado de identificación o desacuerdo con la argumentación jurídica sobre la que se fundamenta la condena. De lo contrario, se subvierte el papel que la ley reserva a los órganos administrativos que, de esta forma, se convierten en una

extravagante tercera instancia que se arroga la tarea de hacer más justa la decisión emanada de los jueces y tribunales constitucionalmente llamados al ejercicio de la función jurisdiccional. Los órganos de la administración penitenciaria no pueden vaciar la respuesta penal proclamada por un Tribunal de justicia, sometiendo su sentencia a una relectura que disfraza un tratamiento penitenciario privilegiado y, precisamente por ello, impropio. La reiteración de esta idea -que la Sala ya ha expuesto en anteriores resoluciones- no debería resultar ya necesaria.

1.7- El auto recurrido, de conformidad con la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, destaca, en síntesis, y entre otros extremos -como el disfrute sin incidencia de permisos penitenciarios, el arraigo familiar o los hábitos laborales consolidados- que el interno es un delincuente primario, que lleva dos años y nueve meses en prisión, que ha observado buena conducta con ausencia de expedientes disciplinarios, que se muestra colaborador en sus relaciones con todos los profesionales del equipo y que se ha implicado en su PIT, que viene cumpliendo muy favorablemente desde que llegó al Centro.

También que, según los informes presentados, el interno asume la responsabilidad por sus actos y se encuentra motivado para el cambio.

Resalta igualmente la resolución recurrida que el tratamiento individualizado ha realizado su función siendo así que *«ya tiene las herramientas, habilidades y conocimientos suficientes para alcanzar con éxito el retorno a la comunidad y reemprender así su rol de ciudadano activo»*. Y añade que *«la rehabilitación se ha dirigido a una reflexión responsable sobre las decisiones tomadas, las actuaciones y la conducta del interno en el momento de los hechos, las consecuencias que se derivaron y la asunción de responsabilidad»*. En el marco de su programa individualizado, se destaca -citando los informes del Equipo de Tratamiento- que *«el interno ha realizado sesiones individuales con la psicóloga para trabajar el análisis funcional de la conducta objeto de condena. En este punto ha destacarse que atendida la garantía constitucional de libertad ideológica, el pensamiento político del*

interno no es punible ni es la causa de la actual condena. No obstante, eso, sí que ha sido objeto de intervención su reivindicación fuera del marco legal. En este sentido el interno ha detectado los factores presentes en la comisión de los hechos, reconoce los hechos descritos en sentencia, asume sus responsabilidades y las consecuencias derivadas de sus actos, y ha tomado conciencia de lo que supuso su actuación. Muestra una actitud colaboradora y receptiva hacia su plan de trabajo».

Los argumentos expuestos, sin embargo, no explican suficientemente la justificación de una concesión sin duda temprana del tercer grado, dado que el penado no cumplirá la mitad de su condena hasta abril de 2022.

Particularmente, no explican cuál ha sido la evolución y la progresión del tratamiento que ha seguido el penado, la cual dependerá, dice el art. 65.2 LGP, de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

Nada de ello se explicita en el auto recurrido. La reflexión sobre la propia conducta y sobre sus consecuencias así como el reconocimiento de los hechos y sus efectos son sin duda relevantes para el buen resultado del tratamiento, pero no han de ser su única finalidad. El tratamiento penitenciario, de conformidad con el artículo 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, y una y otra finalidad no pueden ser ajenas al delito por el que fueron condenado.

Es obvio, por otro lado, que con ello no se pretende que el interno *«reniegue de sus convicciones políticas»*, sencillamente porque estas son ajenas a su condena. Sostener que el cumplimiento de las penas impuestas en la sentencia que está siendo objeto de ejecución exige como presupuesto que el interno *«reniegue de sus convicciones políticas»*, supone aferrarse a una

línea argumental equivocada, que nada tiene que ver con el significado del cumplimiento de una pena privativa de libertad en una sociedad democrática. La libertad ideológica de cualquier interno ha de permanecer intacta y no puede ser erosionada durante el tiempo de cumplimiento. Nuestro sistema penitenciario no autoriza intromisiones en el espacio ideológico de los reclusos. El Sr. Sánchez no puede ver agravado su estatuto jurídico por su identificación con un proyecto independentista de ruptura. Esta idea, expresiva de una de las notas definitorias de nuestro sistema constitucional, debería ser el eje sobre el que se apoyaran las resoluciones dictadas por la administración penitenciaria y las emanadas del órgano jurisdiccional llamado a fiscalizar aquéllas. El Sr. Sánchez no ha sido condenado por suscribir una determinada concepción política. Su autoría se vincula a los hechos descritos en el factum de la sentencia dictada por esta Sala. La ruptura de las reglas que delimitan el funcionamiento normal de cualquier estado de derecho y la promoción de incidentes violentos llamados a demostrar que la competencia de los Juzgados y Tribunales ordinarios tenía que detenerse a las puertas de una consejería autonómica, son las razones que están en la base de la condena ahora en ejecución.

En definitiva, la progresión al tercer grado es prematura. Es preciso que transcurra un período de tiempo mayor para que se pueda valorar adecuadamente la evolución del interno y del tratamiento penitenciario, máxime en supuestos de pena tan elevada como la del Sr. Sánchez.

Se estima, pues, el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y se revoca el auto de 19 de agosto de 2020 dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona, de manera que el interno continuará clasificado en segundo grado.

2.- El Ministerio Público también recurre en apelación el auto de 22 de abril de 2020 que autoriza la aplicación al Sr. Sánchez de las medidas del artículo 100.2 del RP, tal y como había sido solicitado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Lledoners.

2.1.- Sus alegaciones fundamentales serían las siguientes:

a) La medida del artículo 100.2 del RP es siempre excepcional y requiere que se fundamente en un programa específico de tratamiento.

b) Dado el contenido de la propuesta formulada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, no consta que vaya a influir positivamente en las carencias tratamentales del interno. La realización de las actividades de voluntariados que se proponen, en una situación casi equivalente al tercer grado, no producirán ningún efecto tratamental más allá de una genérica alusión a un proceso de inserción social, familiar y laboral ya iniciado.

Las actividades de voluntariado que se proponen nada tienen que ver con la tipología delictiva. No se ha propuesto un tratamiento específico.

c) El Sr. Sánchez cumple una condena de 9 años prisión y cuando se elevó la propuesta hacía menos de un mes que había cumplido la cuarta parte de la condena. Si bien es cierto que el art. 100.2 del RP no se refiere a ningún límite temporal, la reinserción y reeducación social no son las únicas finalidades legítimas de las penas.

d) La no aplicación en la sentencia condenatoria del art. 36.2 CP no supone la concesión automática del régimen que se recurre.

e) Tanto la LOGP como el RP no conciben un penado sin un proceso de tratamiento. La preparación para la reinserción social comienza en el establecimiento penitenciario mediante la sumisión a tratamiento

2.2.- La representación del Sr. Sánchez se opone al recuso formulado con base, resumidamente, en las siguientes alegaciones:

a) Todos los informes de los miembros del Equipo Técnico analizan las variables relacionadas con el interno y su tratamiento y contienen una

específica valoración de la motivación de la aplicación del art. 100.2 RP desde sus respectivas perspectivas.

b) A pesar de tratarse de un modelo excepcional, en caso de concurrir, como es el caso, los requisitos para su concesión, la excepcionalidad no ha de entenderse como una barrera para su concesión.

c) El hecho de que no exista un tratamiento específico como tal para el delito de sedición no implica que no se haya diseñado un tratamiento penitenciario para el interno y que no se esté trabajando con él como se haría con cualquier interno y ello con la finalidad prevista en el artículo 59.2 LGP.

En cualquier caso, aun cuando el interno no está realizando un programa específico para el delito de sedición, sí está realizando programas de tratamiento relacionados con esta tipología delictiva. Son válidos, por otro lado, todos los métodos de tratamiento dirigidos a la reinserción.

d) El Sr. Sánchez ha reconocido los hechos, ha asumido su responsabilidad y sus consecuencias y está cumpliendo su pena de una manera ejemplar, sin ninguna incidencia -tampoco en sus salidas al exterior- y sin ningún expediente. Todo ello, sin perjuicio de que discrepe legítimamente de su calificación jurídica o de su respuesta punitiva.

La normativa penitenciaria no exige arrepentimiento ni una declaración contraria a su pensamiento o a su ideología política.

e) El legislador no estableció ningún límite temporal para la aplicación del art. 100.2, y el Tribunal sentenciador rechazó la aplicación del art. 36.2 CP.

2.3.- Esta apelación formulada por el Ministerio Fiscal también ha de ser estimada.

2.3.1.- Sobre la conexión entre el artículo 100.2 del RP y la actividad de clasificación, esta Sala se remite a su auto de 22 de julio de 2020.

Declaráramos en él lo siguiente: *«el artículo 100.2 RP se enmarca en el ámbito de la “Clasificación de los penados”, que es la rúbrica del capítulo II del título IV del RP, 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 RP (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 alguna 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”, dice el artículo 100.1 del RP), con lo cual valorar si procede o no “combinar aspectos característicos” de esos tres grados (artículo 100.2 CP) también será, por coherencia sistemática, una actividad que incide en la clasificación.*

La referencia del artículo 100.2 del RP a “que siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado” no obstaculiza esta 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 que la evolución de su tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del artículo 72 de la LOGP, le hace merecedor de ello.

Desde esta perspectiva, y como resaltaba el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 12 de marzo de 2020, el artículo 100.2 del RP afecta al modelo de ejecución de la pena -como lo hacen las clasificaciones en grado- y, en consecuencia, los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieran, al tratarse de una materia atinente -reiteramos- a la ejecución de la pena, deben ser examinados por el órgano sentenciador.

Este examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del art. 100.2 del RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustadas a derecho, que

pretendan eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena. Y, lo que resulta más llamativo, hacerlo con la excusa de que al no tratarse de una materia sobre la clasificación de los penados, no le corresponde su revisión en apelación. El principio de flexibilidad que proclama el art. 100.2 del RP, de tanta importancia para hacer realidad el fin constitucional de resocialización del penado, no convierte a las Juntas de Tratamiento en una última instancia llamada a corregir los desacuerdos de los funcionarios que las integran con el desenlace de un determinado proceso. Tampoco permite el traslado injustificado de un penado a otro centro penitenciario si esa decisión está estratégicamente dirigida a rectificar la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijada en atención al ámbito territorial en el que se asiente la prisión».

2.3.2.- El artículo 100.2 del RP es ciertamente una medida excepcional que exige una justificación individualizada de su pertinencia, como medida de flexibilización del grado. Debe fundamentarse, como señala el precepto, en un programa específico de tratamiento. Esa excepcionalidad obliga a una interpretación exigente de los presupuestos y requisitos que legitiman su aplicación.

