



AFECTACIÓN DE
DERECHOS EN LA
EJECUCIÓN
PENITENCIARIA DE LA
SENTENCIA 459/2019
DEL TRIBUNAL
SUPREMO

NOVIEMBRE 2020

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

AFECTACIÓN DE
DERECHOS EN LA
EJECUCIÓN
PENITENCIARIA DE
LA SENTENCIA
459/2019 DEL
TRIBUNAL SUPREMO

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya

1ª edición: Noviembre 2020

Afectación de derechos en la ejecución penitenciaria de la Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo. Noviembre 2020

Maquetación: Síndic de Greuges

Foto de cubierta: Pixabay

ÍNDICE

1. OBJETO	5
2. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS. FUENTES Y POLÍTICA PENITENCIARIA	7
3. EL RÉGIMEN DE VIDA DEL ARTÍCULO 100.2 RP	9
3.1. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	9
3.2. SOBRE LA REVOCACIÓN DEL RÉGIMEN FLEXIBLE	11
▪ Circunstancias transversales	
▪ Sobre los motivos de revocación del régimen flexible del artículo 100.2 RP: Auto del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2020	
4. LA PROGRESIÓN A TERCER GRADO	17
4.1. SOBRE LA REVOCACIÓN DEL TERCER GRADO	17
4.2. SOBRE EL EFECTO SUSPENSIVO DEL TERCER GRADO	24
▪ Sobre la suspensión de la aplicación del tercer grado a causa del recurso de la Fiscalía en relación con la decisión administrativa	
▪ Sobre la suspensión de la aplicación del tercer grado a causa del recurso de apelación de la Fiscalía contra los autos que confirman la progresión a tercer grado	
5. CONCLUSIONES	29

1. OBJETO

Este informe tiene por objeto analizar los dos instrumentos de reinserción previstos por la normativa penitenciaria que han sido aplicados a las nueve personas que cumplen pena de prisión por sentencia del proceso: el régimen de vida del artículo 100.2 RP (también denominado régimen flexible del artículo 100.2 RP) y la progresión a tercer grado. Ambos mecanismos penitenciarios han sido objeto de recurso por la Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria (en adelante, la Fiscalía), sobre los que ha resuelto o resolverá el Tribunal Supremo.

En relación con la aplicación del régimen de vida del artículo 100.2 RP, el Tribunal Supremo, por auto de 22 de julio de 2020, revocó este régimen de vida en relación con Carme Forcadell y está previsto que resuelva los recursos de apelación de Junqueras, Romeva, Rull, Turull, Forn, Sànchez y Cuixart. En relación con Dolors Bassa, la Audiencia Provincial de Girona, por auto de 22 de julio de 2020, desestimó el recurso de la Fiscalía por pérdida de objeto, ya que en el momento de resolver el recurso Bassa ya no gozaba del régimen flexible y estaba en tercer grado. Contra este auto, la Fiscalía presentó incidente de nulidad, ya que considera que la Audiencia de Girona no tenía competencia para resolver sobre el régimen de vida.

En relación con la aplicación del tercer grado, el Tribunal Supremo tiene pendiente resolver los recursos interpuestos por la Fiscalía contra los autos dictados por los dos juzgados de vigilancia penitenciaria (en adelante, JVP) que confirmaron la progresión a tercer grado de Junqueras, Romeva, Rull, Turull, Forn, Sànchez y Cuixart (autos del JVP 5 de 19 de agosto) y la progresión a tercer grado de Bassa y Forcadell (autos del JVP 1 de 27 de octubre). Asimismo, el Tribunal Supremo tiene pendiente resolver los recursos interpuestos en relación con la decisión de suspender o no la aplicación del tercer grado mientras se tramitan los recursos interpuestos por la Fiscalía contra la decisión de progresión a tercer grado. En este sentido, de Sànchez, Cuixart, Junqueras, Romeva, Rull, Turull y Forn contra la decisión del JVP 5 de suspender la aplicación del tercer grado debido al recurso de la Fiscalía (provisión de fecha 28 de julio y autos de fechas 31 de agosto y 1 de septiembre), y también tiene pendiente resolver el recurso de la Fiscalía interpuesto contra la decisión del JVP 1 de denegar el efecto suspensivo del tercer grado de Dolors Bassa y Carme Forcadell mientras se tramitaba el recurso de reforma interpuesto contra la progresión a tercer grado (autos de 30 de julio de 2020), y es muy probable que la Fiscalía interponga también recurso contra la decisión del mismo JVP 1 de denegar el efecto suspensivo (autos de 2 de noviembre).

2. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS. FUENTES Y POLÍTICA PENITENCIARIA

Este informe se formula habiendo tenido acceso a las resoluciones judiciales y los recursos interpuestos por la Fiscalía. No se ha tenido acceso a las propuestas ni informes individualizados de la Administración penitenciaria relativos a la aplicación del régimen de vida del artículo 100.2 RP. Tampoco se ha tenido acceso a las propuestas, informes individualizados y resoluciones de progresión a tercer grado. Sin embargo, esto no ha sido un inconveniente metodológico teniendo en cuenta que las resoluciones judiciales están muy motivadas y contienen la información de la propuesta y elementos que recogen los informes y que motivaron que, a criterio de los profesionales de tratamiento, se propusiera el régimen flexible del artículo 100.2 RP y, posteriormente, la progresión a tercer grado. Además de las resoluciones judiciales, este informe se emite considerando la jurisprudencia menor en materia penitenciaria y los datos estadísticos de que se ha podido disponer en materia de la aplicación del régimen de vida del artículo 100.2 RP y tercer grado en el sistema penitenciario catalán y estatal.

Sobre la política penitenciaria de aplicación del régimen de vida del artículo 100.2 RP y del tercer grado es relevante lo siguiente: Cataluña es la única comunidad autónoma con las competencias en ejecución penal transferidas, lo que hace que tenga una política penitenciaria propia y diferenciada del resto del Estado español. La política penitenciaria de la Administración catalana siempre ha apoyado y ha impulsado la aplicación de mecanismos que promueven el retorno de las personas privadas de libertad a la sociedad. Por lo tanto, dentro de la política penitenciaria catalana el régimen de vida del artículo 100.2 RP y las progresiones a tercer grado son mecanismos que se aplican y son una realidad.

En relación con el mecanismo del artículo 100.2 RP, en su día la Administración penitenciaria catalana aprobó la Circular 1/2005, reguladora de la aplicación del artículo 100.2 RP, con el fin de establecer criterios en relación con este mecanismo que ya se estaba aplicando desde el año 2003 como mínimo.

De este modo, en Cataluña hace más de 17 años que el régimen flexible tiene una aplicación efectiva y hace más de 15 años que la Administración penitenciaria catalana dispone de una circular específica sólo sobre este mecanismo como una herramienta de aplicación real y efectiva que contribuye a la reinserción. En este sentido, tenemos constancia de que en el mes de diciembre de 2019 en las prisiones de Cataluña, como mínimo, a 480 personas se les había aplicado el régimen de vida del artículo 100.2 RP (7,1% de la población penitenciaria).

Durante todo el año 2020, hasta el mes de agosto, la Administración penitenciaria catalana ha aplicado el régimen flexible a 274 personas. En contraposición, la política penitenciaria del Estado español no tiene tanta tradición. La Administración penitenciaria estatal no tiene una circular específica con relación al artículo 100.2 RP, sino que dentro de la circular genérica que tiene por objeto regular la “clasificación y destino de penados” alude al artículo 100.2 RP. Además, es a partir del año 2010 que la aplicación del régimen flexible del artículo 100.2 RP empieza a tener aplicación efectiva. Aunque esta política penitenciaria más restrictiva y tardía en apostar por este mecanismo, también es una realidad, ya que en 2018 se aplicó este régimen flexible a 1.749 personas (3,4% de la población penitenciaria).

Con relación al mecanismo de reinserción del tercer grado en Cataluña, en el mes de agosto de 2020, el 28,1% de las personas privadas de libertad y clasificadas en las prisiones catalanas estaban en tercer grado. En contraposición, fuera de Cataluña, en el mes de agosto de 2020 sólo el 18% de las personas privadas de libertad y clasificadas fuera de Cataluña estaban en tercer grado, 10 puntos por debajo de Cataluña. Desde esta perspectiva, por tanto, la aplicación del régimen de vida del artículo 100.2 RP a las nueve personas condenadas y privadas de libertad por la sentencia del proceso, así como la posterior aplicación del tercer grado, no supone un trato privilegiado de la Administración penitenciaria hacia estas nueve personas, contrariamente a lo que han pretendido sostener algunos actores políticos y medios de comunicación, sino que obedece a una realidad del sistema penitenciario catalán.

3. EL RÉGIMEN DE VIDA DEL ARTÍCULO 100.2 RP

3.1. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Fuera de Cataluña era cuestión no unánime cuál era el tribunal que debía conocer el recurso de apelación en materia de régimen flexible del artículo 100.2 RP. Una parte de la jurisprudencia menor consideraba que el competente era el tribunal sentenciador. Otra parte de la jurisprudencia consideraba que era la Audiencia Provincial.

Este debate dentro del sistema penitenciario catalán no existía. De hecho, con relación a los presos políticos, la Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria interpuso recurso contra las decisiones del JVP de aprobación de vida del artículo 100.2 RP e interesó que se enviara a la Audiencia Provincial. En cambio, es el auto del JVP 3, el que aprobó el régimen flexible de Forcadell, el que decidió sin precedente que el recurso de apelación contra la aprobación del régimen flexible de esta sería resuelto por “el órgano sentenciador (Auto AP Mallorca 182/2020, caso << Urdangarín >>)”. Es en mérito de este único auto sobre el caso Urdangarín, sin precedente en el sistema catalán, que se remite al Tribunal Supremo el recurso de apelación con relación al mecanismo del artículo 100.2 RP.

El Tribunal Supremo se ha declarado competente no sólo para conocer la clasificación en tercer grado, sino también el régimen de vida previsto en el artículo 100.2 RP en virtud del auto de 22 de julio de 2020, por el que revoca la aplicación del régimen flexible del artículo 100.2 RP a Forcadell. El Tribunal Supremo, para fundamentar y justificar que es competente para ser conocedor del recurso de apelación de la Fiscalía contra la aplicación del régimen flexible, aduce tres argumentos:

i) Que en las Jornadas Especialistas en Vigilancia Penitenciaria celebradas en el año 2015 una parte de la Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria sostenía que en materia de régimen flexible el competente era el tribunal sentenciador. El Tribunal Supremo omite que esta posición de la Fiscalía en las jornadas fue la minoritaria, y

que se impuso el criterio mayoritario de la Fiscalía consistente en que el tribunal competente para ser conocedor del régimen de vida del artículo 100.2 RP era la Audiencia Provincial.

ii) Cita dos únicos autos en que es el tribunal sentenciador quien resuelve en última instancia sobre el régimen de vida del artículo 100.2 RP: auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (caso Urdangarín) y auto de la Audiencia Provincial de Tenerife. Estas dos resoluciones son las citadas por la Fiscalía del Tribunal Supremo en su dictamen sobre la competencia para resolver el recurso de apelación en materia de régimen de vida del artículo 100.2 RP, y el Tribunal Supremo omite que no eran resoluciones que establecieran los fundamentos jurídicos con el debate contradictorio previo sobre la cuestión competencial.

iii) Alega que un canon de interpretación sistemática aboca a concluir que la competencia para decir la última palabra sobre el régimen flexible del artículo 100.2 RP es del tribunal sentenciador.

