

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