Declarábamos en nuestro auto de 22 de julio lo siguiente: «*La propuesta correspondiente y su aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, deben reflejar una necesidad que ha de estar vinculada directamente con el proceso de reinserción del penado. Es este proceso de reinserción el que exige un programa específico de tratamiento, que no podría llevarse a cabo sin aplicar la flexibilización que prevé el art. 100.2 del RP. El programa de tratamiento ha de identificar, precisamente para su debido control judicial, la necesidad de la medida, la imposibilidad de su ejecución en el interior del centro penitenciario, su relevancia frente a otras alternativas y, en definitiva, su provisionalidad o permanencia en el tiempo. Sobre la necesidad de un programa específico de tratamiento como elemento de identificación del principio de flexibilidad ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestra STS 586/2019, 27 de noviembre.*

El tratamiento penitenciario, de conformidad con el artículo 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Y para su individualización, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, que debe tomar en cuenta, declara el art. 63.2 de la LOGP, no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también «...la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento».

2.3.3.- La decisión sobre la aplicación del art.100.2 RP debe tener en cuenta, como en el caso de la progresión en grado, la duración de la pena impuesta al interno (9 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta). Tan desacertado es, decíamos en nuestro auto de 22 de julio, *«atender como límite para la aplicación del art. 100.2 del RP sólo a la duración de la pena, como no hacerlo en absoluto».*

Por otro lado, como ya hemos explicado con anterioridad en esta resolución, nuestra decisión, en la sentencia condenatoria, sobre la no aplicación del artículo 36.2 CP no apoya la excarcelación pretendida.

Así mismo no parece necesario incidir en por qué fue condenado el Sr. Sánchez y en la obviedad de que, como cualquier ciudadano, goza del derecho fundamental a la libertad ideológica.

2.3.4.- De conformidad con la propuesta remitida, que analizaremos a continuación, las salidas al exterior para desarrollar las tareas descritas tendrían lugar durante los martes, jueves y viernes, de 10.00 a 15.00 h y de 17.00 a 19 h, e implicarán, estos días, la salida del Centro Penitenciarios desde las 9.00 h. a las 20. 00 h.

El Sr. Sánchez, por tanto, clasificado en segundo grado, que cumplió la cuarta parte de su condena en enero de 2020 y no cumplirá la mitad hasta abril de 2022, disfrutará, de facto, de un régimen de semilibertad. Ya hemos indicado que la reinserción social es el fin principal de la pena, pero ello no implica la desaparición de otras finalidades, como la retributiva y la prevención general y especial.

2.3.5.- El Centro Penitenciario de Lledoners propone un plan de trabajo de voluntariado que se desarrollará en la Fundación Canpedro de Barcelona y los trabajos a realizar serán participar en la atención directa cotidiana a los usuarios de los programas de la fundación y diseñar, buscar financiación, coordinar el desarrollo y evaluar nuevos servicios.

La viabilidad y procedencia de esta propuesta, de acuerdo con los informes que la acompañan y le dan soporte, se vinculan por el centro penitenciario, a la consideración de que la realización de estos trabajos de voluntariados se estiman convenientes para *«...consolidar el trabajo realizado y completar la intervención efectuada, y con criterio de solución de continuidad de rehabilitación en el exterior, la realización de salidas para hacer voluntariado en Canpedró, compaginadas, para realizar una intervención más integral, y absoluta atendiendo al principio de individualización científica, allí realizará tareas de ayudas a personas con vulnerabilidad y con riesgo de exclusión social que le servirá para comprender e interiorizar valores como la solidaridad, fraternidad e igualdad, y poder vivir con personas con diferentes creencias y pensamientos»*.

Salir a realizar trabajos de voluntariado en el exterior, *«...servirá para poder evaluar mejor al interno de cara a una futura valoración en conjunto de todo el tratamiento realizado y potenciará los vínculos comunitarios que por el hecho del encarcelamiento se habían truncado, propiciando la desprisionización del interno y acercándolo a la realidad de la diversidad exterior»*.

Examinado el contenido de esta propuesta, expuesta resumidamente, así como los motivos que la fundamentan, no se aprecia sin embargo vinculación alguna con el proceso de reinserción social del penado, de forma que la misma sea adecuada a su situación actual. Esa falta de conexión entre el programa de tratamiento y el delito cometido hace injustificable un régimen de semilibertad.

La Sala no pone en duda ni el buen comportamiento ejemplar del Sr. Sanchez en prisión, ni su colaboración con todos los profesionales del Equipo, pero, como ya advertimos en su momento al rechazar la aplicación de este mismo régimen respecto a la Sra. Forcadell, nada de ello permite salvar esa ausencia absoluta de enlace entre el programa que se propone y el proceso de reinserción social del penado que, como es obvio, no puede ser ajeno al delito por el que fue condenado.

Ni en el contenido de la propuesta formulada ni los argumentos contenidos en el auto que se recurre permiten advertir qué efecto en el tratamiento penitenciario encaminado a su reinserción puede tener su contenido, que consiste, en realizar trabajos de voluntariado que implicarán participar en la atención directa cotidiana a los usuarios de los programas de la fundación en la que tienen lugar y en diseñar, buscar financiación, coordinar el desarrollo y evaluar nuevos servicios.

La Sala detecta un equivocado examen en la resolución apelada cuando afirma que la exigencia por el Ministerio Fiscal de un tratamiento específico equivaldría a la realización de un programa *ad hoc* para cambiar o modificar el pensamiento y la ideología política del interno. Es una obviedad que estos, cualesquiera que sean, son legítimos en nuestro sistema constitucional. De nuevo, se parte de la falsa y distorsionadora premisa de que el pensamiento político del interno y su ideología son los que motivan su condena, lo que esta Sala rechaza de plano. Una lectura detenida de nuestra sentencia debería conducir a esta conclusión.

El principio de flexibilidad que incorpora el art. 100.2 del RP, declarábamos en el auto de 22 de julio, *«sólo se entiende a partir de una estricta subordinación entre el régimen diseñado en la propuesta de aplicación y el objetivo de reinserción frente al delito por el que se ha impuesto una pena privativa de libertad. Sólo así cobra sentido la distancia que, en aplicación del principio constitucional de reinserción, llega a producirse, con carácter general, entre la duración nominal de la pena y el tiempo de cumplimiento efectivo»*.

2.3.6.- En definitiva, valorando la excepcionalidad de la medida controvertida y el alcance con el que se propone, no se estima suficientemente justificada en el caso de autos, pues no se fundamenta debidamente su necesidad en conexión con el proceso de reinserción del penado.

Por consiguiente, se estima el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto de 22 de abril de 2020, que se revoca, denegándose la aplicación del régimen del art. 100.2 RP D. Jordi Sánchez Picanyol.

3.- La representación procesal del Sr. Sánchez formula recurso de apelación contra el auto de 24 de agosto de 2020 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona que, desestimando el recurso de reforma interpuesto contra el anterior de 29 de julio de 2020, confirmaba este último, en el que desestimaba la ampliación y modificación del art. 100.2 del RP y acordaba el efecto suspensivo de su aplicación.

También apela esta representación el auto de 31 de agosto de 2020. En él se desestimaba el recurso de reforma formulado contra el auto de 19 de agosto en lo relativo al pronunciamiento sobre el mantenimiento de la suspensión de la efectividad del tercer grado, que ya había sido acordada por resolución de 28 de julio de 2020.

Uno y otro recurso han quedado privados de contenido una vez que se han estimado los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal y se han revocado, tanto la progresión al tercer grado como la aplicación del régimen previsto en el art. 100.2 RP.

La pérdida sobrevenida de objeto justifica su desestimación.

Vistos los preceptos citados y demás que sean de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona, en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno D. JORDI SÁNCHEZ PICANYOL, que **SE REVOCA**, de manera que este deberá permanecer en segundo grado de clasificación.

2) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 22 de abril de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona, en el que autoriza la aplicación al interno **D. JORDI SÁNCHEZ PICANYOL** de las medidas del artículo 100.2 RP, **DENEGANDO** dicha aplicación.

3) DESESTIMAR los recursos de apelación presentados por la representación de **D. JORDI SÁNCHEZ PICANYOL** contra los autos de 19 y 31 de agosto de 2020 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco Ana María Ferrer García

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se ha recibido en este Tribunal Supremo testimonio de particulares de los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal

contra los autos de 5 de marzo y de 19 de agosto de 2020, dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona.

Asimismo se recibió testimonio de particulares de los recursos formulados por la representación de D. Jordi Cuixart Navarro contra los autos del mismo Juzgado de 11, 19 y 24 de agosto de 2020.

SEGUNDO.- Practicadas las actuaciones pertinentes, quedaron los autos para resolver. Se señaló como día para la deliberación el 26 de noviembre del corriente año, prolongándose en días sucesivos hasta su terminación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - Se promueve por el Ministerio Fiscal recurso de apelación contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno D. Jordi Cuixart Navarro, acordada por la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

1.1.- En la resolución recurrida se refleja que el interno ha estado ingresado en prisión un tiempo relevante, primero como preventivo y luego como penado; que ha hecho asunción expresa de los hechos probados de la sentencia y que admite su responsabilidad; que ha realizado los programas y actividades de tratamiento específicamente pautados por el equipo de tratamiento del centro penitenciario, con resultado muy positivos y con cumplimiento satisfactorio de su PIT; que mantiene el nivel más alto del SAM; que sus niveles de riesgo en la escala RISCANVI son bajos en todas las áreas, incluidas la reincidencia delictiva y el quebrantamiento de condena; que

ha tenido un acceso al exterior, gradual, progresivo y sin incidencias; y que goza de pleno soporte familiar con hábitos laborales consolidados.

Todas estas circunstancias y factores positivos permiten valorar, según la resolución de instancia, que se han cumplido los dos fines primordiales de la pena, que son la reeducación y la reinserción del penado, y su retención y custodia. De ahí que, desestimando el previo recurso de alzada interpuesto por el Ministerio Fiscal, ha sido confirmada la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, que clasifica al penado en tercer grado de tratamiento en el régimen abierto común previsto en el art. 83 RP.

1.2. - El recurso del Ministerio Fiscal se ampara, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Incompatibilidad de la progresión a tercer grado con el cumplimiento de los fines de la pena, tanto los retributivos y de prevención general y especial como los de reeducación y resocialización.

b) Falta de modificación de aquellos rasgos de personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva tal y como exige el art. 65.2 de la LOGP, por cuanto el interno sigue considerando que los hechos por los que ha sido condenado no son constitutivos de delito.

c) Falta de evolución en el tratamiento tal como exige el 65 de la LOGP y el art. 106 del RP.

d) Necesidad de valorar el tratamiento penitenciario que se ha otorgado de modo conjunto y no individualizado a todos los condenados por la STS de 14 de octubre de 2019.

e) Insuficiencia de los aspectos positivos tenidos en cuenta en la resolución administrativa recurrida y en la propuesta de la Junta de Tratamiento, así como en el auto que acuerda la progresión a tercer grado.

f) Vaciado del contenido de la pena.