Más allá de la calidad de los argumentos en que se basa el auto del 22 de julio de 2020 el Tribunal Supremo se decanta por autoasignarse esta competencia en detrimento de los órganos judiciales especializados en materia penitenciaria, por lo que mantiene el control de las condiciones de cumplimiento de las personas condenadas en el caso del proces. El auto pone de manifiesto que el Tribunal Supremo desconfía de los juzgados de vigilancia penitenciaria en relación con la aprobación de mecanismos de reinserción como el régimen de vida del artículo 100.2 RP, cuando justamente estos órganos especializados tienen por objeto no autorizar regímenes de vida ni cualquier otro instrumento que no sea ajustado a derecho (artículo 76 LOGP), ya que son órganos jurisdiccionales que tienen encomendado el control de la legalidad de las decisiones y medidas de la Administración penitenciaria.

Esta falta de confianza queda reflejada cuando expresa lo siguiente: “Este examen 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 “(página 8 del auto). Una manifestación más de esta desconfianza se desprende cuando el Tribunal Supremo se dirige a los JVP y les advierte que corregirá decisiones arbitrarias emanadas de estos órganos jurisdiccionales. Así lo declara cuando expresa que la “garantía más que suficiente para evitar decisiones arbitrarias que, ahora, a raíz de la decisión adoptada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de Lleida, tenemos oportunidad de corregir” (página 14 del auto).

Con el auto de 22 de julio de 2020 por el que se asume la competencia en materia de régimen de vida del artículo 100.2 RP ya son dos los mecanismos penitenciarios en que el Tribunal Supremo ha establecido que será él quien tomará la decisión, régimen flexible (página 8 del auto) y clasificación (página 483 de la sentencia), teniendo en cuenta que en la sentencia ya se reivindicaban competencias en materia penitenciaria en un ejercicio de reivindicación de autoridad.

Con esta decisión sobre quién será el órgano que tendrá la última palabra sobre el régimen de vida del artículo 100.2 RP se resta competencias a los órganos específicos en materia penitenciaria, que tienen una sensibilidad y una formación específica propia y sin ninguna contaminación porque no son el órgano que ha juzgado los hechos, en favor del tribunal sentenciador, de manera que se centralizan las competencias en este último y se desnaturaliza la función jurisdiccional de los juzgados de vigilancia penitenciaria.

La decisión del Tribunal Supremo supone diluir la competencia a los órganos especializados en vigilancia penitenciaria

para supervisar y resolver cuestiones de carácter penitenciario, con lo cual se desdibuja la garantía auténtica y autónoma de los derechos de las personas privadas de libertad, consistente en un control judicial con un órgano judicial especializado y autónomo, distinto del que se había ejercido en el procedimiento penal, que era el espíritu de la LOGP. El legislador decidió dotar un control jurisdiccional independiente del tribunal sentenciador.

En este sentido, se evitaba, aunque fuera colateralmente, que fuera el mismo tribunal, que, habiendo condenado los hechos y habiéndose posicionado, tuviera que resolver sobre la concesión de mecanismos penitenciarios de reinserción, con el consiguiente sesgo de contaminación y predisposición, ya que existe la probabilidad de que el tribunal sentenciador resuelva con una posición preconcebida, con pérdida de imparcialidad, y examine el mecanismo penitenciario por el que se vehiculan salidas al exterior, no de acuerdo con presupuestos establecidos por ley, y atendiendo a la conducta y la evolución de la persona que está privada de libertad, sino de acuerdo con otros parámetros tales como la gravedad de los hechos que concurren, cuando es una cuestión ajena al régimen de vida del artículo 100.2 RP (véase párrafos 23 y 27 ut infra), y que se introducen cuando el órgano judicial que valora el beneficio o mecanismo penitenciario está contaminado por elementos y opiniones que ha presenciado y valorado durante el juicio y que le han llevado a dictar la sentencia en los términos que ha considerado.

En definitiva, con el criterio de competencia establecido por el Tribunal Supremo se merma la garantía de la función jurisdiccional de los juzgados de vigilancia penitenciaria con riesgo de dejarla vacía de contenido, como parece que ha pasado.

3.2. SOBRE LA REVOCACIÓN DEL RÉGIMEN FLEXIBLE DEL ARTÍCULO 100.2 RP

3.2.1 Circunstancias transversales

Hay dos circunstancias transversales, ajenas a los motivos aducidos en el auto de 22/07/2020, que permiten cuestionar la decisión adoptada por el Tribunal Supremo de revocar el régimen de vida del artículo 100.2 RP.

i. Pérdida de objeto

En fecha 22 de julio 2020, en la que el Tribunal Supremo revocó el régimen flexible del artículo 100.2 RP de Forcadell, ya no tenía razón de ser que el Tribunal Supremo se pronunciara. Del mismo modo que ya no tiene razón de ser que se pronuncie con relación al resto de recursos interpuestos por la Fiscalía contra las resoluciones de aplicación de este régimen flexible.

El régimen de vida del artículo 100.2 RP se aplica principalmente cuando las personas privadas de libertad están clasificadas en primer o segundo grado. Cuando un interno es progresado a tercer grado, el régimen flexible del artículo 100.2 RP desaparece y ya no es posible aplicarlo, entre otras razones porque el interno realiza la mayor parte de las actividades y el programa de tratamiento en semilibertad, fuera del centro penitenciario. En la medida en que en fecha 14 de julio de 2020 las personas privadas de libertad fueron progresadas a tercer grado, el régimen de vida del artículo 100.2 RP se dejó de aplicar. Por tanto, el recurso de la Fiscalía contra aquella decisión de aplicación del 100.2 RP había perdido objeto. Por consiguiente, era innecesario que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre un régimen de vida del que los internos ya no gozaban. En este sentido, se pronunció la Audiencia Provincial de Girona, sección cuarta, en relación con el régimen de vida del artículo 100.2 RP aplicado a Dolors Bassa.

Mediante el auto de fecha 22 de julio de 2020, la Audiencia Provincial de Girona, sección cuarta, desestima el recurso de apelación de la Fiscalía contra el auto del JVP 1 que había aprobado la aplicación del

régimen de vida alegando que “al disfrutar la penada del tercer grado penitenciario, cualquier discusión sobre la legalidad u oportunidad de aplicar el art. 100.2 del Reglamento Penitenciario sobre su segundo grado es ya estéril por no hallarse ya en tal situación regimental. Es indiferente que este tribunal confirme o revoque esa concesión porque la decisión que se adoptase carecería de toda efectividad al responder el actual disfrute de un escenario de semilibertad al tercer grado penitenciario, cuya revisión última pertenece al Tribunal sentenciador”.

La posición de la Audiencia Provincial de Girona es una praxis habitual en materia penitenciaria, ya que las circunstancias penitenciarias y personales del interno van cambiando. Si la decisión de aplicar un régimen de vida u otro mecanismo penitenciario que ha sido impugnado desaparece, entonces se suele desistir del recurso o bien los juzgados y tribunales pueden dictar un auto que dé por decaído el recurso con motivo de la desaparición del objeto que determinó que interpusiera recurso.

ii. Resoluciones de los juzgados de vigilancia penitenciaria

Tres magistrados de vigilancia penitenciaria de Cataluña, cada uno con su criterio propio e independiente, aprobaron autónomamente la aplicación de los regímenes de vida del artículo 100.2 RP. El JVP 3, por auto de fecha 28 de abril de 2020 aprobó el régimen flexible de Forcadell. El JVP 1, por auto de fecha 9 de marzo 2020, aprobó la aplicación del régimen de vida del artículo 100.2 RP de Bassa.

Finalmente, el JVP 5 aprobó el régimen flexible del resto de personas condenadas mediante diferentes autos. En caso de que el Tribunal Supremo, además de estimar el recurso de la Fiscalía en relación con la aplicación del artículo 100.2 RP a Forcadell, estimara los recursos de la Fiscalía interpuestos contra los ocho autos de los JVP que aprobaron los regímenes de vida flexibles propuestos para las otras ocho personas privadas de libertad, supondría revocar decisiones jurisdiccionales de tres magistrados especializados en vigilancia penitenciaria que de manera independiente

e individual aprobaron los regímenes flexibles. Partiendo de esta premisa, en la revocación de la aplicación del régimen flexible, hay que poner de manifiesto lo siguiente:

- Es difícil de sostener que el régimen de vida del artículo 100.2 RP no está justificado si tenemos en cuenta que hasta tres magistrados diferentes aprobaron con resolución judicial motivada la aplicación del régimen flexible. En contraposición, un único órgano jurisdiccional, el Tribunal Supremo, que no está especializado en ejecución penitenciaria y que, además, es el tribunal sentenciador y puede estar contaminado por todo el proceso penal previo, revocaría y desautorizaría hasta en nueve ocasiones a los juzgados de vigilancia penitenciaria.

- Quién aprueba la aplicación del régimen flexible del artículo 100.2 RP no es la Administración penitenciaria, sino los juzgados de vigilancia penitenciaria, previa propuesta de la Junta de Tratamiento, a diferencia de la progresión de tercer grado, que sí que depende exclusivamente de la Administración penitenciaria. Es decir, para la aplicación del artículo 100.2 RP se han tenido que superar dos filtros, la propuesta favorable de la Junta de Tratamiento (que fue por unanimidad, lo que no ocurrió con las propuestas de clasificación inicial) y una aprobación expresa del JVP. Sin esta aprobación expresa, no es posible el régimen de vida, sin perjuicio de la inmediata ejecutividad de la propuesta de aplicación del artículo 100.2 RP.

- Enlazando con lo anterior, se ha comprobado que, al menos dos JVP, JVP 3 y 5, pidieron información complementaria y requirieron varias veces a los profesionales de los centros penitenciarios para que les informaran sobre cuestiones específicas con relación al artículo 100.2 RP. Los órganos especializados, ajenos al proceso penal y en un auténtico ejercicio de función jurisdiccional, no hicieron acto de fe en la Administración penitenciaria, sino que sólo se aprobó el régimen de vida del artículo 100.2 RP, una vez practicadas sus propias diligencias.

En este sentido, en el auto del JVP 3 se hace constar expresamente que, a fin de asegurarse de que la propuesta de régimen

flexible del artículo 100.2 RP no obedecía a una decisión política, sino que efectivamente estaba justificada expone que “ha fundamentado su petición en el proceso de reinserción real de la penada al que está sujeto el régimen penitenciario” (fundamento jurídico tercero del auto del JVP 3 de fecha 28/04/2020). El auto insiste en que “se solicitaron informes complementarios de los que puede deducirse que las medidas no se muestran arbitrarias” (fundamento jurídico séptimo del auto del JVP 3 de fecha 28/04/2020).

Considerando lo anterior, no hay razones para considerar que el régimen de vida del artículo 100.2 RP no fuera jurídicamente correcto y que en realidad encubría una justicia material o un favoritismo como han pretendido sostener actores políticos y medios de comunicación, y que llevan a cuestionar la decisión del Tribunal Supremo en relación con los presos políticos.

