

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<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

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

### ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

f) Vaciado del contenido de la pena.

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

Sostiene, en síntesis, lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**2.3.1.-** Sobre la conexión entre el artículo 100.2 RP y la actividad de clasificación, esta Sala se remite a su auto de 22 de julio de 2020. 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 del RP debe tener en cuenta, como en el caso de la progresión en grado, la duración de la pena impuesta al interno (13 años de prisión y 13 años de inhabilitación absoluta). Tan desacertado es, decíamos en nuestro auto de 22 de julio, *«atender como límite para la aplicación del art. 100.2 del RP sólo a la duración de la pena, como no hacerlo en absoluto».*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe indicar, en cualquier caso, lo siguiente:

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

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

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

Vistos los preceptos citados y demás que sean de aplicación,

## PARTE DISPOSITIVA

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

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

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

Notifíquese esta resolución a las partes.

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

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

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