1.3. - La representación del Sr. Cuixart solicita la confirmación del auto recurrido.

Para ello sostiene, en síntesis, lo siguiente:

a) El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ha valorado correctamente los criterios utilizados en la legislación y en la jurisprudencia para la clasificación en tercer grado, los cuales habían sido reflejados en los diversos informes del Equipo Técnico que avalaban dicha progresión.

b) Existe una prueba palpable, objetiva e indiscutible sobre la capacidad del interno para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, porque ya ha iniciado la cadena de permisos y se le ha aplicado el art. 100.2 RP. Durante sus salidas, el Sr. Cuixart ha dedicado la totalidad de su tiempo a la actividad laboral, de voluntariado y a su familia.

El Ministerio Fiscal no valora estos datos objetivos de la conducta del interno y solo pone en valor unas palabras que este manifestó ante la sede de Ómnium Cultural y en un programa de televisión para inferir la certeza de que existe riesgo de reiteración delictiva.

Este riesgo de reiteración delictiva se descarta tanto por el informe del jurista-criminólogo como por el de la psicóloga.

c) El Ministerio Fiscal, dadas las consideraciones que realiza en su recurso sobre la gravedad del delito de sedición por el que fue condenado el interno, despoja a la pena de las dos únicas finalidades orientadoras que recoge la Constitución, la reeducación y la reinserción, reduciendo el cumplimiento de la pena a un castigo ejemplarizante que impide cualquier evolución en el itinerario penitenciario.

d) Basta el suficiente reconocimiento de los hechos y la asunción de sus consecuencias, de manera que cualquier pretensión que vaya más allá vulnera los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión.

e) No se contempla en la legislación penitenciaria ni la existencia ni la necesidad de un programa específico para cada etiología delictiva, sino sólo algunos programas que abordan factores criminógenos comunes a la población penitenciaria.

Son válidos todos los métodos dirigidos a la reinserción.

f) El Ministerio Fiscal pretende que no se valoren las variables positivas del expediente del interno. Lo único importante es, según su interpretación, la falta de reconocimiento del delito.

No se valora, por otro lado, que en el momento en el que se dictó la sentencia el penado llevaba ya dos años en prisión preventiva.

1.4. - Examinadas las alegaciones del Fiscal y la defensa, el recurso ha de ser estimado, al no concurrir los presupuestos necesarios para la progresión del interno a tercer grado.

El tercer grado concedido al interno determina, de acuerdo con el art. 101 RP, la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades. Esta clasificación, por otro lado, de conformidad con el art. 102.4 del citado reglamento, se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Y la decisión al respecto, exigirá, de acuerdo con el apartado segundo de este último precepto, que las Juntas de Tratamiento ponderen la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

La progresión en el grado de clasificación dependerá, asimismo, de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad (art. 106.2 RP).

En definitiva, el interno ha de mostrar una evolución positiva que justifique dicha progresión y, con ello, un mayor régimen de libertad, ponderando a estos efectos los factores citados con anterioridad que, como destaca el precepto apuntado, están directamente relacionados con la actividad delictiva objeto de condena.

En este contexto, y de acuerdo con el art. 63.2 LGP, la clasificación del penado debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

1.5.- El Sr. Cuixart fue condenado a 9 años de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta como autor de un delito de sedición.

Es patente que el delito y la pena han de ser valorados para la clasificación del penado y su progresión en grado. De hecho, los recursos de apelación contra las decisiones al respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria corresponden al órgano sentenciador.

El art. 102.4 RP, en línea con el art. 63.2 LOGP, menciona expresamente la duración de la pena como uno de los elementos a ponderar para la progresión a tercer grado. El apartado tres del art. 104 del mismo reglamento prevé como un supuesto especial que se conceda el tercer grado a un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas impuestas. En estos casos, continúa este precepto, deberá transcurrir el

tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el art. 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.

La necesidad por otro lado de valorar, respecto a la pena impuesta, no solo el fin último reinsertador, sino también los efectos de prevención general y especial, es también evidente.

Esta Sala no puede compartir las afirmaciones del auto recurrido, cuando proclama que *«...la pena de privación de libertad se concibe como tratamiento, es decir, como actividad de la administración penitenciaria dirigida a la consecución de la reeducación y de la reinserción social de los penados, mediante la aplicación de métodos científicos e individualizados adecuados pautados por el Equipo de Tratamiento del centro penitenciarios»*.

La pena de privación de libertad es una consecuencia del delito cuya ejecución está sujeta al principio de legalidad. El tratamiento penitenciario, ex art. 59 LGP, consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, que no es la única finalidad de aquella.

En el caso de autos, como hemos adelantado, la pena alcanza los 9 años de prisión y el Sr. Cuixart, que cumplió la cuarta parte de su condena, en enero de 2020, no cumplirá la mitad hasta abril de 2022.

1.6.- Una vez más, esta Sala tiene que rechazar -como ya destacamos en el auto de 22 de julio de 2020, dictado en la ejecutoria de esta causa especial respecto de la Sra. Forcadell- el equívoco argumento de apoyo a la progresión de grado que, de forma contumaz, vuelven a expresar el auto recurrido y el escrito de alegaciones de la defensa. En efecto, nuestra decisión de descartar, en el fallo de la sentencia de la que deriva la presente ejecutoria, la aplicación del art. 36.2 del CP no permite, en modo alguno, ser invocado

para fundamentar la progresión de grado. La no aplicación del art. 36.2 del CP supuso, decíamos allí, *«que esta Sala no creyó necesario imponer, con los argumentos que expusimos en la sentencia dictada, el denominado “período de seguridad” que prevé el precepto. Esa decisión no impide que la duración de la pena sea un elemento a ponderar en el devenir de la ejecución, como tampoco supone un plázet para anticipar, cuando no procede, la aplicación del tercer grado o de las previsiones del art. 100.2 del RP»*.

También resulta pertinente reiterar aquí que en la tarea de acomodar el cumplimiento de las penas impuestas a los fines constitucionales que inspiran la ejecución de las penas privativas de libertad, nuestra sentencia no tiene que ser permanentemente reinterpretada. En los hechos declarados probados y en su fundamentación jurídica se encuentran las claves para explicar la gravedad de los hechos sentenciados y su efecto demoledor para la convivencia democrática. Su detenida lectura descarta cualquier quiebra del principio de proporcionalidad. Pero, sobre todo, pone de manifiesto una idea clave de la que no puede prescindirse.

El Sr. Cuixart, ni ninguno de los acusados en este procedimiento, ha sido condenado por perseguir la independencia de Cataluña. Las ideas de reforma, incluso ruptura, del sistema constitucional no son, desde luego, delictivas. Su legitimidad es incuestionable, está fuera de cualquier duda. El pacto de convivencia proclamado por el poder constituyente no persigue al discrepante. Ampara y protege su ideología, aunque ésta atente a los pilares del sistema.

El Sr. Cuixart tampoco fue condenada por su ideología independentista. Fue declarado autor de un delito de sedición con base en los hechos declarados probados en el juicio histórico de nuestra sentencia. No ha sido condenado por convocar manifestaciones o congregaciones ciudadanas contra determinadas actuaciones judiciales, ni por animar a participar en la votación del 1 de octubre, ni por llamar a la movilización en medios de comunicación. Este no es el relato de hechos probados. Basta para ello leer el citado *factum* y también los razonamientos contenidos en los apartados

correspondientes de la sentencia dictada. El Sr. Cuixart ha sido condenado por impedir por las vías de hecho que se describen y declaran probadas el cumplimiento de las leyes y de las decisiones judiciales. Y como declara la sentencia dictada, *«que él pudiese pensar o, mejor, quisiese pensar otra cosa no supone obstáculo alguno para la aplicación de la ley penal. Basta un conocimiento genérico de la antijuridicidad para colmar los elementos cognoscitivos del tipo subjetivo, sin que sea preciso un conocimiento estricto de la concreta tipicidad»*.

Cabe aquí destacar, como hicimos en la resolución de 22 de julio ya citada, y dadas algunas de las valoraciones incluidas en la documentación remitida junto a la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, que los hechos declarados probados en nuestra sentencia ya no pueden ser objeto de reinterpretación ni por el penado ni por terceros. Esta resolución *«es el incontrovertido punto de partida para el cumplimiento de la pena y, en consecuencia, para el modo de ese cumplimiento, que ha de discurrir por los cauces previstos en la legislación penitenciaria que, por otro lado -y esto es otra obviedad- no pueden ser utilizados en fraude de ley y para mostrar un desacuerdo más o menos encubierto con la condena impuesta»*.

La Administración penitenciaria no puede distanciarse de los principios y garantías que informan la ejecución de las penas de prisión impuestas por los Tribunales. Su acatamiento de la legalidad no debe hacerse depender de su grado de identificación o desacuerdo con la argumentación jurídica sobre la que se fundamenta la condena. De lo contrario, se subvierte el papel que la ley reserva a los órganos administrativos que, de esta forma, se convierten en una extravagante tercera instancia que se arroga la tarea de hacer más justa la decisión emanada de los jueces y tribunales constitucionalmente llamados al ejercicio de la función jurisdiccional. Los órganos de la administración penitenciaria no pueden vaciar la respuesta penal proclamada por un Tribunal de justicia, sometiéndola a una relectura que disfraza un tratamiento penitenciario privilegiado y, precisamente por ello, improcedente.

La reiteración de esta idea -que la Sala ya ha expuesto en anteriores resoluciones- no debería resultar ya necesaria.

1.7- El auto recurrido, en línea con la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, destaca, en síntesis, y entre otros extremos -como el disfrute sin incidencia de permisos penitenciarios, el arraigo familiar o los hábitos laborales consolidados-, que el interno es un delincuente primario, que lleva dos años y nueve meses en prisión, que ha observado buena conducta con ausencia de expedientes disciplinarios y que se muestra colaborador en todas las actividades. También que el tratamiento individualizado ha realizado su función y que *«la rehabilitación se ha dirigido a una reflexión responsable sobre las decisiones tomadas, las actuaciones y la conducta del interno en el momento de los hechos, las consecuencias que se derivaron y la asunción de responsabilidad»*. En el marco de su programa individualizado, se destaca -citando los informes del Equipo de Tratamiento- que *«el interno ha realizado sesiones individuales con la psicóloga para trabajar el análisis funcional de la conducta objeto de condena. En este punto ha de destacarse que atendida la garantía constitucional de libertad ideológica, el pensamiento político del interno no es punible ni es la causa de la actual condena. No obstante, eso, sí que ha sido objeto de intervención su reivindicación fuera del marco legal. El interno se ha mostrado predispuesto a esta intervención colaborando activamente a detectar factores que estuvieron presente en los hechos y ha podido reflexionar, siendo capaz de valorar las consecuencias de sus actos, asumiendo su responsabilidad y valorando que se podría haber actuado de otra manera. Ha mostrado compromiso, implicación y motivación hacia el cambio y ha sabido consolidarlo»*.