3.2.2 Sobre los motivos de revocación del régimen flexible del artículo 100.2 RP: auto del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2020

En el auto de 22 de julio de 2020, que acuerda revocar la resolución del JVP 3 que aprobó la aplicación del artículo 100.2 RP a Forcadell, el Tribunal Supremo aduce cuatro elementos para fundamentar su decisión de que no era procedente la aplicación del régimen flexible, y que probablemente se alegará con relación a las otras ocho personas respecto de las cuales el Tribunal Supremo aún tiene pendiente pronunciarse.

i) Duración de la pena

El Tribunal Supremo introduce como variable a tener en cuenta para valorar la aplicación del régimen de vida del artículo 100.2 RP la duración de la pena impuesta, cuando es una variable completamente ajena a su aplicación. En efecto, el tenor literal del precepto (artículo 100.2 RP) no establece ni hace alusión a esta variable, que es un parámetro completamente ajeno al régimen flexible. No es un elemento que prevea la norma y, por tanto, su alegación por parte del Tribunal Supremo no tiene base normativa.

De hecho, el Tribunal Supremo aduce al artículo 63 LOGP para justificar que la duración de la pena es un elemento que debe ponderarse para poder conceder el régimen de vida del artículo 100.2 RP, para luego sostener que la pena impuesta a Forcadell es muy grave (página 13 del auto). Ciertamente, el artículo 63 LOGP, citado por el Tribunal Supremo, es una variable que obliga a tener en cuenta, pero sólo para la clasificación en un grado, y no para el régimen flexible, que está regulado en el artículo 100.2 RP, que establece las condiciones que deben concurrir. El pronunciamiento del Tribunal Supremo no sólo no tiene base normativa literal y sistemática, sino que supone un retroceso en materia de ejecución penitenciaria: si bien la gravedad de la pena puede ser una variable que dificulte y retrase el acceso al tercer grado, actualmente, según el posicionamiento del Tribunal Supremo, la gravedad de la pena también dificulta el acceso al régimen flexible, circunstancia que no tenía precedentes.

Al mismo tiempo, el auto del Tribunal Supremo cumple con lo que el mismo tribunal avanzó en su sentencia condenatoria, donde ya indicó sutilmente que la gravedad de la pena es un parámetro que podía motivar la revocación del tercer grado. Ahora ha ido un paso más allá y lo ha expandido y extrapolado al régimen de vida del artículo 100.2 RP.

Con esta premisa no solo se ha impactado en las nueve personas privadas de libertad, sino que puede tener impacto en otras personas privadas de libertad, y desestabiliza la concepción del régimen flexible, entendido como instrumento de reinserción. Si al final se vincula a la gravedad de los hechos o de la pena, no hablamos de reinserción, sino de retribución, ya que queda patente que si el Tribunal Supremo considera que el tercer grado no concuerda con la gravedad de la pena lo revocará, y con este razonamiento también se puede considerar que deja entrever un cierto prejuicio sobre la concesión del tercer grado, ya que se focaliza únicamente en este dato, cuando no es la condición o el supuesto clave en la clasificación en tercer grado.

Esta expectativa de ser clasificado en el grado que corresponde y poderla defender ante un tribunal quedaría vacía de contenido si no se dota de una auténtica garantía que pueda

velar por este derecho, y una plena y efectiva garantía pasa por un órgano jurisdiccional especializado como el juzgado de ejecución penitenciaria, y no el tribunal sentenciador, que puede estar contaminado por el juicio presenciado y la condena dictada. Y, en este sentido, el propio Tribunal Supremo, cuando deniega aplicar el período de seguridad, alude indirectamente al parámetro de gravedad de la pena como cuestión esencial, o al menos como circunstancia donde focaliza la cuestión, ya que hace referencia a que “las decisiones de la administración penitenciaria que no se consideren acordes con la gravedad de la pena” no pueden ser neutralizadas anticipadamente con el período de seguridad y a continuación señala que “estas decisiones tienen su cauce impugnativo ordinario y pueden ser objetivo de revisión” (página 483 de la sentencia).

La alegación de exigencias no previstas normativamente y las interpretaciones analógicas desfavorables, tales como no tener completa una parte de la condena, están vetadas dado que estaríamos ante una restricción de derechos individuales sin amparo normativo.

Aparte de lo expuesto, hay que tener presente una variable que no puede ser ignorada: las penas impuestas y el tiempo de cumplimiento no son lo mismo para las nueve personas condenadas. Por lo tanto, incluso siguiendo la lógica del Tribunal Supremo sobre el parámetro de duración de la pena, esto no justificaría la revocación del régimen flexible del artículo 100.2 RP respecto a Jordi Sànchez, por ejemplo, que tiene una pena de nueve años. Así en la fecha en que se aprueba el régimen de vida del artículo 100.2 RP a Sànchez y Cuixart, que eran las personas que tenían más tiempo de cumplimiento, tanto por duración de pena como por tiempo de prisión provisional, ya tenían la cuarta parte cumplida, por lo que hay que individualizar caso por caso.

ii) Equiparación del régimen de vida de semilibertad en el tercer grado

El Tribunal Supremo considera que el régimen flexible aprobado conllevaba que “la Sra. Forcadell, clasificada en segundo grado, disfrutará, de facto, de un régimen de semilibertad. Y este hecho ha de ser un

elemento a valorar pues aún no ha cumplido ni la cuarta parte de su condena “. Esta premisa es errónea. No se sostiene si se tiene en consideración, como el mismo auto recoge, que “las salidas al exterior para desarrollar las tareas descritas tendrían lugar durante tres días a la semana, desde las 8.30 h las 17.30 h” (página 15 del auto).

El auto no fundamenta en qué elementos jurídicos o fácticos concluye que el régimen de vida del artículo 100.2 RP era equiparable a un tercer grado. En contraposición a la falta de motivación de esta conclusión hay que considerar lo siguiente:

- Los internos clasificados en tercer grado deben disfrutar y disfrutan, por regla general, del régimen de vida general de tercer grado, y que está previsto en los artículos 83, 86.4 y 87 RP. Es decir, los artículos mencionados regulan cuáles son las salidas y cuántas horas está un interno fuera del centro penitenciario si está clasificado en tercer grado.
- Conforme a la normativa mencionada y la praxis penitenciaria, un interno que está en tercer grado de lunes noche a viernes mañana pasa 16 horas fuera del centro penitenciario cada día y sólo pernocta las 8 horas. De viernes mañana a lunes noche ni siquiera se pernocta.

De acuerdo con las premisas anteriores difícilmente se puede sostener que salir únicamente tres días a la semana para hacer una actividad de voluntariado y luego cuidar de su madre (8 h al día, los tres días que salía Forcadell) pueda ser equiparable a salir 16 horas diarias 4 días a la semana, y los otros 3 días estar 24 horas diarias fuera del centro penitenciario.

El tercer grado del art. 83 RP, como regla general, sólo conlleva permanecer 8 horas dentro del centro penitenciario, que suele ser la pernocta. En cambio, el régimen de vida del artículo 100.2 RP, por regla general, conlleva permanecer la mayor parte del día dentro del centro penitenciario y salir unas horas al día, los días autorizados, para realizar las actividades establecidas en su programa de tratamiento que no puedan ser realizadas dentro del establecimiento penitenciario. Así, en el caso de Forcadell la autorización de las salidas en régimen de

vida del artículo 100.2 RP no eran diarias, circunstancia que encaja con el principio de flexibilidad previsto en el precepto, ya que la Administración penitenciaria no pretendía otorgar un régimen abierto de forma encubierta.

iii) Relación entre actividad tratamental y tipología delictiva

La Fiscalía interpuso recurso contra los autos que aprobaron la aplicación del régimen flexible aduciendo que las actividades laborales o familiares o incluso relacionadas con organizaciones sin ánimo de lucro no tenían relación con la tipología o la etiología delictiva y, por tanto, no constituían actividad tratamental a efectos del artículo 100.2 RP. Sin embargo, este posicionamiento no es coherente con la concepción de actividad o programa de tratamiento a efectos del artículo 100.2 RP que se recogió en las conclusiones de las jornadas de fiscales de vigilancia penitenciaria de 2015 (conclusión 29), en que establece, sin ningún voto particular y de forma unánime, que la Fiscalía considera que los objetivos tratamentales que consideran que pueden justificar el régimen flexible son “familiares, educativos, formativos, laborales”. Aún así, se interpone recurso por una interpretación restrictiva de actividad tratamental, vinculada al delito, lo cual es estimado por el Tribunal Supremo en relación con Forcadell.

Las audiencias provinciales, secciones especializadas en materia penitenciaria, han estado considerando que el régimen de vida del artículo 100.2 RP está justificado si tiene por objeto la realización de una actividad o programa que contribuya a la reinserción y que esta actividad no se pueda realizar dentro del centro penitenciario, y por tanto, que estén justificadas las salidas. Esta contribución de la actividad al proceso de reinserción se ha estado interpretando y aplicando en sentido amplio. Es decir, sin necesidad inexcusable de vincular la actividad o el programa a realizar a la comisión delictiva (tipología y factores criminógenos que desembocaron), sino que es suficiente con que la actividad, objetivamente, facilite y permita avanzar en el proceso de reinserción.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona ha confirmado en varias resoluciones la aplicación del régimen de vida del artículo 100.2 RP para salir a trabajar sin que la actividad laboral fuera una actividad de tratamiento dirigida a abordar la comisión delictiva ni desde una vertiente de tipología delictiva ni tampoco desde una perspectiva de etiología delictiva.

De acuerdo con la jurisprudencia de las audiencias provinciales y del JVP, y desde esta perspectiva amplia de actividad o de programa que contribuya a la reinserción, la actividad de voluntariado, complementado con el cuidado de la familia, son acciones que nadie puede discutir que favorecen la reinserción. Por ello, los JVP autorizaron el régimen flexible de acuerdo con una interpretación y jurisprudencia consolidadas. En contraposición a esta posición, el Tribunal Supremo instaura una interpretación restrictiva y establece que sólo se puede considerar una actividad o programa que contribuya al proceso de reinserción no en sentido amplio, sino en sentido de estricta vinculación de la actividad con la tipología delictiva, los hechos delictivos y como esta actividad en concreto trabaja factores de la comisión delictiva. Por tanto, se contribuye al proceso de reinserción específicamente (página 16 del auto).

Se instaura, pues, un concepto restringido de proceso de reinserción y actividad a

realizar de régimen flexible, sin fundamentar el porqué de esta interpretación más restrictiva que contraviene la interpretación más amplia y favorable, y de acuerdo con esta interpretación y ante “la falta de conexión entre el programa de tratamiento y el delito cometido” se revoca el régimen flexible incidiendo en “esa ausencia absoluta de enlace entre el programa que se propone y el proceso de reinserción social de la penada que, como es obvio, no puede ser ajeno al delito por el que fue condenada. Ninguna relación guarda la realización del voluntariado descrito en dicha propuesta o el programa de acompañamiento de su madre con la tipología delictiva por la que la interna cumple condena”.

Ahora bien, si nos atenemos a este concepto restrictivo de necesidad de la actividad a realizar desde la vertiente de tratamiento entendida desde una relación con la comisión delictiva, es más difícil de revocar el régimen de vida del artículo 100.2 con relación a las personas privadas de libertad que han sido condenadas por el delito de malversación de caudales públicos, ya que si bien no hay condena de responsabilidad civil, sí que se ha acordado la cuantificación vía Tribunal de Cuentas, y en este sentido hay precedentes jurisprudenciales donde se concibe la actividad laboral que permite ingresos para abonar una responsabilidad civil como actividad necesaria que justifica el régimen de vida del artículo 100.2 RP.

