



AFECTACIÓ DE DRETS  
EN L'EXECUCIÓ  
PENITENCIÀRIA DE LA  
SENTÈNCIA 459/2019  
DEL TRIBUNAL  
SUPREM

NOVEMBRE 2020

**SÍNDIC**

EL DEFENSOR  
DE LES  
PERSONES



AFECTACIÓ DE  
DRETS EN  
L'EXECUCIÓ  
PENITENCIÀRIA DE  
LA SENTÈNCIA  
459/2019 DEL  
TRIBUNAL SUPREM

**SÍNDIC**

EL DEFENSOR  
DE LES  
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya

1a edició: Novembre 2020

Afectació de drets en l'execució penitenciària de la Sentència 459/2019 del Tribunal Suprem.  
Novembre 2020

Maquetació: Síndic de Greuges

Foto de coberta: Pixabay

# ÍNDIX

<b>1. OBJECTE</b> .....	<b>5</b>
<b>2. CONSIDERACIONS METODOLÒGIQUES. FONTS I POLÍTICA PENITENCIÀRIA</b> .....	<b>7</b>
<b>3. EL RÈGIM DE VIDA DE L'ARTICLE 100.2 RP</b> .....	<b>9</b>
3.1. SOBRE LA COMPETÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM .....	9
3.2. SOBRE LA REVOCACIÓ DEL RÈGIM FLEXIBLE .....	11
▪ Circumstàncies transversals	
▪ Sobre els motius de revocació del règim flexible de l'article 100.2 RP: interlocutòria del Tribunal Suprem de 22 de juliol de 2020	
<b>4. LA PROGRESSIÓ A TERCER GRAU</b> .....	<b>17</b>
4.1. SOBRE LA REVOCACIÓ DEL TERCER GRAU .....	17
4.2. SOBRE L'EFECTE SUSPENSIU DEL TERCER GRAU .....	24
▪ Sobre la suspensió de l'aplicació del tercer grau a causa del recurs de la Fiscalia amb relació a la decisió administrativa	
▪ Sobre la suspensió de l'aplicació del tercer grau a causa del recurs d'apel·lació de la Fiscalia contra les interlocutòries que confirmen la progressió a tercer grau	
<b>5. CONCLUSIONS</b> .....	<b>29</b>



## 1. OBJECTE

Aquest informe té per objecte analitzar els dos instruments de reinserció previstos per la normativa penitenciària que han estat aplicats a les nou persones que compleixen pena de presó per sentència del procés: el règim de vida de l'article 100.2 RP (també denominat règim flexible de l'article 100.2 RP) i la progressió a tercer grau. Ambdós mecanismes penitenciaris han estat objecte de recurs per la Fiscalia de Vigilància Penitenciària (en endavant, la Fiscalia), sobre els quals ha resolt o resoldrà el Tribunal Suprem.

En relació amb l'aplicació del règim de vida de l'article 100.2 RP, el Tribunal Suprem, per interlocutòria de 22 de juliol de 2020, va revocar aquest règim de vida amb relació a Carme Forcadell i està previst que resolgui els recursos d'apel·lació de Junqueras, Romeva, Rull, Turull, Forn, Sànchez i Cuixart. En relació amb Dolors Bassa, l'Audiència Provincial de Girona, per interlocutòria de 22 de juliol de 2020, va desestimar el recurs de la Fiscalia per pèrdua d'objecte, ja que en el moment de resoldre el recurs Bassa ja no gaudia del règim flexible i estava en tercer grau. Contra aquesta interlocutòria, la Fiscalia va presentar incident de nul·litat, ja que considera que l'Audiència de Girona no tenia competència per resoldre sobre el règim de vida.