Los argumentos expuestos, sin embargo, no explican suficientemente la justificación de una concesión sin duda temprana del tercer grado, dado que el penado no cumplirá la mitad de su condena hasta abril de 2022.

Particularmente, no explican cuál ha sido la evolución y la progresión del tratamiento que ha seguido el penado, la cual dependerá, dice el art. 65.2

LGP, de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

Nada de ello se explicita en el auto recurrido. La reflexión sobre la propia conducta y sobre sus consecuencias así como el reconocimiento de los hechos y sus efectos son sin duda relevantes para el buen resultado del tratamiento, pero no han de ser su única finalidad. El tratamiento penitenciario, de conformidad con el art. 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, y una y otra finalidad no pueden ser ajenas al delito por el que fueron condenados. En este contexto, como señala la representación del Sr. Cuixart, es cierto que son válidos todos los métodos dirigidos a la reinserción, pero estos deben existir y explicitarse cuando se pretende la progresión de grado.

Es una obviedad, por otro lado, que ni en este ni en ningún otro caso, el tratamiento penitenciario ha de estar dirigido a modificar el pensamiento político del interno, por la razón, igualmente obvia, de que dicho pensamiento será siempre ajeno a la actividad delictiva cometida. Nadie cumple condena en un Centro Penitenciario por sus ideas políticas.

En definitiva, la progresión al tercer grado es prematura. Es preciso que transcurra un período de tiempo mayor para que se pueda valorar adecuadamente la evolución del interno y del tratamiento penitenciario, máxime en supuestos de pena tan elevada como la del Sr. Cuixart.

En consecuencia, se estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y se revoca el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5, de manera que el interno continuará clasificado en segundo grado.

2.- El Ministerio Público también recurre en apelación el auto de 5 de marzo de 2020 que autoriza la aplicación al Sr. Cuixart de las medidas del art. 100.2 RP, tal y como había sido solicitado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Lledoners.

2.1.- Según el Ministerio Público, se concede este régimen excepcional en la fase inicial de cumplimiento de la pena, con una gran amplitud horaria y sin motivos tratamentales que lo justifiquen.

Sus alegaciones fundamentales serían las siguientes:

a) La medida del art. 100.2 del RP es siempre excepcional, la petición debe ir debidamente motivada, señalar las razones tratamentales que la justifican y ha de ser objeto de interpretación restrictiva.

b) Dado el contenido de la propuesta formulada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, no consta que vaya a influir positivamente en las carencias tratamentales del interno. Las actividades laborales y sociales descritas no guardan ninguna relación con la tipología delictiva por la que aquel cumple condena. Los déficits laborales no son un déficit que haya que trabajar en el interno, que siempre ha presentado una trayectoria laboral estable y consolidada. Y en cuanto a las labores de voluntariado, tampoco existe relación entre el área social y el delito cometido. Tal como destacan los informes del educador y del psicólogo, el interno, dada su trayectoria, ya tiene totalmente integrados el voluntariado y el activismo social.

c) El Sr. Cuixart cumple una condena de 9 años prisión y, cuando se elevó la propuesta, hacía menos de un mes que había cumplido la cuarta parte de la condena. Si bien es cierto que el art. 100.2 del RP no se refiere a ningún límite temporal, la reinserción y reeducación social no son las únicas finalidades legítimas de las penas.

d) La no aplicación en la sentencia condenatoria del art. 36.2 CP no supone la concesión automática del régimen que se recurre.

e) El interno no muestra señales de modificación de aquellos aspectos de la personalidad relacionados con la actividad delictiva y no niega el carácter delictivo de su conducta.

f) Tanto la LOGP como el RP no conciben un penado sin un proceso de tratamiento. La preparación para la reinserción social comienza en el establecimiento penitenciario mediante la sumisión a tratamiento.

2.2.- La representación del Sr. Cuixart se opone al recuso formulado con base, resumidamente, en las siguientes alegaciones:

a) Todos los informes de los miembros del Equipo Técnico analizan las variables relacionadas con el interno y su tratamiento. Contienen una específica valoración de la motivación de la aplicación del art. 100.2 RP.

Se ha llevado a cabo un trabajo con el interno en el marco del tratamiento penitenciario, diseñado de acuerdo con el principio de individualización científica y teniendo en cuenta la etiología delictiva. El hecho de que no exista un tratamiento específico como tal para el delito de sedición no implica que no se haya diseñado un tratamiento penitenciario para el interno y que no se esté trabajando con él como se haría con cualquier interno. Son válidos todos los métodos dirigidos a la finalidad de reinserción.

b) No es necesario reeducar al Sr. Cuixart, atendiendo a la definición de educación que contiene la propia Constitución. La interpretación que hace el Ministerio Fiscal de la finalidad de reeducación que debe presidir la pena de prisión supondría una intromisión inaceptable en su derecho a la libertad ideológica.

El Sr. Cuixart ha reconocido los hechos y ha asumido su responsabilidad y sus consecuencias, sin perjuicio de que discrepe

legítimamente de su calificación jurídica porque entienda que su actuación se enmarcaba en el ejercicio de derechos fundamentales.

c) El legislador no estableció ningún límite temporal para la aplicación del art. 100.2, y el Tribunal sentenciador rechazó la aplicación del art. 36.2 CP.

2.3.- Esta apelación formulada por el Ministerio Fiscal también ha de ser estimada.

2.3.1.- Sobre la conexión entre el art. 100.2 RP y la actividad de clasificación, esta Sala se remite a su auto de 22 de julio de 2020. Declarábamos en él lo siguiente: *«el art. 100.2 RP se enmarca en el ámbito de la “Clasificación de los penados”, que es la rúbrica del capítulo II del título IV del RP, 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 art. 100 RP (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 alguna 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”, dice el art. 100.1 del RP), con lo cual valorar si procede o no “combinar aspectos característicos” de esos tres grados (art. 100.2 CP) también será, por coherencia sistemática, una actividad que incide en la clasificación.*

La referencia del art. 100.2 del RP a “que siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado” no obstaculiza esta conclusión. La previsión del art. 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 que la evolución de su tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del art. 72 de la LOGP, le hace merecedor de ello.

Desde esta perspectiva, y como resaltaba el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 12 de marzo de 2020, el art. 100.2 del RP afecta al modelo de ejecución de la pena -como lo hacen las clasificaciones en grado- y, en consecuencia, los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieran, al tratarse de una materia atinente -reiteramos- a la ejecución de la pena, deben ser examinados por el órgano sentenciador.

Este examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del art. 100.2 del RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustadas a derecho, que pretendan eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena. Y, lo que resulta más llamativo, hacerlo con la excusa de que al no tratarse de una materia sobre la clasificación de los penados, no le corresponde su revisión en apelación. El principio de flexibilidad que proclama el art. 100.2 del RP, de tanta importancia para hacer realidad el fin constitucional de resocialización del penado, no convierte a las Juntas de Tratamiento en una última instancia llamada a corregir los desacuerdos de los funcionarios que las integran con el desenlace de un determinado proceso. Tampoco permite el traslado injustificado de un penado a otro centro penitenciario si esa decisión está estratégicamente dirigida a rectificar la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijada en atención al ámbito territorial en el que se asiente la prisión».

2.3.2.- El art. 100.2 RP es ciertamente una medida excepcional que exige una justificación individualizada de su pertinencia, como medida de flexibilización del grado. Debe fundamentarse, como señala el precepto, en un programa específico de tratamiento. Esa excepcionalidad obliga a una interpretación exigente de los presupuestos y requisitos que legitiman su aplicación.

Declarábamos en nuestro auto de 22 de julio lo siguiente: «La propuesta correspondiente y su aprobación por el Juez de Vigilancia

Penitenciaria, deben reflejar una necesidad que ha de estar vinculada directamente con el proceso de reinserción del penado. Es este proceso de reinserción el que exige un programa específico de tratamiento, que no podría llevarse a cabo sin aplicar la flexibilización que prevé el art. 100.2 del RP. El programa de tratamiento ha de identificar, precisamente para su debido control judicial, la necesidad de la medida, la imposibilidad de su ejecución en el interior del centro penitenciario, su relevancia frente a otras alternativas y, en definitiva, su provisionalidad o permanencia en el tiempo. Sobre la necesidad de un programa específico de tratamiento como elemento de identificación del principio de flexibilidad ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestra STS 586/2019, 27 de noviembre.

El tratamiento penitenciario, de conformidad con el art. 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Y para su individualización, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, que debe tomar en cuenta, declara el art. 63.2 de la LOGP, no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también «...la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento».

2.3.3.- La decisión sobre la aplicación del art. 100.2 RP debe tener en cuenta, como en el caso de la progresión en grado, la duración de la pena impuesta al interno (9 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta). Tan desacertado es, decíamos en nuestro auto de 22 de julio, «*atender como límite para la aplicación del art. 100.2 del RP sólo a la duración de la pena, como no hacerlo en absoluto*».

Por otro lado, como ya hemos explicado con anterioridad en esta resolución, nuestra decisión, plasmada en la sentencia condenatoria, de no aplicar el art. 36.2 CP no apoya, en modo alguno, la excarcelación pretendida.

Así mismo no parece necesario incidir en por qué fue condenado el Sr. Cuixart y en la obviedad de que, como cualquier ciudadano, goza del derecho fundamental a la libertad ideológica.

2.3.4.- De conformidad con la propuesta remitida, que analizaremos a continuación, las salidas al exterior para desarrollar las tareas descritas tendrían lugar durante todos los días de la semana, e implicarían la salida del Centro Penitenciarios desde las 8.00 h. a las 20. 00 h.

El Sr. Cuixart, por tanto, clasificado en segundo grado, que cumplió la cuarta parte de su condena en enero de 2020 y no cumplirá la mitad hasta abril de 2022, disfrutará, de facto, de un régimen de semilibertad. Ya hemos indicado que la reinserción social es el fin principal de la pena, pero ello no implica la desaparición de otras finalidades, como la retributiva y la prevención general y especial.

2.3.5.- El Centro Penitenciario de Lledoners propone un plan de trabajo laboral y un plan de trabajo de voluntariado. El primero se desarrollará mediante la incorporación del interno, como presidente, a la empresa de construcción *Aranow Packaging Machinery S.L.*, con horario laboral de lunes a viernes de 9.30 h a 14.00 h, y las tardes de lunes, miércoles y viernes de 15.00 h a 18.30 h. El segundo, en el *Centre Obert d'Infants i Joves* -Fundación Ateneu Sant Roc-, en el que desarrollará trabajos destinados a fomentar la relación intercultural entre los diferentes colectivos y evitar el deterioro en las situaciones de riesgo en que se encuentran los niños y los jóvenes que asisten al centro. El horario será los martes y jueves de 16.30 a 18.30.