4. LA PROGRESIÓN A TERCER GRADO

Las consideraciones formuladas sobre el régimen de vida del artículo 100.2 RP (párrafos 21 y 22) son extrapolables y aplicables a la progresión a tercer grado de las nueve personas condenadas y privadas de libertad. Los reproches de la Fiscalía consistentes en que la progresión a tercer grado es anormal o constituye un favoritismo no tienen razón de ser cuando la progresión a tercer grado de las nueve personas condenadas ha sido validada por dos juzgados de vigilancia penitenciaria diferentes.

El JVP 5 confirmó que Junqueras, Rull, Turull, Forn, Sànchez y Cuixart deben estar en tercer grado. El JVP 1 ha confirmado la progresión a tercer grado de Forcadell y Bassa. En definitiva, en el mismo sentido que el régimen de vida del artículo 100.2 RP, a las nueve personas privadas de libertad se les aplicó el tercer grado, ya que concurrían las condiciones legalmente previstas, y este mecanismo ha sido validado por un órgano judicial independiente, especializado y no contaminado.

4.1. SOBRE LA REVOCACIÓN DEL TERCER GRADO

La Fiscalía ha interpuesto recurso indiscriminadamente contra todas las progresiones a tercer grado, al igual que contra la aplicación del régimen de vida del artículo 100.2 RP. Los motivos que ha aducido la Fiscalía para solicitar que se revoquen las progresiones a tercer grado son idénticos en todos y cada uno de los recursos interpuestos, si bien hay algún matiz en función de circunstancias penitenciarias y personales.

i) Reconocimiento del delito

La Fiscalía aduce respecto de las nueve personas privadas de libertad que no reconocen el delito, si bien individualiza en los siguientes términos:

- En relación con Forcadell, reprocha que reconoce los hechos pero no el delito porque,

según la Fiscalía, Forcadell sostiene que su actuación estaba justificada por el derecho a la libertad de expresión y opinión. Por tanto, la Fiscalía concluye que “en la medida en que la interna no asume el carácter delictivo de los hechos por los que cumple condena, no puede hablarse de una evolución suficientemente favorable”. La Fiscalía formula una objeción similar respecto de Bassa, de quien dice que reconoce los hechos, pero que “esta asunción de responsabilidad de los hechos cometidos y esa aceptación de sus consecuencias no es reconocer el delito pues la interna siempre ha reconocido su participación en el referéndum ilegal [...], hecho que considera que no es delito “. La misma objeción se formula respecto de las otras siete personas privadas de libertad.

- En relación con Jordi Sànchez y Jordi Cuixart, la Fiscalía, además de sostener que reconocen los hechos pero que no reconocen que estos hechos sean delictivos, y por tanto, no reconocen que su conducta fuera delictiva, incide en dos cuestiones. Por un lado, reprocha que nieguen que los actos del día 20 de septiembre 2017 fueran violentos, y que esto es contrario a la sentencia. Por otro lado, que ambas personas, disfrutando de permisos, de régimen de vida o incluso de tercer grado, hicieran declaraciones ante los medios que llevan a la conclusión de que volverán a repetir los hechos. Es decir, a criterio de la Fiscalía, reincidirán. Y el mismo reproche se formula respecto a Junqueras, Raül Romeva, Josep Rull.

Una vez enmarcado el motivo de revocación del tercer grado a criterio de la Fiscalía (reconocimiento de hechos, pero falta de asunción de que los hechos son delictivos y justificarse en legitimidad democrática y derecho de expresión), esto no justifica la revocación del tercer grado, de acuerdo con lo previsto en la norma penitenciaria. El artículo 106.3 RP dispone que “la progresión en el grado de clasificación depende de la modificación positiva de los factores directamente relacionados con la actividad delictiva”. Por otra parte, el artículo 65.2 LOGP dispone que “la progresión en el tratamiento depende de la modificación de los sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva”.

Ambas normas buscan una modificación de los elementos que dieron lugar a la comisión

delictiva. No hay ninguna norma que recoja como condición para acceder al tercer grado el reconocimiento de los hechos y del delito como tal. Ahora bien, en la medida en que ambas normas instan a la modificación de los elementos que vertieron a la comisión delictiva, la praxis penitenciaria suele exigir el reconocimiento de la comisión delictiva, es decir, de los hechos y del carácter delictivo, ya que se considera erróneamente que difícilmente se puede trabajar para modificar lo que dio lugar al delito si se niega primero la premisa mayor, es decir, que se ha incurrido en delito.

Si desaparecen o se modifican los elementos que dieron lugar a la comisión del delito, entonces hay capacidad de vivir en semilibertad (requisito que exige el artículo 102.4 RP). La capacidad de llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad es interpretada, tanto para profesionales de tratamiento como por operadores jurídicos del ámbito penitenciario, en clave de pronóstico a futuro. Se considera que tiene la capacidad de llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad la persona privada de libertad respecto de la cual, con todas sus circunstancias penales, penitenciarias y personales, se infiere y se puede fundamentar que no reincidirá en régimen de semilibertad. Partiendo de esta premisa, la causa de revocación del tercer grado basada en el hecho de que no hay reconocimiento del delito, -y por tanto, no se han modificado los elementos que contribuyeron y, por consiguiente, hay riesgo de reiteración-, es errónea y no es ajustada a derecho.

- En relación con Forcadell y Bassa y en relación con Junqueras, Romeva, Rull, Turull, Forn, en vista de la sentencia y de los hechos probados, y también según lo sostiene la Fiscalía en sus recursos, la comisión delictiva se produjo con motivo de que tenían un cargo público. Fue en el ejercicio de este cargo cuando estas siete personas desarrollaron los hechos que recoge la sentencia y que se declaran delictivos.

La sentencia impone, además de la pena de prisión, la pena de inhabilitación absoluta de más de diez años para cada uno de ellos, lo que significa que se ha modificado el factor que determinó la comisión delictiva: el ejercicio de cargo parlamentario o de gobierno. No es posible que estas siete personas puedan reiterar la comisión delictiva, ya que durante más de diez años no podrán optar a cargos públicos. Por tanto, el discurso que tengan sobre si los

hechos son delictivos o no es irrelevante, ya que concurre el requisito de capacidad de vivir en semilibertad en términos de no reiteración de hechos declarados delictivos por los que se les ha condenado.

En este sentido van los autos del JVP 5 de Cataluña, que confirman la progresión a tercer grado de las cinco personas privadas de libertad. A título ilustrativo, por ejemplo, el auto de 19 de agosto de 2020 que confirma la progresión a tercer grado de Junqueras respecto a lo cual se fundamenta en que “ha tenerse en cuenta y es de máxima importancia que la misma sentencia dictada por el TS establece una pena de inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena en prisión”, lo que impide una nueva comisión delictiva, ya que incide el auto en 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 “(p. 8, fundamento jurídico sexto del auto).

- En relación con Jordi Sànchez y Jordi Cuixart el escenario es diferente, pero el discurso sobre los hechos es irrelevante igualmente. Jordi Sànchez es un líder social. También lo es Jordi Cuixart. Por lo tanto, es cierto que en su caso se podría considerar que la pena de inhabilitación impuesta a los dos es inocua para considerar que no reiterarán conductas, ya que los hechos de la sentencia los desarrollaron sin ejercer ni hacer uso de ningún cargo, a diferencia de las otras siete personas. Sin embargo, sólo hay que tener presente lo siguiente: como líderes civiles que son sólo necesitaban una llamada (un tuit, un comunicado, una expresión ante los medios, etc.) para movilizar a la ciudadanía y volver a realizar actos por los que han sido condenados. Y eso no ha sucedido.

- El discurso que pueda tener Jordi Sànchez o Jordi Cuixart es subjetivo e interpretable. La Fiscalía lo interpreta de una manera; los profesionales de tratamiento, de otra. Lo que no es interpretable es un hecho objetivo, y es que siendo líderes civiles y habiendo salido del centro penitenciario desde el mes de febrero aproximadamente y disfrutado de permisos, y habiendo tenido oportunidad de ejercer como líderes civiles y movilizar, no lo han hecho. Y, por tanto, no hay elementos objetivos para considerar que no hay un

pronóstico de capacidad de vivir en semilibertad. Se omite valorar sus acciones y se centra únicamente en sus declaraciones, que forman parte del derecho a la libertad de expresión.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 21, por auto de 14 de julio de 2020, confirmó el auto del JVP 5, por el que autorizaba el permiso de salida ordinario a Jordi Cuixart, entre otros motivos, porque ya en ese momento el tribunal discrepó de que hubiera riesgo de reincidencia, ya que “contamos ya con datos objetivos derivados de las salidas ya efectuadas por el interno”, y que “todas las salidas que ha realizado el interno se han llevado a cabo sin incidencia negativa alguna y con cumplimiento”, insistiendo de nuevo en que, más allá de las interpretaciones de las declaraciones del interno (que hay varias posibles), lo cierto es que “el interno ha realizado ya salidas y no se ha producido ninguna incidencia relacionada con la reiteración en el delito por el que ha sido condenado, ni en ningún otro”. Esto mismo es extrapolable también a Jordi Sànchez.

Todo lo anterior objetiva que la falta de reconocimiento del hecho delictivo ni está previsto como tal en la norma ni puede ser causa automática de revocación del tercer grado y, en este sentido, es ilustrativo el auto del JVP 2 de Cataluña de fecha 10 de agosto de 2020, que valida una progresión a tercer grado en un caso de un interno que cumple por estafa y que no reconoce el delito y justifica sus actos, ya que se considera que en ese caso concreto, a pesar del discurso del interno, este está capacitado para vivir en semilibertad.

En el caso de las nueve personas condenadas por la sentencia del procés, atendiendo a las circunstancias (párrafos 48 a 50), al discurso y no-reconocimiento del delito alegado por la Fiscalía no puede servir como elemento para justificar que hay riesgo de reiteración y que, por tanto, no hay capacidad para vivir en semilibertad. Sin perjuicio, además, de que la exigencia de que se verbalice un determinado discurso, o bien que se les arrebatase el tercer grado por no expresar una determinada posición sobre unos hechos, pueda considerarse respetuosa con el derecho a la libertad ideológica o libertad de expresión.

ii) Sobre la exigencia de programa específico de tratamiento

La exigencia de un programa específico de tratamiento como causa de revocación del tercer grado es una manifestación más de que en realidad se pretende privar del tercer grado a las nueve personas privadas de libertad en bloque, sin individualizar. Respecto a Forcadell aduce como causa de revocación del tercer grado que no ha hecho ningún programa específico. Sin embargo, con relación a Bassa, que sí ha hecho intervención y programa, no es suficiente, ya que se considera que en vista de que el discurso sobre los hechos continúa el déficit criminógeno y es necesario un programa específico relacionado con el delito y con el respeto a la ley. Y lo mismo con el resto de las siete personas privadas de libertad, que tanto si han hecho un programa específico como si no, la Fiscalía exige que lo hagan conforme a la tipología y / o etiología delictiva.

La causa de revocación del tercer grado, es decir, la exigencia de un programa específico de tratamiento con relación a la tipología y / o delictiva grupal en segundo grado, con carácter previo a ser progresados a tercer grado, ni tiene legitimidad, ni tiene base normativa ni atiende a la praxis.

- Si es procedente hacer un programa específico de tratamiento o no es una cuestión que se prevé en el programa individualizado de tratamiento (PIT) de cada interno. La Fiscalía y los órganos jurisdiccionales invaden competencias cuando instan a la realización de programas específicos excediéndose en sus funciones. El recurso contra una progresión a tercer grado tiene por objeto revocar este tercer grado o no, pero no puede constituir una vía para ir más allá e imponer que se haga un programa específico, cuando no es objeto de recurso.