En relació amb l'aplicació del tercer grau, el Tribunal Suprem té pendent de resoldre el recurs interposats per la Fiscalia contra les interlocutòries dictades pels dos jutjats de vigilància penitenciària (en endavant, JVP) que van confirmar la progressió a tercer grau de Junqueras, Romeva, Rull, Turull, Forn, Sànchez i Cuixart (interlocutòries de JVP 5 de 19 d'agost) i la progressió a tercer grau de Bassa i Forcadell (interlocutòries de JVP 1 de 27 d'octubre). Així mateix, el Tribunal Suprem té pendent de resoldre els recursos interposats amb relació a la decisió de suspendre o no l'aplicació del tercer grau mentre es tramiten els recursos interposats per la Fiscalia contra la decisió de progressió a tercer grau. En aquest sentit, de Sànchez, Cuixart, Junqueras, Romeva, Rull, Turull i Forn contra la decisió del JVP 5 de suspendre l'aplicació del tercer grau a causa del recurs de la Fiscalia (provisió de data 28 de juliol i interlocutòries de dates 31 d'agost i 1 de setembre), i també té pendent de resoldre el recurs de la Fiscalia interposat contra la decisió del JVP 1 de denegar l'efecte suspensiu del tercer grau de Dolors Bassa i Carme Forcadell mentre es tramitava el recurs interposat contra la progressió a tercer grau (interlocutòries de 30 de juliol de 2020), i és molt probable que la Fiscalia interposi recurs també contra la decisió del mateix JVP 1 de denegar l'efecte suspensiu (interlocutòries de 2 de novembre).





## 2. CONSIDERACIONS METODOLÒGIQUES. FONTS I POLÍTICA PENITENCIÀRIA

Aquest informe es formula havent tingut accés a les resolucions judicials i els recursos interposats per la Fiscalia. No s'ha tingut accés a les propostes ni informes individualitzats de l'Administració penitenciària relatius a l'aplicació del règim de vida de l'article 100.2 RP. Tampoc no s'ha tingut accés a les propostes, informes individualitzats i resolucions de progressió a tercer grau. Tanmateix, això no ha estat un inconvenient metodològic tenint en compte que les resolucions judicials estan molt motivades i contenen la informació de la proposta i elements que recullen els informes i que van motivar que, a criteri dels professionals de tractament, es proposés el règim flexible de l'article 100.2 RP i, posteriorment, la progressió a tercer grau. A més de les resolucions judicials, aquest informe s'emet considerant la jurisprudència menor en matèria penitenciària i les dades estadístiques de què s'ha pogut disposar en matèria de l'aplicació del règim de vida de l'article 100.2 RP i tercer grau en el sistema penitenciari català i estatal.

Sobre la política penitenciària d'aplicació del règim de vida de l'article 100.2 RP i del tercer grau és rellevant el següent: Catalunya és l'única comunitat autònoma amb les competències en execució penal transferides, la qual cosa fa que tingui una política penitenciària pròpia i diferenciada de la resta de l'Estat espanyol. La política penitenciària de l'Administració catalana sempre ha donat suport i ha impulsat l'aplicació de mecanismes que promouen la tornada de les persones privades de llibertat a la societat. Així, dins la política penitenciària catalana el règim de vida de l'article 100.2 RP i les progressions a tercer grau són mecanismes que s'apliquen i són una realitat.

En relació amb el mecanisme de l'article 100.2 RP, al seu dia l'Administració penitenciària catalana va aprovar la Circular 1/2005, reguladora de l'aplicació de l'article 100.2 RP, amb la finalitat d'establir criteris amb relació a aquest mecanisme que ja

s'estava aplicant des de l'any 2003 com a mínim. D'aquesta manera, a Catalunya fa més de 17 anys que el règim flexible té una aplicació efectiva i fa més de 15 anys que l'Administració penitenciària catalana disposa d'una circular específica només sobre aquest mecanisme com una eina d'aplicació real i efectiva que contribueix a la reinserció. En aquest sentit, tenim constància que el mes de desembre de 2019 a les presons de Catalunya, com a mínim, a 480 persones se'ls havia aplicat el règim de vida de l'article 100.2 RP (7,1% de la població penitenciària).

Durant tot l'any 2020, fins al mes d'agost, l'Administració penitenciària catalana ha aplicat el règim flexible a 274 persones. En contraposició, la política penitenciària de l'Estat espanyol no hi té tanta tradició. L'Administració penitenciària estatal no té una circular específica amb relació a l'article 100.2 RP, sinó que dins de la circular genèrica que té per objecte regular la "classificació i destinació de penats" al·ludeix a l'article 100.2 RP. A més, és a partir de l'any 2010 que l'aplicació del règim flexible de l'article 100.2 RP comença a tenir aplicació efectiva. Tot i aquesta política penitenciària més restrictiva i tardana d'apostar per aquest mecanisme, també és una realitat, ja que l'any 2018 es va aplicar aquest règim flexible a 1.749 persones (3,4% de la població penitenciària).