La viabilidad y procedencia de esta propuesta, de acuerdo con los informes que la acompañan y le dan soporte, se vinculan por el centro penitenciario, a la necesidad de potenciar el trabajo de la empatía y la diversidad personal y cultural, dentro y fuera del centro, presentando el interno motivación para el cambio. Se considera importante combinar la esfera laboral, con el fin de asumir sus responsabilidades, y las tareas de voluntariado, en una entidad de atención a niños y jóvenes y donde se fomenta la relación

intercultural entre los distintos colectivos. También se destaca que el interno mantiene una relación correcta con el resto de los internos y profesionales, se muestra respetuoso y con voluntad de poder ayudar a otras personas, ha realizado un análisis respecto a los hechos que motivaron la acción delictiva - mostrando su voluntad de reparación de los daños-, realiza de forma satisfactoria todas las acciones que marca su PIT y actualmente es dinamizador de diversas actividades.

Examinado el contenido de esta propuesta, expuesta resumidamente, así como los motivos que la fundamentan, no apreciamos vinculación alguna con el proceso de reinserción social del penado, de forma que la misma sea adecuada a su situación actual. Esa falta de conexión entre el programa de tratamiento y el delito cometido hace injustificable un régimen de semilibertad. La Sala no pone en duda el buen comportamiento del Sr. Cuixart en prisión, tampoco ese papel dinamizador de distintas actividades en el centro penitenciario o su buena relación con los profesionales y los demás internos. Pero, como ya advertimos en su momento al rechazar la aplicación de este mismo régimen respecto a la Sra. Forcadell, nada de ello permite salvar esa ausencia absoluta de enlace entre el programa que se propone y el proceso de reinserción social del penado que, como es obvio, no puede ser ajeno al delito por el que fue condenado.

Ni en el contenido de la propuesta formulada ni los argumentos contenidos en el auto que se recurre permiten advertir qué efecto en el tratamiento penitenciario encaminado a su reinserción puede tener su contenido, que consiste, en esencia, en trabajar como presidente en una empresa de construcción, y en realizar trabajo de voluntariado para fomentar la relación intercultural entre diferentes colectivos.

La Sala detecta un llamativo error -que convendría fuera abandonado como línea argumental en ulteriores resoluciones- cuando en el auto apelado se afirma que exigir esa conexión supondría tratar de modificar o cambiar el pensamiento y la ideología política del interno. Esa equivocada premisa de la que parte el Juez de Vigilancia Penitenciaria explica el desenfoque con el que

aborda la aplicación del art. 100.2 del RP. Basta una lectura detenida del relato de hechos probados de la sentencia que abre la presente ejecutoria para apreciar que la condena del Sr. Cuixart nada tiene que ver con la persecución ideológica. Y es evidente que quien no ha sido enjuiciado ni condenado por su ideología no está, en modo alguno, obligado a cambiarla. Antes al contrario, su libertad ideológica está amparada, protegida y garantizada por esta Sala y, por supuesto, por la administración penitenciaria que ha asumido la ejecución de la pena. El interno cumple condena por haber desbordado el marco constitucional que impone el respeto a las resoluciones judiciales, por haber alentado en la ciudadanía el falso mensaje de que con su movilización haría posible impedir el cumplimiento de los actos jurisdiccionales que delimitan el espacio de convivencia democrática en nuestro sistema.

El principio de flexibilidad que incorpora el art. 100.2 del RP, declarábamos en el auto de 22 de julio, *«sólo se entiende a partir de una estricta subordinación entre el régimen diseñado en la propuesta de aplicación y el objetivo de reinserción frente al delito por el que se ha impuesto una pena privativa de libertad. Sólo así cobra sentido la distancia que, en aplicación del principio constitucional de reinserción, llega a producirse, con carácter general, entre la duración nominal de la pena y el tiempo de cumplimiento efectivo»*.

2.3.6.- En definitiva, valorando la excepcionalidad de la medida cuestionada y el alcance con el que se propone -posteriormente modificado con el mismo horario de salidas pero suprimiendo la actividad de voluntariado-, la misma no se estima suficientemente justificada en el caso de autos, pues no se fundamenta debidamente su necesidad en conexión con el proceso de reinserción del penado.

Por consiguiente, se estima el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto de 5 de marzo de 2020, que se revoca, denegándose la aplicación del régimen del art. 100.2 RP D. Jordi Cuixart Navarro.

3.- La representación procesal del Sr. Cuixart formula recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de 11

de agosto de 2020 en el que se desestima el recurso de reforma contra la providencia de 28 de julio de 2020 en la que se acordó el efecto suspensivo de la clasificación en tercer grado del penado.

Idéntico recurso formula contra el auto de 19 de agosto de 2020, en el que se le concedió el paso al tercer grado penitenciario, únicamente respecto a uno de sus pronunciamientos, cual era aquél en el que se dejaba vigente la suspensión de dicha concesión, acordada por resoluciones del mismo juzgado de fecha 28 de julio y 11 de agosto de 2020, hasta que esta Sala resolviera el recurso de apelación.

En tercer lugar, esta representación formula también recurso de apelación contra el auto del mismo juzgado de 24 de agosto de 2020, en el que se desestimaba su reforma contra la providencia de 3 de agosto de 2020 que había acordado la suspensión de la ejecutividad del auto que concedió la aplicación del art. 100.2 RP.

En los dos primeros recursos se niega que la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ ampare lo efectos suspensivos de la interposición de un recurso de alzada contra la resolución administrativa que acuerda la progresión a tercer grado.

En el tercero, se recurre el pronunciamiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria ya descrito por entender, en esencia, que, cuando se solicitó por el Ministerio Fiscal dicha suspensión, aquél ya había dado por concluida la tramitación del recurso de apelación por lo que solo el órgano *ad quem* era competente para dicha decisión. Impugna asimismo la interpretación que en el auto recurrido se hace del auto dictado por esta Sala el 22 de julio de 2020 con respecto a la Sra. Forcadell, toda vez que, según la parte recurrente, carecíamos de competencia para ello.

3.1.- Los tres recursos de apelación formulados por la representación del Sr. Cuixart han quedado privados de contenido una vez que se han estimado los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal y se

han revocado tanto la progresión al tercer grado como la aplicación del régimen previsto en el art. 100.2 RP.

Su pérdida sobrevenida de objeto justifica su desestimación.

Vistos los preceptos citados y demás que sean de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 19 de agosto de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que se confirma la progresión a tercer grado del interno D. JORDI CUIXART NAVARRO, que **SE REVOCA**, de manera que este deberá permanecer en segundo grado de clasificación.

2) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 5 de marzo de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona en el que autoriza la aplicación al interno **D. JORDI CUIXART NAVARRO** de las medidas del art. 100.2 RP, **DENEGANDO** dicha aplicación.

3) DESESTIMAR los recursos de apelación presentados por la representación de **D. JORDI CUIXART NAVARRO** contra los autos de 11 de agosto de 2020, 19 de agosto de 2020 y 24 de agosto de 2020 dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados
indicados al margen.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco Ana María Ferrer García

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se ha recibido en este Tribunal Supremo testimonio de particulares de los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal

contra los autos de 30 de julio de 2020 y 27 de octubre de 2020, dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Barcelona.

SEGUNDO.- Practicadas las actuaciones pertinentes, quedaron los autos para resolver. Se señaló como día para la deliberación el 26 de noviembre del corriente año, prolongándose en días sucesivos hasta su terminación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - Se promueve por el Ministerio Fiscal recurso de apelación contra el auto de 27 de octubre de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Barcelona, por el que se acordaba desestimar el recurso del Ministerio Fiscal contra la progresión a tercer grado de tratamiento a Dña. María Dolors Bassa Coll, acordada por la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña en fecha 14 de julio de 2020.

1.1.- En la resolución recurrida se refleja, en síntesis, sobre la situación y evolución de la Sra. Bassa, que ingresó en prisión en julio de 2018, con la condición de penada desde octubre de 2019 y añade: *«Primariedad penal y penitenciaria, en la valoración profesional de observación pertinente se constata en María Dolors Bassa Coll, en lo atinente a la responsabilidad de la conducta analizada en Sentencia, un reconocimiento de los hechos fijados en el dictado, asumiendo aquella y las consecuencias de los propios actos, así como, sin renunciar a la ideología, materia no punible obviamente, exhibe recursos adecuados para abordar alternativas diferentes a los hechos de Sentencia»*.

En consecuencia, la resolución recurrida entiende que la citada es *«valorada como cumplidora de los objetivos del programa de tratamiento,*

motivación, y positivos recursos personales para la reorientación vital sin elementos de riesgo, siendo así asumible la capacidad de la penada para llevar a cabo de forma adecuada un régimen de vida en semilibertad en las condiciones fijadas».

1.2. - El recurso del Ministerio Fiscal se ampara, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Incompatibilidad de la progresión a tercer grado con el cumplimiento de los fines de la pena, tanto los retributivos y de prevención general y especial como los de reeducación y resocialización.

b) Falta de modificación de aquellos rasgos de personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva tal y como exige el art. 65.2 de la LOGP, por cuanto la interna sigue considerando que los hechos por los que ha sido condenado no son constitutivos de delito.

c) Falta de evolución en el tratamiento exigido por los arts. 65 de la LOGP y el art. 106 del RP.

d) No concurrencia de factores que justifiquen la aplicación del art. 104.3 del RP y no existencia de acercamiento progresivo con el exterior que permita valorar la supuesta evolución positiva.

e) Insuficiencia de los aspectos positivos tenidos en cuenta en la resolución administrativa recurrida y en la propuesta de la Junta de Tratamiento, así como en el auto que acuerda la progresión a tercer grado.

f) Vaciado del contenido de la pena.

1.3.- La representación de la Sra. Bassa solicita la confirmación del auto recurrido. Para ello sostiene, en síntesis, lo siguiente:

a) El Ministerio Público analiza el carácter retributivo de la pena, sin entrar a valorar en todo el recurso el resto de circunstancias en las que la interna se encuentra inmersa, y que van mucho más allá de ese carácter retributivo.

b) La Sra. Bassa lleva casi tres años de cumplimiento efectivo. El Ministerio Fiscal hace una especial mención al cumplimiento de la cuarta parte de la condena, olvidando que esta circunstancia no es un requisito para poder obtener el tercer grado. No obstante, si bien es cierto que tenemos que partir del cómputo global de la pena, tampoco podemos olvidar que ya ha habido un cumplimiento efectivo de privación en régimen ordinario durante un tiempo considerable.

c) La resolución recurrida ha establecido de forma clara cuál es la motivación de su decisión, después de solicitar informes adicionales al centro penitenciario. En este punto, se destaca que la Sra. Bassa se ha mostrado dispuesta a participar en las diferentes actividades que ofrece el centro y se ha implicado de forma activa, tanto en las actividades que estaban previstas en su PIT, como en otras complementarias; que asume la responsabilidad y consecuencias de sus actos; que detecta los factores que estuvieron presentes en los hechos; y que existe un bajo nivel de reincidencia y quebrantamiento de condena.

d) El Ministerio Público refleja en su recurso su desacuerdo con el planteamiento penitenciario propuesto, extralimitándose en sus funciones; y no ha existido desconexión entre el programa individualizado de tratamiento planteado y la pena.

e) Los factores determinantes para progresar a un interno en tercer grado van más allá del carácter retributivo de la pena. Además, la cuestión es determinar cuál es el número de años para entender cumplida esa retribución y el recurso se fundamenta única y exclusivamente en el castigo y el cumplimiento íntegro de la pena.

f) El Ministerio Público está solicitando requisitos que no pide la ley para conceder el tercer grado y pretende una doble imposición de pena en el ámbito penitenciario.

g) La sentencia dictada no aplicó el artículo 36.2 CP.