Aquello que es objeto de recurso es la progresión a tercer grado y, por tanto, el Tribunal Supremo debe ceñirse a confirmar o revocar la resolución administrativa de progresión a tercer grado. No es objeto de recurso una decisión administrativa de no realización de un programa específico. Sólo en caso de que el PIT de la persona privada de libertad previera que tiene que hacer un

programa o intervención específica, sin el cual no está preparada para vivir en semilibertad habría una base de legitimación para imponer la realización de un programa específico y discutir la progresión a tercer grado con relación a este programa.

El artículo 20.2 RP prevé que “la junta de tratamiento, con el informe previo del equipo técnico, debe contrastar los datos del protocolo y formular un programa individualizado de tratamiento sobre aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional, aplicación de medidas de ayuda, tratamiento y las que deban tenerse en cuenta para el momento de la liberación”. Por otra parte, el artículo 103 RP prevé que en el programa individualizado de tratamiento (en adelante PIT) “se tienen que cubrir las necesidades y carencias detectadas en el interno en los ámbitos señalados en el artículo 20.2 de este Reglamento. En el programa se señalarán expresamente los destinos, las actividades, los programas educativos, el trabajo y las actividades ocupacionales o de otro tipo que deba seguir el interno”. Parece que el recurso de la Fiscalía no pretende recurrir sólo contra la progresión al tercer grado, sino que se modifique el programa individualizado de tratamiento diseñado y previsto para las nueve personas privadas de libertad. En efecto, en la medida en que la Fiscalía pide no sólo que se revoque el tercer grado, sino que se les haga hacer un programa específico de tratamiento grupal, en realidad lo que está discutiendo es el PIT y que judicialmente se modifique este PIT, de manera que se incluya que dentro del PIT se deberá realizar el programa específico de tratamiento, sin tener legitimidad con relación a la determinación y a la realización de un programa específico.

- La realización de un programa de tratamiento individual o grupal no es preceptiva ni obligatoria. No hay ninguna norma que prevea la realización de un programa específico. Y en este sentido se pronuncia el JVP 5 de Cataluña en los diferentes autos de 19 de agosto de 2020 que confirman las progresiones a tercer grado cuando expresan que “el Reglamento Penitenciario no obliga al penado a realizar forzosamente programas específicos de tratamiento a nivel grupal o individual”, sino que la Administración penitenciaria

puede proponer que participe en alguno si los profesionales lo consideran necesario, pero el interno incluso puede declinar voluntariamente realizarlo. Por tanto, no existiendo la obligación de programa específico, es competencia exclusiva de los profesionales de prisiones que valoran el riesgo de reincidencia los que determinen proponer la realización de un programa específico e incluirlo en el PIT.

Partiendo de lo anterior, hay casos en que los profesionales de tratamiento de los centros penitenciarios proponen que el interno dentro de su PIT realice un programa específico con relación a la tipología y / o etiología delictiva (SAC, DEVI, Vígeo, VIDO y toxicomanías), y en otros casos no se considera necesario (el caso de las nueve personas privadas de libertad). Ahora bien, incluso en los casos en que se considera necesario un programa específico, no hay ninguna base normativa que obligue a realizar un programa específico de tratamiento en segundo grado como condición previa para acceder al tercer grado. La Administración Penitenciaria debe ofrecer los programas de tratamiento, pero no es obligatorio para la persona interna realizarlos.

En este sentido, en algunos casos se han clasificado inicialmente en tercer grado internos porque se consideraba que tenían que estar en tercer grado, pero con la condición de que en ese tercer grado se realizara el programa específico. En este sentido, hay varias resoluciones judiciales que acuerdan la clasificación inicial en tercer grado incidiendo en que el programa específico se puede realizar en semilibertad y que, por tanto, no es un motivo de revocación. También en este sentido las estadísticas demuestran que es una realidad, ya que en el mes de agosto del año 2020 un mínimo de 80 personas que estaban en tercer grado hacían el programa específico en semilibertad.

iii) Sobre la afectación a la libertad ideológica

En los recursos de la Fiscalía y en el auto del Tribunal Supremo se manifiestan dos circunstancias que afectan a la libertad ideológica de las personas penadas. En primer lugar, el hecho de exigir que, para la concesión del régimen flexible 100.2 RP, se tenga que establecer un programa de

tratamiento que esté conectado al delito por el que se produjo la condena. Y, en segundo lugar, el condicionamiento de los beneficios penitenciarios al reconocimiento del delito.

- Para la Fiscalía, e implícitamente también para el Tribunal Supremo, en la medida que estima el recurso de apelación presentado contra la resolución judicial del JVP que aprobó el programa de Forcadell, el tratamiento penitenciario de reinserción que se aplicará para obtener el régimen del artículo 100.2 RP consiste en inculcar a la condenada el respeto por la Constitución y las leyes como principio básico del estado democrático y de derecho. Esta intención de cambiar las ideas y las creencias de Forcadell (y, por extensión, si se repite, respecto de las otras personas condenadas a prisión), como condición para la obtención de un régimen penitenciario determinado en la puesta en marcha de un programa con esta finalidad, constituye una vulneración de la libertad ideológica que reconoce el artículo 16.1 CE y la libertad de pensamiento del artículo 9.1 CEDH.

- En efecto, tanto la CE (art. 16.1 CE) como el CEDH (art. 9.1) reconocen la libertad ideológica y la libertad de pensamiento, respectivamente. Y las dos normas también distinguen entre la dimensión interna y la externa de esta libertad, por lo que se admiten ciertas limitaciones sólo respecto a la manifestación de las ideas o las creencias, pero no respecto a su simple profesión interna. Así lo hace de manera explícita en el artículo 16.1 CE, que establece que “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley “. Y también el artículo 9 CEDH, que reconoce “el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, que implica “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado [...] “(ap. 1), pero que sólo prevé la posibilidad de establecer restricciones respecto a la “libertad de manifestar su religión o sus convicciones “(ap. 2).

- No es suficiente que en dicho auto el TS insista en que Forcadell no fue condenada

por su ideología independentista. El establecimiento de un programa que intente cambiar las ideas (su ideología constitucional) se convierte en condición para obtener un régimen penitenciario favorable. Sin duda, es un paso coercitivo, en el sentido del TEDH, destinado a imponerle unas determinadas ideas. Y también cumple claramente la condición que exige el TC para apreciar una vulneración de la libertad ideológica en su dimensión interna: la existencia de un nexo entre la actuación estatal y el contenido y el sostenimiento de estas ideas (la ideología constitucional de los presos), de modo que se establece una relación de causalidad entre ambos: el acto estatal y las ideas de Forcadell. En segundo lugar, en la misma vulneración de la libertad ideológica y de pensamiento incurre igualmente el hecho de condicionar la concesión de beneficios penitenciarios al reconocimiento del delito, como ha quedado indicado.

- Por lo tanto, reconocer el delito y asumir la responsabilidad, en este caso, no supone reconocer los hechos, ni acatar las consecuencias penales que se han derivado (cosas que las personas condenadas han hecho), sino que implica renunciar a la propia ideología. Y, en la medida en que se establezca como una condición para obtener un determinado tratamiento penitenciario, la exigencia de renunciar a la propia ideología debe considerarse una vulneración de la libertad ideológica, en el sentido que indican tanto el Tribunal Constitucional como el TEDH.

iv) Afectación del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de igualdad

De las consideraciones anteriores relativas a la ilicitud de requerir de las personas condenadas una renuncia a su ideología -sea a través de la inculcación de determinadas ideas o de la asunción de una ideología constitucional que no compartiese derivan dos vulneraciones adicionales de derechos fundamentales.

- Por un lado, exigir que se sometan a un programa de reinserción, configurado como un programa de reeducación ideológica, con el fin de inculcarles determinadas ideas, supone exigir un requisito para

acceder a un determinado tratamiento penitenciario, en forma de régimen o, en el futuro, de progresión de grado, que no está previsto en la legislación. Y no sólo porque no figura entre los requisitos y condiciones que establece la legislación penitenciaria con relación al tratamiento penitenciario (art. 59 a 72 LOGP), ni porque la participación de los internos en los programas tenga en general un carácter voluntario, sino porque la ley tampoco podría exigir este tipo de programas, en la medida en que vulneran la libertad ideológica y de pensamiento garantizada por la Constitución y el CEDH, como se ha señalado.

- Lo mismo sucede respecto a la exigencia (en forma de condicionamiento para acceder a un determinado tratamiento penitenciario) de reconocer el delito, en los términos que también se han señalado. En este caso también se debe hacer notar que el reconocimiento del delito (tanto si se refiere a los hechos o a su calificación jurídica) tampoco figura en la legislación penitenciaria como requisito o condición para la aplicación del régimen del artículo 100.2 RP o de la progresión en la clasificación penitenciaria. De este modo, en caso de que un órgano judicial exija estas condiciones, fuera de las previsiones legales y, además, con violación de un derecho fundamental, se estaría vulnerando el derecho a una tutela judicial efectiva, en el sentido de obtener una resolución por parte de los tribunales fundamentada en derecho (art. 24.1 CE).

- Por otra parte, exigir con relación a las personas condenadas por la Sentencia 459/2019 unas condiciones adicionales o reforzadas, también supone una diferencia de trato que vulnera el derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 CE y el artículo 1 del protocolo n. 12 del CEDH, en la medida en que el factor diferenciador es sólo subjetivo, con referencia a estas personas condenadas, y por tanto no es ni objetivo ni razonable.

v) Sobre la duración y cumplimiento de la pena

Es cierto que la no imposición del periodo de seguridad por parte del Tribunal Supremo no excluye automáticamente que la duración de la pena no deba ser

considerada a la hora de progresar a tercer grado, ya que, al fin y al cabo, es una de las variables del artículo 102 RP y 63 LOGP. Ahora bien, en el caso de las nueve personas condenadas, la revocación del tercer grado en base al tiempo de cumplimiento o duración de la pena no tiene razón de ser.

La Fiscalía aduce respecto a todas las personas que la progresión a tercer grado es prematura. Con relación a los que no han cumplido la cuarta parte de la pena se sostiene que es del todo anómalo progresar a tercer grado sin haber disfrutado previamente de permisos de salida. Y respecto a los que sí tenían la cuarta parte cumplida y que habían disfrutado de permisos, Jordi Sànchez y Jordi Cuixart, también es prematura la clasificación en tercer grado, ya que ha transcurrido poco tiempo desde la cuarta parte, por lo que justamente al mismo tiempo se sostiene que la gravedad de los hechos y de la pena determinan que el acceso al tercer grado sea demasiado inicial. A este respecto hay que oponer lo siguiente:

- El curso y la praxis habitual es que quien haya disfrutado de un régimen de vida del artículo 100.2 RP se le progrese a tercer grado, aunque no haya cumplido la cuarta parte de la pena y, correlativamente, no haya disfrutado de permisos. En este sentido, las estadísticas demuestran que en agosto de 2020 cerca de una tercera parte de las personas clasificadas en tercer grado habían disfrutado previamente del régimen flexible del artículo 100.2 RP, como es el caso de las nueve personas privadas de libertad.

- Lo anómalo es progresar a tercer grado, sin haber disfrutado de permisos ni del régimen de vida del artículo 100.2 RP, pero, aún así, si el interno cumple las condiciones es progresado. En este sentido, hay resoluciones de los JVP.