Amb relació al mecanisme de reinserció del tercer grau a Catalunya, el mes d'agost de 2020, el 28,1% de persones privades de llibertat i classificades a les presons catalanes estaven en tercer grau. En contraposició, fora de Catalunya, el mes d'agost del 2020 només el 18% de les persones privades de llibertat i classificades fora de Catalunya estaven en tercer grau, 10 punts per sota de Catalunya. Des d'aquesta perspectiva, per tant, l'aplicació del règim de vida de l'article 100.2 RP a les nou persones condemnades i privades de llibertat per la sentència del procés, i també la posterior aplicació del tercer grau, no és un tracte privilegiat de l'Administració penitenciària cap a aquestes nou persones, contràriament al que han pretès sostenir alguns actors polítics i mitjans de comunicació, sinó que obeeix a una realitat del sistema penitenciari català.



### 3. EL RÈGIM DE VIDA DE L'ARTICLE 100.2 RP

#### 3.1. SOBRE LA COMPETÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM

Fora de Catalunya era qüestió no unànime quin era el tribunal que havia de conèixer del recurs d'apel·lació en matèria de règim flexible de l'article 100.2 RP. Una part de la jurisprudència menor considerava que el competent era el tribunal sentenciador. Una altra part de la jurisprudència considerava que era l'Audiència Provincial.

Aquest debat dins del sistema penitenciari català no existia. De fet, amb relació als presos polítics, la Fiscalia de Vigilància Penitenciària va interposar recurs contra les decisions de JVP d'aprovació de vida de l'article 100.2 RP i va interessar que s'enviés a l'Audiència Provincial. En canvi, és la interlocutòria del JVP 3, que va aprovar el règim flexible de Forcadell, la que va decidir sense precedent que el recurs d'apel·lació contra l'aprovació del règim flexible d'aquesta seria resolt per “el òrgano sentenciador (Interlocutòria AP Mallorca 182/2020, cas <<Urdangarín>>)”. És en mèrit d'aquesta única interlocutòria sobre el cas Urdangarín, sense precedent en el sistema català, que es remet al Tribunal Suprem el recurs d'apel·lació amb relació al mecanisme de l'article 100.2 RP.

El Tribunal Suprem s'ha declarat competent no només per conèixer de la classificació en tercer grau, sinó també el règim de vida previst en l'article 100.2 RP en virtut de la interlocutòria de 22 de juliol de 2020, per la qual revoca l'aplicació del règim flexible de l'article 100.2 RP a Forcadell. El Tribunal Suprem, per fonamentar i justificar que és competent per conèixer del recurs d'apel·lació de la Fiscalia contra l'aplicació del règim flexible, invoca tres arguments:

i) Que a les Jornades Especialistes en Vigilància Penitenciària celebrades l'any 2015 una part de la Fiscalia de Vigilància Penitenciària sostenia que en matèria de règim flexible el competent era el tribunal sentenciador. El Tribunal Suprem omet que aquesta posició de la Fiscalia en les jornades va ser la minoritària, i que es va imposar el criteri majoritari de la Fiscalia

consistent en el fet que el tribunal competent per conèixer sobre el règim de vida de l'article 100.2 RP era l'Audiència Provincial.

ii) Cita dues úniques interlocutòries en què és el tribunal sentenciador el que resol en última instància sobre el règim de vida de l'article 100.2 RP: interlocutòria de l'Audiència Provincial de les Illes Balears (cas Urdangarín) i interlocutòria de l'Audiència Provincial de Tenerife. Aquestes dues resolucions són les citades per la Fiscalia del Tribunal Suprem en el seu dictamen sobre la competència per resoldre el recurs d'apel·lació en matèria de règim de vida de l'article 100.2 RP, i el Tribunal Suprem omet que no eren resolucions que establissin els fonaments jurídics amb el debat contradictori previ sobre la qüestió competencial.

iii) Invoca que un cànon d'interpretació sistemàtica aboca a concloure que la competència per dir l'última paraula sobre el règim flexible de l'article 100.2 RP és del tribunal sentenciador.

Més enllà de la qualitat dels arguments en què es basa la interlocutòria del 22 de juliol de 2020 per assentar el criteri competencial, el Tribunal Suprem es decanta per autoassignar-se aquesta competència en detriment dels òrgans judicials especialitzats en matèria penitenciària, de manera que manté el control de les condicions de compliment de les persones condemnades en el cas del procés.