1.4. - Examinadas las alegaciones del Fiscal y la defensa, el recurso ha de ser estimado, al no concurrir los presupuestos necesarios para la progresión de la interna a tercer grado.

El tercer grado concedido determina, de acuerdo con el artículo 101 del RP, la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades. Esta clasificación, por otro lado, de conformidad con el artículo 102.4 del citado reglamento, se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Y la decisión al respecto, exigirá, de acuerdo con el apartado segundo de este último precepto, que las Juntas de Tratamiento ponderen la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

La progresión en el grado de clasificación dependerá, asimismo, de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad (art. 106.2 del RP).

En definitiva, el interno ha de mostrar una evolución positiva que justifique dicha progresión y, con ello, un mayor régimen de libertad, ponderando a estos efectos los factores citados con anterioridad que, como destaca el precepto citado, están directamente relacionados con la actividad delictiva objeto de condena.

En este contexto, y de acuerdo con el art. 63.2 de la LGP, la clasificación del penado debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales, en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada supuesto y momento para el buen éxito del tratamiento.

1.5.- La Sra. Bassa fue condenada a 12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta, como autora de un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación, agravado por razón de su cuantía.

Es patente que los delitos y la pena han de ser valorados para la clasificación del penado y su progresión en grado. De hecho, los recursos de apelación contra las decisiones al respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria corresponden al órgano sentenciador.

El artículo 102.4 del RP, en línea con el artículo 63.2 de la LOGP, menciona expresamente la duración de la pena como uno de los elementos a ponderar para la progresión a tercer grado. El apartado 3 del artículo 104 del mismo reglamento prevé, como un supuesto especial, que se conceda el tercer grado a un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas impuestas. En estos casos, continúa este precepto, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.

La interpretación del precepto no deja mucho margen para la duda. La concesión del tercer grado a un interno que no haya cumplido la cuarta parte de la condena es excepcional y exige, en consecuencia, una justificación reforzada con base en los parámetros señalado en su texto. Una justificación reforzada, lógicamente, con respecto a aquella exigible en los supuestos en

los que se propone para el tercer grado a un interno que ya ha cumplido la cuarta parte de la condena.

Este precepto refuerza, como hemos adelantado, la vinculación entre la duración de la pena y la progresión de grado, porque es evidente que no sólo se ha de valorar respecto a aquella el fin último reinsertador, sino también los efectos de prevención general y especial.

En el caso de autos, la pena alcanza los 12 años y la Sra. Bassa aún no había cumplido la cuarta parte de su condena cuando se acordó la progresión de grado en octubre de 2020, ni tampoco la ha cumplido al momento de dictar esta resolución, sino que la cumplirá en febrero de 2021.

1.6.- Como ya destacamos en el auto de 22 de julio de 2020 -dictado también en la ejecutoria de esta causa especial respecto a la Sra. Forcadell-, la Sala tiene que rechazar como argumento de apoyo a la progresión de grado, la contumaz referencia a nuestra decisión de descartar, en el fallo de la sentencia de la que deriva la presente ejecutoria, la aplicación del art. 36.2 del CP. La no aplicación del artículo 36.2 del CP supuso, decíamos allí, *«que esta Sala no creyó necesario imponer, con los argumentos que expusimos en la sentencia dictada, el denominado “período de seguridad” que prevé el precepto. Esa decisión no impide que la duración de la pena sea un elemento a ponderar en el devenir de la ejecución, como tampoco supone un plácet para anticipar, cuando no procede, la aplicación del tercer grado o de las previsiones del artículo 100.2 del RP»*.

También resulta pertinente reiterar aquí que en la tarea de acomodar el cumplimiento de las penas impuestas a los fines constitucionales que inspiran la ejecución de las penas privativas de libertad, nuestra sentencia no tiene que ser permanentemente reinterpretada. En los hechos declarados probados y en su fundamentación jurídica se encuentran las claves para explicar la gravedad de los hechos sentenciados y su efecto demoledor para la convivencia democrática. Su detenida lectura descarta cualquier quiebra del principio de

proporcionalidad. Pero, sobre todo, pone de manifiesto una idea clave de la que no puede prescindirse.

Ni la Sra. Bassa, ni ninguno de los acusados en este procedimiento, ha sido condenado por perseguir la independencia de Cataluña. Las ideas de reforma, incluso ruptura, del sistema constitucional no son, desde luego, delictivas. Su legitimidad es incuestionable, está fuera de cualquier duda. El pacto de convivencia proclamado por el poder constituyente no persigue al discrepante. Ampara y protege su ideología, aunque ésta atente a los pilares del sistema.

La Sra. Bassa tampoco fue condenada por su ideología independentista. Fue declarada autora de un delito de sedición y malversación con base en los hechos declarados probados en el juicio histórico de nuestra sentencia.

Cabe aquí destacar, como hicimos en la resolución de 22 de julio ya citada, y dadas algunas de las valoraciones incluidas en la documentación remitida junto a la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, que los hechos declarados probados en nuestra sentencia ya no pueden ser objeto de reinterpretación ni por el penado ni por terceros. Esta resolución *«es el incontrovertido punto de partida para el cumplimiento de la pena y, en consecuencia, para el modo de ese cumplimiento, que ha de discurrir por los cauces previstos en la legislación penitenciaria que, por otro lado -y esto es otra obviedad- no pueden ser utilizados en fraude de ley y para mostrar un desacuerdo más o menos encubierto con la condena impuesta»*.

La Administración penitenciaria no puede distanciarse de los principios y garantías que informan la ejecución de las penas de prisión impuestas por los Tribunales. Su acatamiento de la legalidad no debe hacerse depender de su grado de identificación o desacuerdo con la argumentación jurídica sobre la que se fundamenta la condena. De lo contrario, se subvierte el papel que la ley reserva a los órganos administrativos que, de esta forma, se convierten en una

extravagante tercera instancia que se arroga la tarea de hacer más justa la decisión emanada de los jueces y tribunales constitucionalmente llamados al ejercicio de la función jurisdiccional. Los órganos de la administración penitenciaria no pueden vaciar la respuesta penal proclamada por un Tribunal de justicia, sometiendo su sentencia a una relectura que disfraza un tratamiento penitenciario privilegiado y, precisamente por ello, improcedente. La reiteración de esta idea -que la Sala ya ha expuesto en anteriores resoluciones- no debería resultar ya necesaria.

1.7- El auto recurrido, de conformidad con la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, valora la evolución de la interna de la siguiente manera:

«Óptima valoración SAM, y niveles bajos de riesgo en todos los apartados, exhibiendo un efecto intimidatorio de la pena, influyente en el factor de prevención especial, e igualmente hay observancia de una modificación positiva de los factores relacionados con la actividad punible que se manifiesta en la conducta global de MARÍA DOLORS BASSA COLL, quien, por otro lado, manifiesta ninguna intención de retornar a la esfera política, con planes de futuro en el rango laboral, hasta el objetivo pensionista de jubilación, no lejano, cuidado materno, y vida familiar.

En el contenido tratamental llevado a cabo en el ingreso no se ha eludido la práctica de actividades orientadas a potenciar los valores prosociales, incluyendo entrevistas individuales con los profesionales de tratamiento para trabajar et análisis funcional y detectar los factores que predispusieron al hacer enjuiciado, tarea verificada con favorable implicación acorde a los fines buscados.

Igualmente, María Dolors Bassa Coll no presenta necesidades personales susceptibles de terapia, y sí recursos para reorientar su vida lejos de factores de riesgo, en consonancia con el ya citado efecto intimidatorio de la pena, sin dejar de lado la propia demanda de asesoramiento legal, como elemento de control, ante cualquier intervención de carácter público, y la

mención última a rehusar y excusarse de propias ofertas de retorno al ámbito político.

Ya además de lo anterior, María Dolors Bassa Coll ha completado el encaje del cumplimiento penitenciario con la figura de inserción plena a través de función formativa, ampliadora a la ya poseída, en Master en Filología del Pensamiento Contemporáneo, además de tareas diversas de ayuda y colaboración, y formación, a otras integrantes del entorno penitenciario».

Los argumentos expuestos, sin embargo, no explican suficientemente la justificación de una concesión, sin duda temprana, del tercer grado.

Por un lado, no explican de manera suficiente cuál ha sido la evolución y la progresión del tratamiento que ha seguido la penada, la cual dependerá, dice el art. 65.2 LGP, de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

Por otro, no hacen mención alguna a cuáles son las razones que justifican esta progresión al tercer grado, antes incluso que se haya cumplido la cuarta parte de la condena. Como hemos expuesto con anterioridad, el carácter excepcional de esta posibilidad exige una justificación reforzada de su adecuación, lo que no se hace en la resolución recurrida.

La detección de factores de riesgo y el reconocimiento de los hechos son, sin duda, relevantes para el buen resultado del tratamiento, pero no han de ser su única finalidad. El tratamiento penitenciario, de conformidad con el artículo 59.1 de la LOGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, y una y otra finalidad no pueden ser ajenas a los delitos por los que fue condenado.

En definitiva, la progresión al tercer grado es prematura. Es preciso que transcurra un período de tiempo mayor para que se pueda valorar adecuadamente la evolución de la interna y del tratamiento penitenciario, máxime cuando la pena impuesta a la Sra. Bassa es tan elevada y la progresión se acuerda cuando aún no ha transcurrido ni la cuarta parte de la condena.

Se estima pues el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y se revoca el auto de 27 de octubre de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1, de manera que la interna continuará clasificada en segundo grado.

2.- El Ministerio Fiscal formula recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Barcelona, de fecha 30 de julio de 2020, que acuerda no suspender la aplicación de la progresión a tercer grado de la Sra. Bassa.

Este recurso ha quedado privado de contenido, una vez que se ha estimado el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal y se ha revocado la progresión al tercer grado.

Ello basta para su desestimación.

Vistos los preceptos citados y demás que sean de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado el Ministerio Fiscal contra el auto de 27 de octubre de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Barcelona en el que se confirma la progresión a tercer grado de la interna DÑA. MARÍA DOLORS

BASSA COLL, que **SE REVOCA**, de manera que este deberá permanecer en segundo grado de clasificación.

2) DESESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 30 de julio de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Barcelona.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Manuel Marchena Gómez

Andrés Martínez Arrieta

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García

Andrés Palomo del Arco

Ana María Ferrer García



CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de julio de 2020, se dictó auto por esta Sala mediante el que se acordó estimar el recurso de apelación formulado contra el

auto de 28 de abril de 2020, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Lérida en el expediente 1154/2019. En ese auto denegamos la aplicación del régimen del art. 100.2 del RP a Dña. Carmen Forcadell Lluís.

Contra dicha resolución se presentó recurso de súplica por la representación de la interna, que se tuvo por interpuesto por diligencia de ordenación de 31 de julio de 2020 y del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y partes personadas, con el resultado que obra en autos.

SEGUNDO.- Se ha recibido en este Tribunal Supremo testimonio de particulares de los recursos de apelación formulados por la representación de Dña. Carmen Forcadell Lluís contra las siguientes resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Lérida: a) providencia de fecha 16 de junio de 2020; b) providencia de fecha 17 de junio de 2020; c) providencia de fecha 23 de junio de 2020; y d) auto de fecha 30 de junio de 2020.

Así mismo, han sido remitidos al registro de este Tribunal testimonio de particulares de los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal contra las siguientes resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Barcelona: a) auto de fecha 30 de julio de 2020; y b) auto de fecha 27 de octubre de 2020.

TERCERO.- Practicadas las actuaciones pertinentes, quedaron los autos para resolver. Se señaló como día para la deliberación el 26 de noviembre del corriente año, prolongándose en días sucesivos hasta su terminación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Se promueven por el Ministerio Fiscal y por la representación de Dña. Carmen Forcadell Lluís diversos recursos de apelación y un recurso de súplica contra las resoluciones citadas en los antecedentes de esta resolución.

2.- La representación de la interna interpuso recurso de súplica contra el auto de 22 de julio de 2020, dictado por esta Sala, por el que se acordó estimar el recurso de apelación formulado contra el auto de 28 de abril de 2020, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Lérida en el expediente 1154/2019, que se revocaba, denegándose la aplicación del régimen del art. 100.2 del RP.

El recurso se desestima. La resolución dictada en apelación tiene carácter de firme, no siendo recurrible el auto que resuelve un recurso previo de apelación. Todo ello, sin perjuicio de añadir que el auto cuya impugnación ahora se pretende responde a las pretensiones de la parte de manera razonada, satisfaciendo así su derecho a la tutela judicial efectiva.

3.- La representación de Dña. Carmen Forcadell Lluís ha interpuesto cuatro recursos de apelación que procede sean resueltos conjuntamente. Se trata de los siguientes: a) recurso contra la providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Lérida de fecha 16 de junio de 2020; a) recurso contra la providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Lérida de fecha 17 de junio de 2020; c) recurso contra la providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Lérida de fecha 23 de junio de 2020; y d) recurso contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Lérida de fecha 30 de junio de 2020.

Todas las resoluciones recurridas se refieren a distintas vicisitudes, derivadas del traslado de centro penitenciario de la recurrente, en el desarrollo y ejecución del régimen del art. 100.2 del RP acordado por auto de 28 de abril de 2020, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Lérida.

Las cuestiones debatidas consisten, en esencia, en las siguientes: a) si el traslado de centro penitenciario supone una modificación de la competencia del órgano de vigilancia penitenciaria que tiene atribuido el control de la ejecución del régimen del art. 100.2 del RP; y b) si la autoridad administrativa penitenciaria tiene la facultad de modificar o dejar sin efecto el citado régimen *motu proprio*.

En relación con estas dos cuestiones existe controversia entre el titular del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y las autoridades administrativas penitenciarias, en el que el primero afirma su competencia para la ejecución y control de la medida. Hasta el punto de que en el auto de fecha 30 de junio de 2020, se afirma que lo sucedido -traslado de la penada de centro penitenciario y decisiones administrativas sobre el régimen del art. 100.2 del RP- pretende alterar la competencia y evitar que controle la ejecución del citado régimen. En el marco de esta discusión se inscriben los sucesivos recursos de apelación de la Sra. Forcadell.

En este punto, es preciso citar nuestro auto de 22 de julio de 2020, en el que decíamos que el principio de flexibilidad que proclama el art. 100.2 del RP, de tanta importancia para hacer realidad el fin constitucional de resocialización del penado, no convierte a las Juntas de Tratamiento en una última instancia llamada a corregir los desacuerdos de los funcionarios que las integran con el desenlace de un determinado proceso. A continuación, añadíamos: *«Tampoco permite el traslado injustificado de un penado a otro centro penitenciario si esa decisión está estratégicamente dirigida a rectificar la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijada en atención al ámbito territorial en el que se asiente la prisión»*.

La Administración penitenciaria no puede distanciarse de los principios y garantías que informan la ejecución de las penas de prisión impuestas por los Tribunales. Su acatamiento de la legalidad no debe hacerse depender de su grado de identificación o desacuerdo con la argumentación jurídica sobre la que se fundamenta la condena. De lo contrario, se subvierte el papel que la ley reserva a los órganos administrativos que, de esta forma, se convierten en una extravagante tercera instancia que se arroga la tarea de hacer más justa la decisión emanada de los jueces y tribunales constitucionalmente llamados al ejercicio de la función jurisdiccional. Los órganos de la administración penitenciaria no pueden vaciar la respuesta penal proclamada por un Tribunal de justicia, sometiendo su sentencia a una relectura que disfraza un tratamiento penitenciario privilegiado y, precisamente por ello, improcedente.

La reiteración de esta idea -que la Sala ya ha expuesto en anteriores resoluciones- no debería resultar ya necesaria.

Sea como fuere, existe un impedimento para que esta Sala pueda entrar a valorar lo acertado o no de las decisiones judiciales y/o administrativas dictadas, incluso, el posible carácter de «*arbitrarias*» de estas últimas: los recursos carecen de objeto. Lo han perdido en el momento en el que se dictó el auto 22 de julio de 2020, por el que se acordó estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y denegar la aplicación del régimen del art. 100.2 del RP a Dña. Carmen Forcadell Lluís.

Los cuatro recursos se desestiman.

4. - Se promueve por el Ministerio Fiscal recurso de apelación contra el auto de 27 de octubre de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Barcelona, por el que se acordaba desestimar el recurso del Ministerio Fiscal contra la progresión a tercer grado de tratamiento a Dña. Carmen Forcadell Lluís, acordada por la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya en fecha 14 de julio de 2020.

4.1.- En la resolución recurrida se refleja, en síntesis, la situación y evolución de la Sra. Forcadell, que ingresó en prisión en marzo de 2018, con la condición de penada desde octubre de 2019 y se añade: «*primaria penada y penitenciaria, cumpliendo por Sedición, -11,6,0,- sin discrepancias en el reconocimiento de los hechos de Sentencia en su actividad de presidenta del Parlamento de Catalunya durante el lapso temporal citado, datos de su evolución criminológica junto un efecto intimidatorio de la pena, recursos propios para logro de alternativas frente a los hechos de condena, y propia tarea penitenciaria de ayuda y colaboración en el entorno penitenciario en relación a personas de menores disponibilidades en ámbito general*».

En consecuencia, la resolución recurrida entiende que no se deducen factores obstaculizantes al desempeño vital de la interna en el contexto de

semilibertad, ante el buen desarrollo de las tareas de tratamiento acordes al plan de trabajo propio de sus condiciones y del fin buscado en el cumplimiento penitenciario.

4.2. - El recurso del Ministerio Fiscal se ampara, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Incompatibilidad de la progresión a tercer grado con el cumplimiento de los fines de la pena, tanto los retributivos y de prevención general y especial como los de reeducación y resocialización.

b) Falta de modificación de aquellos rasgos de personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva, tal y como exige el art. 65.2 de la LOGP, por cuanto la interna sigue considerando que los hechos por los que ha sido condenado no son constitutivos de delito.

c) Falta de evolución en el tratamiento exigido por los arts. 65 de la LOGP y el art. 106 del RP.

d) No concurrencia de factores que justifiquen la aplicación del art. 104.3 del RP y no existencia de acercamiento progresivo con el exterior que permita valorar la supuesta evolución positiva.

e) Insuficiencia de los aspectos positivos tenidos en cuenta en la resolución administrativa recurrida y en la propuesta de la Junta de Tratamiento, así como en el auto que acuerda la progresión a tercer grado.

f) Vaciado del contenido de la pena.

4.3.- La representación de la Sra. Forcadell solicita la confirmación del auto recurrido. Para ello sostiene, en síntesis, lo siguiente:

a) El Ministerio Público analiza el carácter retributivo de la pena, sin entrar a valorar, a lo largo de su recurso el resto de circunstancias en las que

la interna se encuentra inmersa, y que van mucho más allá de ese carácter retributivo.

b) La Sra. Forcadell lleva casi tres años de cumplimiento efectivo. El Ministerio Fiscal hace una especial mención al cumplimiento de la cuarta parte de la condena, olvidando que esta circunstancia no es un requisito para poder obtener el tercer grado. No obstante, si bien es cierto que tenemos que partir del cómputo global de la pena, tampoco podemos olvidar que ya ha habido un cumplimiento efectivo de privación en régimen ordinario durante un tiempo considerable.

c) La resolución recurrida ha establecido de forma clara cuál es la motivación de su decisión, después de solicitar informes adicionales al centro penitenciario. En este punto, se destaca que la Sra. Forcadell se ha mostrado predispuesta a participar en las diferentes actividades que ofrece el centro y se ha implicado de forma activa, tanto en las actividades que estaban previstas en su PIT, como en otras complementarias; que asume la responsabilidad y consecuencias de sus acciones; que identifica los factores precipitantes de la conducta por la cual cumple condena y muestra capacidad de autocrítica; y que existe un bajo nivel de reincidencia y quebrantamiento de condena.

d) El Ministerio Público refleja en su recurso su desacuerdo con el planteamiento penitenciario propuesto, extralimitándose en sus funciones; y no ha existido desconexión entre el programa individualizado de tratamiento planteado y la pena.

e) Los factores determinantes para progresar a un interno en tercer grado van más allá del carácter retributivo de la pena. Además, la cuestión es determinar cuál es el número de años para entender cumplida esa retribución y el recurso se fundamenta única y exclusivamente en el castigo y el cumplimiento íntegro de la pena.

f) El Ministerio Público está solicitando requisitos que no pide la ley para conceder el tercer grado y pretende una doble imposición de pena en el ámbito penitenciario.

g) La sentencia dictada no aplicó el art. 36.2 del CP.

4.4. - Examinadas las alegaciones del Fiscal y la defensa, el recurso ha de ser estimado, al no concurrir los presupuestos necesarios para la progresión del interno a tercer grado.