La praxis penitenciaria tiene amparo normativo, el cual no exige que para ser progresado a tercer grado deba tener la cuarta parte de la condena cumplida y haber disfrutado de permisos. Por el contrario, el artículo 104 RP, para ser clasificado en tercer grado, sólo exige que si no se tiene la cuarta parte de la pena cumplida la persona privada de libertad tenga un entorno y un historial

especialmente favorables. Cuando es así la persona privada de libertad puede ser progresada a tercer grado sin la cuarta parte e incluso ser clasificada inicialmente en tercer grado. En este sentido hay resoluciones judiciales.

Finalmente, con relación al tiempo de cumplimiento, es de aplicación lo expuesto en el párrafo 28, ya que no es lo mismo tener una condena de 9 años que una condena de 13 años, lo cual es obviado por la Fiscalía, ya que interpone recurso indiscriminadamente por este motivo respecto a todas las personas condenadas, sin discernir las situaciones de cumplimiento.

En este sentido, cabe destacar la situación de cumplimiento, por ejemplo, de Jordi Sànchez, respecto de la cual el JVP 5, a la hora de confirmar la decisión administrativa de tercer grado, por auto de 19 de agosto de 2020, recoge que desde el 14 de enero de 2020 Sànchez tiene la cuarta parte de la pena cumplida e incide en que “el interno lleva un largo periodo ingresado en prisión, concretamente dos años y nueve meses, lo que parece no tener en cuenta el Ministerio Fiscal” (fundamento jurídico quinto, pág. 8, del auto). Y lo mismo se dice en relación con Jordi Cuixart, respecto del cual, por auto de 19 de agosto de 2020, el JVP 5 también confirmó el tercer grado.

vi) Motivos de revocación de carácter más teórico alegados por la Fiscalía

Aparte de los tres motivos indicados, la Fiscalía solicita la revocación del tercer grado alegando argumentos y motivos que, además de ser de naturaleza más teórica, aducirlos es tanto como desconocer lo que supone cumplir pena de prisión. Parece que sostiene que si las nueve personas condenadas no están en segundo grado no están soportando y cumpliendo la pena privativa de libertad. En este sentido, se aduce respecto a todos los recursos que, como las nueve personas privadas de libertad ya se encuentran reinsertadas, el tercer grado supone impunidad y que sólo con internamiento efectivo la pena de prisión puede desplegar un efecto intimidatorio (prevención especial negativa). A continuación, introduce elementos como gravedad del delito, gravedad de los hechos o el bien

jurídico protegido para sostener que el tercer grado no es procedente, ya que supone un “vaciado del contenido de la pena”.

El razonamiento de la Fiscalía es tal como negar que están privados de libertad. O a la inversa, es tal como afirmar que con el tercer grado las personas condenadas han recuperado la libertad. La Fiscalía omite considerar que el tercer grado es un régimen de semilibertad y, por tanto, cualquier persona privada de libertad que se encuentre en tercer grado en régimen de semilibertad, en la modalidad que sea pero especialmente cuando es una modalidad restringida o consistente en acudir cuatro días a la semana y permanecer 8 horas en el centro penitenciario, no está en libertad.

El tercer grado es cumplimiento de pena de prisión, es verse privado de la libertad deambulatoria y verse privado de la libertad de decisión sobre qué hacer, dónde ir, etc. El tercer grado requiere compromiso, esfuerzo y constancia por parte de la persona privada de libertad, ya que de su conducta depende el mantenimiento de la confianza del régimen de semilibertad. El régimen de tercer grado no se reduce a pernoctar en el centro penitenciario y utilizar las horas que se mantiene fuera del recinto penitenciario según convenga. Al contrario, supone una supervisión y una exigencia individualizadas muy elevadas y un nivel máximo de responsabilidad, que no todos los internos tienen la capacidad de cumplir.

Tampoco el razonamiento genérico y teórico sobre las finalidades de la pena no puede suponer un motivo de revocación, y más cuando el Tribunal Supremo, en la sentencia condenatoria, declaró por primera vez que el periodo de seguridad que impide el acceso al tercer grado hasta la mitad de la condena es un instrumento que sólo puede operar y aplicarse desde una perspectiva de peligrosidad y riesgo de reincidencia, habiéndose descartado, por tanto, que el acceso al tercer grado sea una cuestión de retribución o que tenga que estar vinculado a finalidades de la pena desde una vertiente de prevención general o prevención especial negativa;

aparte de que la normativa penitenciaria vincula el mecanismo a la finalidad de reinserción y, desde esta óptica, deben ser ponderados, tal como hacen los autos de los JVP 1 y 5.

En este sentido, el auto del JVP 1 de 27 de octubre, que confirma la progresión a tercer grado de Forcadell, recuerda que “el paso a un grado penitenciario más favorable es una posibilidad legal de extinción de penas privativas de libertad que resulta idónea cuando se dan determinadas circunstancias y se han cumplido determinados objetivos o finalidades del tratamiento penitenciario, pues no puede eludirse que el tercer grado penitenciario no es una gracia, o un indulto atenuado, sino una modalidad de cumplimiento en tanto se ha progresado en otras fases iniciales, en la observación, integración, y readaptación social”.

4.2. SOBRE EL EFECTO SUSPENSIVO DEL TERCER GRADO

Aunque la progresión a tercer grado de las nueve personas privadas de libertad ha sido confirmada formalmente por los juzgados de vigilancia penitenciaria, materialmente esta progresión ha sido casi inexistente en el caso de Sánchez, Cuixart, Junqueras, Romeva, Rull, Turull y Forn. El 28 de julio, catorce días después de ser progresados a tercer grado, el JVP 5 acordó suspender la aplicación del tercer grado y ordenó el ingreso en Lledoners con motivo de que la decisión de progresión había sido impugnada por la Fiscalía. El 19 de agosto el JVP 5 confirmó la progresión a tercer grado y declaró que a estas siete personas les corresponde estar en tercer grado.

Sin embargo, acordó mantener la decisión de suspender la aplicación del tercer grado debido a que no era firme “hasta que lo resuelva el tribunal sentenciador en fase de apelación, ésto es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”. En contraposición, en el caso de Forcadell y de Bassa el régimen de semilibertad de la progresión a tercer grado ha sido y es una realidad, ya que el 31 de julio el JVP 1 denegó el efecto suspensivo y, una vez confirmó la decisión de la progresión a tercer grado, en fecha 2 de noviembre

volvió a denegar el efecto suspensivo del recurso de apelación de la Fiscalía.

La norma que regula el efecto suspensivo del tercer grado, y que ha sido interpretada y aplicada de manera diferente por los dos JVP, es poco clara con una redacción deficiente, lo que ha dado lugar a que en el caso de las nueve personas privadas de libertad se hayan producido situaciones desiguales, como que todas tengan confirmado el tercer grado, pero que a siete se les haya suspendido y a dos, no. Ante dos situaciones idénticas, dos JVP independientes y autónomos adoptan decisiones opuestas, con la correlativa inseguridad jurídica y situación de incertidumbre que provoca en función del operador jurídico que resuelva.

Más allá de la situación objetivamente desigualitaria hay que considerar que si se declara que a unas personas privadas de libertad les corresponde estar en tercer grado, pero materialmente este tercer grado no se disfruta, entonces estamos ante una declaración meramente simbólica. Los mecanismos de reinserción y los beneficios penitenciarios se aplicarán materialmente. No se pueden quedar en un reconocimiento formal, pero sin ninguna eficacia a causa del recurso del fiscal.

Del mismo modo que lo que caracteriza a un estado de derecho no es que las normas reconozcan derechos a los ciudadanos, sino que estos derechos efectivamente se ejerzan y sean una realidad, y en caso de no ser así que se prevean garantías para poder materialmente reivindicar estos derechos. Un sistema penitenciario se caracteriza porque efectivamente las personas privadas de libertad disfruten de los mecanismos de reinserción y beneficios penitenciarios que por norma les corresponde.

La petición de suspensión de la aplicación del tercer grado, y la decisión por parte del JVP que la acuerda, se han producido en dos momentos diferenciados. En efecto, la Fiscalía ha interpuesto dos recursos respecto de cada una de las nueve personas privadas de libertad en relación con su progresión a tercer grado. Por un lado, se interpuso un primer recurso contra la decisión administrativa de progresión a tercer grado de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima. Ya en

este recurso se solicitó que se dejara en suspenso el tercer grado mientras se tramitaba el recurso. Por otra parte, en un segundo momento, se interpone recurso de apelación contra los autos del JVP que desestiman los recursos de Fiscalía y confirman la decisión de la Secretaría, y se vuelve a pedir que se suspenda la aplicación del tercer grado mientras el tribunal sentenciador no resuelva el recurso.

El Tribunal Supremo, además de tener que resolver los recursos de la Fiscalía sobre si procede o no el tercer grado (cuestión de fondo), también tiene pendiente resolver los recursos de la fiscal y las defensas sobre si mientras se tramitan recursos se debe suspender la aplicación del tercer grado (efecto suspensivo), cuestionando si el Tribunal Supremo tiene competencia para resolver sobre el efecto suspensivo si nos atenemos a una interpretación literal de la norma, que expresamente recoge que la Audiencia Provincial tendría posibilidad de pronunciarse.

Además, resulta excesiva la petición formulada por la Fiscalía directamente ante el Tribunal Supremo, una vez conocida la decisión del JVP 1, para que acuerde la suspensión del tercer grado de Bassa y Forcadell, ya que en todo caso lo que procede es interponer recurso de apelación contra el auto de este juzgado de 2 de noviembre, que desestima el efecto suspensivo, acordado por el JVP 5 con relación al primer recurso, y también con relación al recurso de apelación, ya que no tenía amparo normativo, y jurisprudencial, dado que se hace una interpretación no respetuosa de la ley y con un grave perjuicio a los derechos de las personas.

4.2.1. Sobre la suspensión de la aplicación del tercer grado a causa del recurso de la Fiscalía con relación a la decisión administrativa

El efecto suspensivo de la aplicación del tercer grado se ha solicitado y se ha aplicado atendiendo a lo dispuesto en la disposición adicional 5ª, apartado 5, de la Ley orgánica del poder judicial (en adelante, DA 5ª, apartado 3), que prevé que “cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad

condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre que se trate de condenados por delitos graves, el recurso tiene efecto suspensivo que impide la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso”. Partiendo de esta premisa, hay que considerar lo siguiente:

- El efecto suspensivo sólo está previsto en caso de que se interponga única y exclusivamente recurso de apelación contra el auto del JVP, por ningún otro tipo de recurso.

- El efecto suspensivo sólo se prevé en relación con un auto del JVP, es decir que no se ejecute una determinada decisión judicial, pero no se prevé que se pueda suspender la ejecutividad de la decisión administrativa. Lo prevé literalmente la DA 5ª.

Las premisas anteriores son las que aduce el JVP 1 en resolución judicial motivada de 30 de julio cuando deniega la petición de la Fiscalía que con el primer recurso contra la decisión administrativa se solicita que se suspenda la aplicación del tercer grado acordado en decisión administrativa, amparándose en una aplicación analógica de la DA 5ª, y aduciendo que si se prevé el efecto suspensivo del recurso de apelación también analógicamente puede acordarse respecto de otros recursos.

El JVP 1, por auto de 30 de julio de 2020, consideró que debía atenerse a una aplicación literal de la ley, sin que estuviera justificada una aplicación analógica en contra de reo que restringiera derechos y contraviniera el principio de legalidad, indicando que no hay precedentes jurisprudenciales que hayan aplicado el efecto suspensivo con el primer recurso interpuesto por la Fiscalía y antes de que dicte auto el JVP por el que decida si procede este tercer grado o no.

