

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

f) Vaciado del contenido de la pena.

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

Para ello sostiene, en síntesis, lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

Son válidos todos los métodos dirigidos a la reinserción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sus alegaciones fundamentales serían las siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3.1.- Sobre la conexión entre el art. 100.2 RP y la actividad de clasificación, esta Sala se remite a su auto de 22 de julio de 2020. Declarábamos en él lo siguiente: *«el art. 100.2 RP se enmarca en el ámbito de la “Clasificación de los penados”, que es la rúbrica del capítulo II del título IV del RP, y parte de una premisa: supone un modelo de ejecución que combina aspectos de cada uno de los grados indicados en el número 1 del art. 100 RP (primero, segundo y tercero). Si la combinación de grados es elemento nuclear, no cabe sostener que el precepto sea ajeno a la actividad de clasificación. No hay duda alguna de que valorar la inclusión de un interno en uno de esos tres grados es una actividad de clasificación (“tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados”, dice el art. 100.1 del RP), con lo cual valorar si procede o no “combinar aspectos característicos” de esos tres grados (art. 100.2 CP) también será, por coherencia sistemática, una actividad que incide en la clasificación.*

La referencia del art. 100.2 del RP a “que siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado” no obstaculiza esta conclusión. La previsión del art. 100.2 del RP va más allá de la aprobación de un programa individualizado de tratamiento y afecta, aunque se considerase que esa afectación es indirecta, a la clasificación del penado, quien inicia a través de su aplicación una “cierta progresión” tras valorar que la evolución de su tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del art. 72 de la LOGP, le hace merecedor de ello.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Su pérdida sobrevenida de objeto justifica su desestimación.

Vistos los preceptos citados y demás que sean de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

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

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

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

Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes.

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

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

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