El tercer grado concedido determina, de acuerdo con el art. 101 del RP, la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades. Esta clasificación, por otro lado, de conformidad con el art. 102.4 del citado reglamento, se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Y la decisión al respecto, exigirá, de acuerdo con el apartado segundo de este último precepto, que las Juntas de Tratamiento ponderen la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

La progresión en el grado de clasificación dependerá, asimismo, de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad (art. 106.2 del RP).

En definitiva, el interno ha de mostrar una evolución positiva que justifique dicha progresión y, con ello, un mayor régimen de libertad, ponderando a estos efectos los factores citados con anterioridad que, como destaca el precepto citado, están directamente relacionados con la actividad delictiva objeto de condena.

En este contexto, y de acuerdo con el art. 63.2 de la LGP, la clasificación del penado debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

4.5.- La Sra. Forcadell fue condenada a 11 años y 6 meses de prisión y a 11 años y 6 meses de inhabilitación absoluta, como autora de un delito de sedición.

Es patente que el delito y la pena han de ser valorados para la clasificación del penado y su progresión en grado. De hecho, los recursos de apelación contra las decisiones al respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria corresponden al órgano sentenciador.

El art. 102.4 del RP, en línea con el art. 63.2 de la LOGP, menciona expresamente la duración de la pena como uno de los elementos a ponderar para la progresión a tercer grado. El apartado tres del art. 104 del mismo reglamento prevé como un supuesto especial que se conceda el tercer grado a un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas impuestas. En estos casos, continúa este precepto, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el art. 102.2, debiéndose ponderar, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.

La interpretación del precepto no deja mucho margen para la duda. La concesión del tercer grado a un interno que no haya cumplido la cuarta parte de la condena es excepcional y exige, en consecuencia, una justificación reforzada con base en los parámetros señalado en su texto. Una justificación reforzada, lógicamente, con respecto a aquella exigible en los supuestos en

los que se propone para el tercer grado a un interno que ya ha cumplido la cuarta para de la condena.

Este precepto refuerza, como hemos adelantado, la vinculación entre la duración de la pena y la progresión de grado, porque es evidente que no sólo se ha de valorar respecto a aquella el fin último reinsertador, sino también los efectos de prevención general y especial.

En el caso de autos, la pena alcanza los 11 años y 6 meses y la Sra. Forcadell aún no había cumplido la cuarta parte de su condena cuando se acordó la progresión de grado en octubre de 2020, ni tampoco la ha cumplido al momento de dictar esta resolución, sino que la cumplirá en febrero de 2021.

4.6.- La Sala tiene que rechazar como argumento de apoyo a la progresión de grado acordada -expresado en el auto recurrido al hablar de la no aplicación del «*período de seguridad*» y en el escrito de alegaciones de la defensa- nuestra decisión de descartar, en el fallo de la sentencia de la que deriva la presente ejecutoria, la aplicación del art. 36.2 del CP. La no aplicación de este precepto supuso, como decíamos en el auto de 22 de julio de 2017, dictado también en la ejecutoria de esta causa especial respecto a la Sra. Forcadell, *«que esta Sala no creyó necesario imponer, con los argumentos que expusimos en la sentencia dictada, el denominado “período de seguridad” que prevé el precepto. Esa decisión no impide que la duración de la pena sea un elemento a ponderar en el devenir de la ejecución, como tampoco supone un plácet para anticipar, cuando no procede, la aplicación del tercer grado o de las previsiones del art. 100.2 del RP»*.

También resulta pertinente reiterar aquí que en la tarea de acomodar el cumplimiento de las penas impuestas a los fines constitucionales que inspiran la ejecución de las penas privativas de libertad, nuestra sentencia no tiene que ser permanentemente reinterpretada. En los hechos declarados probados y en su fundamentación jurídica se encuentran las claves para explicar la gravedad de los hechos sentenciados y su efecto demoledor para la convivencia democrática. Su detenida lectura descarta cualquier quiebra del principio de

proporcionalidad. Pero, sobre todo, pone de manifiesto una idea clave de la que no puede prescindirse.

Ni la Sra. Forcadell, ni ninguno de los acusados en este procedimiento, ha sido condenado por perseguir la independencia de Cataluña. Las ideas de reforma, incluso ruptura, del sistema constitucional no son, desde luego, delictivas. Su legitimidad es incuestionable, está fuera de cualquier duda. El pacto de convivencia proclamado por el poder constituyente no persigue al discrepante. Ampara y protege su ideología, aunque ésta atente a los pilares del sistema.

La Sra. Forcadell tampoco fue condenada por su ideología independentista. Fue declarada autora de un delito de sedición con base en los hechos declarados probados en el juicio histórico de nuestra sentencia. En términos conclusivos, decíamos en el FJ 1.3, del apartado C) de los fundamentos jurídicos de nuestra sentencia núm. 459/2019, 14 de octubre: *«su participación en los hechos (...) le llevó a asumir un decidido protagonismo en el concierto delictivo ideado por los acusados. Incumplió de forma reiterada y contumaz las resoluciones del Tribunal Constitucional que trataban de preservar el principio de competencia y las bases de la creación normativa. Hizo posible, desde su privilegiada posición de Presidenta del Parlament, la creación de una legalidad paralela carente de validez, que determinó una encadenada sucesión de recursos e impugnaciones del Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional. Estas impugnaciones que, por imperativo legal implicaban la inmediata suspensión de la norma recurrida, fueron altivamente desatendidas por la acusada, que desoyó, una y otra vez, los requerimientos recibidos del Tribunal Constitucional. En el desarrollo del concierto delictivo del que era partícipe, llegó a entorpecer gravemente el desempeño de la autoridad pública que se residencia en los tribunales de justicia, cuyos mandatos fueron claramente burlados. Tanto los del Tribunal Constitucional, como los de la jurisdicción ordinaria, en concreto los emanados del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del Juzgado de instrucción núm. 13 de Barcelona. Ante la consigna, “a la defensa de nuestras instituciones”, alentó, organizó y protagonizó actuaciones multitudinarias que entorpecieron la labor judicial y*

que generaron importantes enfrentamientos entre los ciudadanos y los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. La celebración de referéndum, pese a su expresa prohibición, y la ulterior declaración de una inviable independencia, culminaron un proceso que colmó el tipo penal previsto de la sedición, previsto en los arts. 544 y 545.1 del CP».

Cabe aquí destacar, como hicimos en la resolución de 22 de julio ya citada, dadas algunas de las valoraciones incluidas en la documentación remitida junto a la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, que los hechos declarados probados en nuestra sentencia ya no pueden ser objeto de reinterpretación ni por el penado ni por terceros. Esta resolución *«es el incontrovertido punto de partida para el cumplimiento de la pena y, en consecuencia, para el modo de ese cumplimiento, que ha de discurrir por los cauces previstos en la legislación penitenciaria que, por otro lado -y esto es otra obviedad- no pueden ser utilizados en fraude de ley y para mostrar un desacuerdo más o menos encubierto con la condena impuesta».*

4.7- El auto recurrido, de conformidad con la resolución de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, valora la evolución de la interna de la siguiente manera:

«El contenido programático tratamental llevado a cabo por Carme Forcadell Lluís, calificado como transvesal (sic), tendente a conjugar distintos planteamientos de actividad y entorno familiar, dirigido a apartar factores de riesgo cercanos a lo que ha sido objeto de condena, y en consecuencia la reincidencia, se concrete ya inicialmente en una actitud favorable de autocrítica, de adecuada resolución de problemas, y presencia de recursos cognitivos frente a los conflictos, siguiendo el tratamiento con óptima implicación y análisis e identificación de Iso (sic) riesgos y del comportamiento (sic) pasado, reconociendo los elementos precipitadores de la conducta analizada, y con estrategias cognitivas alternativas.

Niveles bajos en los factores de riesgo, buena empatía, y óptima estabilidad.

Actual actividad de gestión en entidad de actividad comunitaria para entorno social vulnerable, además del normal acercamiento al entorno familiar, sin proyecto de efectividad en la vía política».

Los argumentos expuestos, sin embargo, no explican suficientemente la justificación de una concesión sin duda temprana del tercer grado.

Por un lado, no explican de manera suficiente cuál ha sido la evolución y la progresión del tratamiento que ha seguido la penada, la cual dependerá, dice el art. 65.2 de la LGP, de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

Por otro, no hacen mención alguna a cuáles son las razones que justifican esta progresión al tercer grado antes incluso que se haya cumplido la cuarta parte de la condena. Como hemos expuesto con anterioridad, el carácter excepcional de esta posibilidad exige una justificación reforzada de su adecuación, lo que no se hace en la resolución recurrida.

La autocrítica y el reconocimiento de los hechos son, sin duda, relevantes para el buen resultado del tratamiento, pero no han de ser su única finalidad. El tratamiento penitenciario, de conformidad con el art. 59.1 de la LOGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Y una y otra finalidad no pueden ser ajenas a los delitos por los que la interna fue condenada.

En definitiva, la progresión al tercer grado es prematura. Es preciso que transcurra un período de tiempo mayor para que se pueda valorar

adecuadamente la evolución de la interna y del tratamiento penitenciario, máxime cuando la pena impuesta a la Sra. Forcadell es tan elevada y la progresión se acuerda cuando aún no ha transcurrido ni la cuarta parte de la condena.

Se estima, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y se revoca el auto de 27 de octubre de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Barcelona, de manera que la interna continuará clasificada en segundo grado.

5.- El Ministerio Fiscal formula recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Barcelona, de fecha 30 de julio de 2020, que acuerda no suspender la aplicación de la progresión a tercer grado de la Sra. Forcadell.

Este recurso ha quedado privado de contenido, una vez que se ha estimado el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal y se ha revocado la progresión al tercer grado.

Ello basta para su desestimación.

Vistos los preceptos citados y demás que sean de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1) DESESTIMAR el RECURSO DE SÚPLICA formulado por la representación de DÑA. CARMEN FORCADELL LLUIS contra el auto de 22 de julio de 2020, dictado por esta Sala.

2) DESESTIMAR los RECURSOS DE APELACIÓN formulados por la representación de DÑA. CARMEN FORCADELL LLUIS contra las siguientes resoluciones dictadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de

Lérida: a) providencia de fecha 16 de junio de 2020; b) providencia de fecha 17 de junio de 2020; c) providencia de fecha 23 de junio de 2020; y d) auto de fecha 30 de junio de 2020.

3) ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado el Ministerio Fiscal contra el auto de 27 de octubre de 2020, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Barcelona en el que se confirma la progresión a tercer grado de la interna DÑA. CARMEN FORCADELL LLUIS, que **SE REVOCA**, de manera que esta deberá permanecer en segundo grado de clasificación.

4) DESESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 30 de julio de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Barcelona.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Manuel Marchena Gómez

Andrés Martínez Arrieta

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García

Andrés Palomo del Arco

Ana María Ferrer García