Además de los razonamientos del auto, hay que considerar que esta DA 5ª se incardina en la Ley orgánica del poder judicial, que tiene por objeto la regulación de las actuaciones judiciales y sus efectos, pero las actuaciones de la Administración pública y los efectos y ejecutividad de las decisiones administrativas se regulan en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la

jurisdicción contencioso administrativa (artículo 129 y siguientes), por lo que no se pidió la aplicación de esta norma, que, como mínimo, habría permitido a las defensas poder formular alegaciones, cosa que no sucedió, y el JVP 5 acordó su ingreso en Lledoners sin escuchar a las defensas ni darles la oportunidad de ser escuchadas respecto al efecto suspensivo.

En efecto, en contraposición a la decisión del JVP 1, el JVP 5 dicta provisión por la que aplica el efecto suspensivo seis días después de que el Tribunal Supremo dictara el auto de 22 de julio con relación al artículo 100.2 RP relativo a Forcadell y en el que se ponía de manifiesto un cierto recelo hacia los JVP (véase párrafos 11 y 12), y se aborda el efecto suspensivo en relación al 100.2 RP cuando este efecto suspensivo ni era discutido, ni tenía relación, ni había ningún motivo para que el Tribunal Supremo se posicionara.

La alusión a los JVP por parte del Tribunal Supremo en el auto del 22 de julio no ha sido inocua, si se tiene presente que el JVP 5 aplica un efecto suspensivo sin precedente, sin que esté regulado por la DA 5ª, entre otros motivos, alegando que el auto del Tribunal Supremo dice que es el órgano sentenciador el que minimiza el riesgo de progresiones arbitrarias y que no se puede eludir el control del órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena.

El JVP 5, en vista de lo que manifiesta el Tribunal Supremo, dispone que está claro que “cualquier cuestión que se refiera a la clasificación de los penados, a la que ahora se añade la aplicación del artículo 100.2 RP es competencia exclusiva del tribunal sentenciador en lo que a recursos de apelación se refiere, según la DA 5ª- LOPJ, lo que implicará que en cualquier fase de tramitación en que se encuentren dichos recursos se aplique el efecto suspensivo”. En vista del razonamiento, el auto pone de manifiesto que la decisión de efecto suspensivo que no se había producido nunca antes está condicionada por los razonamientos del Tribunal Supremo, por lo que deja vacías de contenido las decisiones de los juzgados de vigilancia penitenciaria a costa de lo que diga el tribunal sentenciador.

Tanto la decisión del efecto suspensivo del JVP 5 como la posición de la Fiscalía al solicitar un efecto suspensivo que no se conoce que hubiera sido solicitado antes respecto a ningún interno en Cataluña lesionaron derechos fundamentales. En primer lugar porque la decisión que perjudicaba a siete personas privadas de libertad se adoptó sin que las defensas tuvieran posibilidad de discutir esta petición y de oponerse, de forma que se infringió el artículo 24 CE.

En segundo lugar, la decisión restrictiva de derechos se adopta sin una base normativa que prevea este efecto suspensivo, aplicando la analogía en contra del ciudadano privado de libertad, teniendo en cuenta que la ley sólo prevé la posibilidad de suspender la aplicación del tercer grado una vez ya se ha dictado auto que confirma este tercer grado, pero no antes; aparte de que los razonamientos aducidos por el JVP 5 en el auto de 11 de agosto, que trata de defender el efecto suspensivo acordado el 28 de julio, carecen de rigor y de base interpretativa.

i) Se dice que la DA 5ª, apartado 5, ha sido siempre de interpretación difícil. Es cierto, ahora bien, que la difícil interpretación y discusión sobre cómo aplicar el efecto suspensivo se ha ceñido siempre con relación al recurso de apelación y la suspensión de la aplicación del tercer grado a partir del momento en que hay un auto del JVP y no antes. Cabe destacar que, en este sentido, es ilustrativo que el auto, para tratar de fundamentar que también procede el efecto suspensivo con relación al primer recurso, cite únicamente las conclusiones de unas jornadas de la Fiscalía del año 2011, y ninguna resolución judicial, y menos jurisprudencia menor consolidada.

ii) Se dice que hay una laguna legal en la jurisdicción de vigilancia penitenciaria ya que no existe una normativa específica procesal y que, por tanto, “debe acudir de forma asimilable / supletoria / analógica / complementaria a normas procesales”. El razonamiento no es correcto. Una cuestión es que no haya una ley procesal, lo cual es cierto, y otra cuestión es que haya una laguna legal en relación con el efecto suspensivo de la aplicación del tercer grado, que no es el caso.

Aunque no haya una ley procesal en materia de vigilancia penitenciaria existe una norma que regula expresamente cuando se suspenderá la aplicación del tercer grado de un interno. Esta es la DA 5ª, que declara que excepcionalmente se suspende la aplicación de este tercer grado sólo con relación al recurso de apelación y bajo ciertas condiciones, por lo que el mismo auto reconoce que la DA 5ª, es una norma reguladora de los recursos. Por tanto, no hay ninguna laguna que se tenga que suplir con criterios de analogía o complementariedad, y menos cuando perjudican a la persona privada libertad.

iii) Se dice que se considera que “las normas procesales administrativas y las contencioso-administrativas nada tienen que ver con vigilancia penitenciaria”. El razonamiento no exterioriza en que se basa para considerar que la normativa administrativa no opera en el JVP, cuando justamente tienen por objeto controlar la legalidad de la actuación de la Administración penitenciaria, teniendo en cuenta, además, que este razonamiento choca frontalmente con la praxis judicial. Por ejemplo, en la XII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria se acordó que para determinar cuál es el plazo para recurrir contra las decisiones administrativas ante el JVP se debía aplicar y operaba la Ley reguladora de la jurisdicción contenciosa. En el mismo sentido, las audiencias provinciales que resuelven materia penitenciaria dictan autos que aplican normativa administrativa.

Una vez analizado que la decisión de efecto suspensivo del tercer grado con el recurso de la Fiscalía contra la decisión administrativa de progresión a tercer grado no tenía precedente, que vino condicionada por auto de 22 de julio, y que no hay base normativa ni de técnica jurídica ni interpretativa que justifique la decisión, más allá de que obedezca a una relación de autoridad y a tratar de preservar el pronunciamiento del Tribunal Supremo, también falta abordar la decisión de suspensión de la aplicación del tercer grado una vez que ya se han dictado autos de los JVP que confirman que a las nueve personas privadas de libertad les corresponde estar en este grado.

4.2.2. Sobre la suspensión de la aplicación del tercer grado a causa del recurso de apelación de la Fiscalía contra los autos que confirman la progresión a tercer grado

En caso de que una clasificación a tercer grado, vía clasificación inicial o vía progresión, sea impugnada por la Fiscalía, la regla general es que el tercer grado se continúe ejecutando. La excepción es el efecto suspensivo. La suspensión de la aplicación de un tercer grado que ha sido otorgado por la Administración penitenciaria debido al recurso de la Fiscalía se configura como un supuesto excepcional. Del hecho, de que es excepcional se desprende cuando la DA 5ª, apartado 5, prevé que para suspender la aplicación del tercer grado deben concurrir acumulativamente dos condiciones: que la situación de tercer grado comporte una situación que “pueda dar lugar a la excarcelación del interno” y “siempre que se trate de condenados por delitos graves”. Esta naturaleza excepcional también ha sido declarada por los tribunales (p.ej. auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 21, 170/2018 de 29 de enero).

En el caso de las nueve personas condenadas, es palmario que falta la primera condición consistente en que la resolución judicial “pueda dar lugar a la excarcelación del interno”, además de que la situación de excarcelación debe ser imputable a la decisión del órgano judicial, que tampoco es el caso, por lo que el JVP 1 por auto de 2 de noviembre denegó suspender la aplicación del tercer grado que había sido concedido por la Administración penitenciaria.

En este auto se parte de la premisa de que la DA 5ª, apartado 5, prevé que “el recurso tiene efecto suspensivo” en los casos en que “la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno”. El auto se inclina por una interpretación y aplicación literal del precepto y considera que sólo en el caso en que se hubiera mantenido en segundo grado a estas personas, y que por vía de recurso de las defensas el JVP hubiera estimado que sí era procedente el tercer grado, y eso hubiera comportado la salida, se podría suspender el tercer grado. Sin embargo, no es el caso, ya

que recalca que “el auto no ha creado tal situación de grado sino que la ha ratificado”. Esta posición es la mantenida también en supuestos de libertad condicional e incluso en el 100 RP por otros JVP.

En el caso de las nueve personas privadas de libertad la situación de tercer grado ya existía, era previa al auto, y por tanto, en la medida en que no es el auto del JVP el que ha acordado este tercer grado y que ha dado lugar a la salida de las personas privadas de libertad, sino que se ha limitado a confirmar una situación de semilibertad, no concurre la presuposición para aplicar el efecto suspensivo. De hecho, este apartado 5 de la DA en que se introduce el efecto suspensivo en determinadas condiciones se introdujo mediante la Ley Orgánica 7/2003, como reacción ante la decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao de conceder el tercer grado y libertad condicional a un interno por un delito muy grave cuando la junta de tratamiento y centro directivo habían acordado un segundo grado, y fue debido al auto que el interno salió en tercer grado.

Aparte de lo anterior, y además de lo indicado en el auto del JVP 1, más allá de que no es causa del auto del JVP que las personas privadas de libertad salieron de la cárcel en semilibertad, tampoco se da la condición de excarcelación. Los tribunales ya han declarado que un tercer grado no conlleva automáticamente una excarcelación, y que para suspender este tercer grado la ley exige esta excarcelación. Así pues, los tribunales han considerado que sólo determinadas situaciones de tercer grado son situaciones en las que la relación con el centro penitenciario se diluye y puede considerarse materialmente una excarcelación como el tercer grado con aplicación del régimen de vida del artículo 86.4 RP o el tercer grado con pernocta en una unidad dependiente, pero acudir y permanecer diariamente cuatro días a la semana 8 horas no es una excarcelación.

En contraposición al auto del JVP 1 de 2 de noviembre que resuelve sobre el efecto suspensivo debido al recurso de apelación, el JVP 5, en auto de 19 de agosto, confirma el efecto suspensivo debido al recurso, si bien no justifica que concurren todos los presupuestos que exige la ley para dejar excepcionalmente sin efecto la aplicación de un tercer grado.

Con independencia de los motivos técnicos, presididos por el principio de legalidad, que concurren para sostener que no era procedente el efecto suspensivo en ningún momento durante la tramitación de los recursos, hay que recalcar que las normas deben ser interpretadas conforme a la realidad social del supuesto al que se pretende aplicar (artículo 3 del Código civil). La aplicación y la interpretación de la ley no es una operación aritmética, sino que debe considerarse el supuesto, la realidad social y las consecuencias, lo que en materia penitenciaria es aún más relevante teniendo en cuenta los bienes jurídicos y las afectaciones vitales y personales no sólo para la persona privada de libertad, sino también para su entorno. En este sentido, hay que recalcar que se debe hacer una interpretación restrictiva de la DA, apartado 5, ya que si a una persona privada de libertad se le aplica el tercer grado, entre otros motivos porque tiene un puesto de trabajo, y posteriormente se le suspende, pierde su trabajo, aunque el tribunal sentenciador confirme este tercer grado.

