

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, constanding 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