

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 condenados.

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