Esto último tiene aún más relevancia si consideramos que no se acordó nunca el efecto suspensivo del régimen flexible, ni se discutió en la tramitación de los recursos, y aunque esta cuestión no estaba en el debate ni era objeto de pronunciamiento, el Tribunal Supremo, en el auto de 22 de julio de 2020, viene a decir, en un tipo de aviso, sin que hubiera ningún motivo que justificara que entrara en la cuestión, y más en los términos en que lo hizo, que el régimen flexible, en caso de recurso de la Fiscalía, también se suspenderá.

De esta manera con el efecto suspensivo se neutraliza tanto el tercer grado como el régimen flexible hasta que el Tribunal Supremo resuelva en breve o en futuras ocasiones de nuevo sobre estos nuevos mecanismos, obviando el grave perjuicio que esto provoca no sólo a las nueve personas privadas de libertad, sino a todas las personas privadas de libertad a quienes se les haya aplicado un régimen flexible o tercer grado y, debido al recurso del Ministerio Fiscal, no podrán salir a trabajar o a hacer la actividad que necesiten a criterio de los profesionales de tratamiento, con la correspondiente interrupción laboral, familiar y personal que ello conlleva.

5. CONCLUSIONES

El principio inspirador del cumplimiento de las penas privativas de libertad es la consideración de que el interno es un sujeto de derechos, reconocimiento que viene recogido en el art. 25.2 CE. En cuanto a la libertad ideológica, está prohibida la discriminación por estos motivos en los art. 3 LOGP y 4 RP. Cualquier actuación de la Administración o decisión judicial que ataque a la libertad ideológica o de pensamiento se convierte en una clara ofensa a los derechos más fundamentales de los internos.

En efecto:

- La aplicación del régimen del artículo 100.2 RP y la progresión a tercer grado por parte de la Administración penitenciaria catalana eran y son ajustadas a derecho. A las nueve personas condenadas les correspondían estos mecanismos, teniendo en cuenta que todas las propuestas y decisiones han sido confirmadas por tres juzgados de vigilancia penitenciaria diferentes e independientes (párrafos 21 y 22). Los reproches de que son mecanismos que se han aplicado porque obedecen a un favoritismo no tienen fundamento, ya que la aplicación es coherente con la política penitenciaria catalana que promueve estos mecanismos.
- Antes de la aplicación del régimen flexible del artículo 100.2 RP a las nueve personas condenadas por la sentencia del proceso dentro del sistema penitenciario catalán nunca se había remitido al Tribunal sentenciador el recurso de apelación de la Fiscalía con relación al mecanismo del artículo 100.2 RP. Esta es la primera vez que el Tribunal Supremo establece que son los tribunales sentenciadores los competentes para ser concededores en última instancia del régimen flexible del artículo 100.2 RP.
- Antes de la aplicación del tercer grado a las nueve personas condenadas tampoco se había aplicado nunca el efecto suspensivo con motivo del recurso del Fiscal contra la decisión administrativa, y la primera vez fue con relación a las siete personas que cumplen pena en Lledoners, y teniendo en cuenta que esta decisión, sin base normativa y jurisprudencial, ha venido condicionada por el auto del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2020, por lo que estas personas han sufrido un agravio y una situación desigual (párrafos 60 a 61), y se les han lesionado los derechos.
- El Tribunal Supremo, como órgano sentenciador, se ha autodeclarado competente para tener conocimiento sobre cuestiones penitenciarias y mecanismos de reinserción en detrimento de las audiencias provinciales, que tenían una sección especializada en materia penitenciaria, aludiendo que el tribunal sentenciador no puede perder el control sobre el cumplimiento y la ejecución de la pena. En este sentido, se ha declarado competente para ser concededor del régimen flexible del artículo 100.2 RP, y también, sin ser objeto de recurso ni de pronunciamiento en el auto de 22 de julio, establece que el efecto suspensivo también opera con relación al artículo 100.2 RP.
- El Tribunal Supremo expresa una cierta falta de confianza hacia los jueces de vigilancia penitenciaria -órganos especializados con sensibilidad y formación específica, que valoran, desde una óptica más objetiva, la evolución de la persona privada de libertad, porque no están contaminados por sesgo de hechos y presencialidad del juicio e imposición de pena, y la concesión de mecanismos de reinserción-, en favor de los tribunales sentenciadores, con lo cual se resiente la garantía del juez de vigilancia penitenciaria que vela por los intereses y derechos de las personas privadas de libertad.
- El Tribunal Supremo introduce circunstancias que no prevé la norma para resolver sobre los mecanismos de reinserción y que son contrarias al principio de legalidad (párrafo 24 a 28). Y, en esta misma línea, la Fiscalía focaliza la ponderación del tercer grado en elementos que son propios de la sentencia condenatoria y de la imposición de pena, como la gravedad de los hechos o el desvalor de las conductas (párrafos 24 a 26 y 28), y hace interpretaciones restrictivas en relación con el artículo 100.2 RP que pueden conllevar que las personas privadas de libertad se vean afectadas.

■ Exigir que las personas condenadas se sometan a un programa de reinserción, configurado como un programa de reeducación ideológica, con el fin de inculcarles determinadas ideas, supone exigir un requisito para acceder a un determinado tratamiento penitenciario, en forma de régimen o, en el futuro, de progresión de grado, que no está previsto en la legislación. Y no sólo porque no figure entre los requisitos y condiciones que establece la legislación penitenciaria con relación al tratamiento penitenciario.

■ Renunciar a la propia ideología debe considerarse una vulneración de la libertad ideológica, en el sentido que indican tanto el Tribunal Constitucional como el TEDH. Lo mismo sucede respecto a la exigencia (en forma de condicionamiento para acceder a un determinado tratamiento penitenciario) de reconocer el delito, en los términos que se han señalado. En este caso también se debe hacer notar que el reconocimiento del delito (tanto si se refiere a los hechos o a su calificación jurídica) tampoco figura en la legislación penitenciaria como requisito o condición para la aplicación del régimen del artículo 100.2 RP o de la progresión en la clasificación penitenciaria.

■ Con relación a la aplicación del artículo 100.2 RP en el auto de 22 de julio de 2020 se ha hecho una interpretación más restrictiva del artículo 100.2 RP de lo que habían estado haciendo las audiencias provinciales (párrafos 34 a 39), si bien siguiendo ciertas pautas no habría inconveniente en hacer una nueva propuesta del artículo 100.2 RP o del artículo 117 RP, respecto del cual no hay discusión sobre la competencia, de la que sí que había es en relación con el artículo 100.2 RP, si bien no en Cataluña.

■ Los motivos aducidos por la Fiscalía para recurrir ante el Tribunal Supremo contra las progresiones a tercer grado están focalizados en el discurso de las personas privadas de libertad, sin ponderar datos objetivos como la conducta y la situación de las nueve personas privadas de libertad (párrafos 48 a 51), teniendo en cuenta que, a través del recurso contra la progresión a tercer grado, se pretende excediendo el recurso exigir un programa específico de tratamiento, que, además, consideran que

debe ser grupal y en segundo grado, sin base normativa ni jurisprudencial que permita sostener esta exigencia como condición indispensable para acceder al tercer grado (párrafos 52 a 54), y sin que se individualice respecto de la situación y el cumplimiento de cada uno.

■ La posición de la Fiscalía consistente en calificar la situación del tercer grado como un vaciado de la pena equivalente a una situación de impunidad no es un motivo de revocación, ya que es como desconocer que el tercer grado es cumplimiento de pena, teniendo en cuenta que es un régimen de semilibertad, y que las personas clasificadas en este grado no tienen la libertad deambulatoria, que las afirmaciones sobre retribución y prevención general o especial negativa son argumentos teóricos, y que los fines de la pena ya se cumplen con la concreta condena y pena impuesta, ya que la normativa penitenciaria apuesta por la finalidad de reinserción.

Las situaciones objetivas recogidas en las conclusiones anteriores a partir de las decisiones judiciales y actuaciones procesales que se han producido en relación con las nueve personas condenadas trascienden el caso concreto y tienen impacto en todo el sistema penitenciario catalán, y también en las más de 8.000 personas en calidad de condenadas que hay en las cárceles catalanas, al igual que las acciones y decisiones que la Administración catalana pueda tomar de nuevo con relación a estas nueve personas privadas de libertad también repercutirán en el resto de personas internas, teniendo en consideración la actuación procesal de la Fiscalía, del JVP 5 de Cataluña y del hecho de que el Tribunal Supremo ya ha dado ciertas pautas de actuación a los JVP; pautas que suponen una regresión en materia de derechos y mecanismos de reinserción. En este sentido, es conveniente considerar lo siguiente:

■ El protagonismo que se ha atribuido el Tribunal Supremo a fin de no perder el control de la ejecución de la sentencia y la manera de cumplir la pena de prisión conlleva una pérdida de garantía para todos los internos privados de libertad que cumplen pena de prisión, ya que, a raíz de las personas condenadas por el caso del procés, la decisión última sobre el régimen

flexible no la tendrá la Audiencia Provincial, sección especializada, sino que resolverá el tribunal sentenciador, no sólo con sesgo de contaminación, sino también con el sesgo de que fuera de Cataluña la política penitenciaria apuesta mucho menos por mecanismos de reinserción, por lo que con la decisión se perjudica a la persona privada de libertad.

- En sentido similar, el efecto suspensivo en materia de tercer grado y régimen flexible conllevará una disrupción y una desestabilización para todas las personas a las que se les aplicará este efecto suspensivo a raíz de los acontecimientos y las actuaciones judiciales recaídas, teniendo en cuenta que algunos JVP ya han comenzado a acatar a la directriz del Tribunal Supremo y a aplicar efecto suspensivo a otras personas privadas de libertad con el consiguiente perjuicio irreparable como es, por ejemplo, la pérdida de un empleo.

Pese a lo anterior, evidentemente, la política penitenciaria catalana debe continuar en la dirección de aplicar mecanismos de reinserción, si bien sería conveniente que las propuestas del mecanismo que se considere oportuno no fueran en unidad de acción (misma fecha y misma propuesta de mecanismo). Además, es más habitual en la praxis penitenciaria

que diferentes personas privadas de libertad condenadas en un mismo procedimiento sean valoradas por diferentes juntas de tratamiento, con diferentes fechas y propuestas de mecanismos, atendiendo al principio de individualización científica.

Finalmente, atendiendo a la situación y en vista de las resoluciones dictadas y que se puedan dictar, puede ser una buena ocasión para revisar las circulares aprobadas por la Secretaría en materia de régimen flexible y del artículo 117 RP. En cuanto al régimen flexible, la circular es del año 2005 y recoge elementos que no tienen aplicación práctica en la praxis actual como es que se haga referencia a que, para aplicar el mecanismo, se valorará que los internos hayan disfrutado de salidas, elemento que en 2005 sí que exigían los profesionales, pero que hoy en día esta exigencia ha decaído, y es un ejemplo de esta realidad algunas de las personas condenadas en el proces.

También sería una buena oportunidad para impulsar aún más la aplicación del artículo 100.2 RP. Con relación al mecanismo del artículo 117 RP, también sería conveniente revisar la circular e impulsar aún más la aplicación de este mecanismo, sin aludir a parámetros tales como la duración de la pena.

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya
Passeig Lluís Companys, 7
08003 Barcelona
Tel 933 018 075 Fax 933 013 187
sindic@sindic.cat
www.sindic.cat