Al mateix temps, la interlocutòria posa de manifest que el Tribunal Suprem desconfia dels jutjats de vigilància penitenciària amb relació a l'aprovació de mecanismes de reinserció com ara el règim de vida de l'article 100.2 RP, quan justament aquests òrgans especialitzats tenen per objecte no autoritzar règims de vida ni qualsevol altre instrument que no sigui ajustat a dret (article 76 LOGP), ja que són òrgans jurisdiccionals que tenen encomanat el control de la legalitat de les decisions i mesures de l'Administració penitenciària.

Aquesta manca de confiança queda reflectida quan expressa el següent: “Este examen del òrgano 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” (pàgina 8 de la interlocutòria). Una manifestació més d'aquesta desconfiança es desprèn quan el Tribunal Suprem es dirigeix als JVP i els adverteix que corregirà decisions arbitràries emanades d'aquests òrgans jurisdiccionals. Així ho declara quan expressa 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” (pàgina 14 de la interlocutòria).

Amb la interlocutòria de 22 de juliol de 2020 per la qual s'assumeix la competència en matèria de règim de vida de l'article 100.2 RP ja són dos els mecanismes penitenciaris en què el Tribunal Suprem ha establert que serà ell qui prendrà la decisió, règim flexible (pàgina 8 de la interlocutòria) i classificació (pàgina 483 de la sentència), tenint en compte que en la sentència ja es reivindicaven competències en matèria penitenciària en un exercici de reivindicació d'autoritat.

Amb aquesta decisió sobre qui serà l'òrgan que tindrà l'última paraula sobre règim de vida de l'article 100.2 RP es resta competències als òrgans específics en matèria penitenciària, que tenen una sensibilitat i una formació específica pròpia i sense cap contaminació perquè no són l'òrgan que ha jutjat els fets, en favor del tribunal sentenciador, de manera que se centralitzen les competències en aquest últim i es desnatura la funció jurisdiccional dels jutjats de vigilància penitenciària.

La decisió del Tribunal Suprem suposa diluir la competència als òrgans especialitzats en

vigilància penitenciària per supervisar i resoldre qüestions de caràcter penitenciar, amb la qual cosa es desdibuixa la garantia autèntica i autònoma dels drets de les persones privades de llibertat, consistent en un control judicial amb un òrgan judicial especialitzat i autònom, diferent del que s'havia exercit amb el procediment penal, que era l'esperit de la LOGP. El legislador va decidir dotar un control jurisdiccional independent del tribunal sentenciador.

En aquest sentit, s'evitava, ni que fos col·lateralment, que fos el mateix tribunal, que, havent condemnat els fets i havent-s'hi posicionat, hagués de resoldre sobre la concessió de mecanismes penitenciaris de reinserció, amb el conseqüent biaix de contaminació i predisposició, ja que hi ha la probabilitat que el tribunal sentenciador resolgui amb una posició preconcebuda, amb pèrdua d'imparcialitat, i examini el mecanisme penitenciar pel qual es vehiculen sortides a l'exterior, no d'acord amb pressupòsits establerts per llei, i atenent la conducta i l'evolució de la persona que està privada de llibertat, sinó d'acord amb altres paràmetres com ara la gravetat dels fets que concorren, quan és una qüestió aliena al règim de vida de l'article 100.2 RP, i que s'introdueixen quan l'òrgan judicial que valora el benefici o mecanisme penitenciar està contaminat per elements i opinions que ha presenciats i valorat durant el judici i que l'han portat a dictar la sentència en els termes que ha considerat.

En definitiva, amb el criteri de competència establert pel Tribunal Suprem es minva la garantia de la funció jurisdiccional dels jutjats de vigilància penitenciària amb risc de deixar-la buida de contingut, com sembla que ha passat.

## 3.2. SOBRE LA REVOCACIÓ DEL RÈGIM FLEXIBLE DE L'ARTICLE 100.2 RP

### 3.2.1 Circumstàncies transversals

Hi ha dues circumstàncies transversals, alienes als motius invocats en la interlocutòria de 22/7/2020, que permeten qüestionar la decisió adoptada pel Tribunal Suprem de revocar el règim de vida de l'article 100.2 RP.

#### i. Pèrdua d'objecte

En data 22 de juliol 2020, en què el Tribunal Suprem va revocar el règim flexible de l'article 100.2 RP de Forcadell, ja no tenia raó de ser que el Tribunal Suprem s'hi pronunciés. De la mateixa manera que ja no té raó de ser que es pronunciï amb relació a la resta de recursos interposats per la Fiscalia contra les resolucions d'aplicació d'aquest règim flexible.

El règim de vida de l'article 100.2 RP s'aplica principalment quan les persones privades de llibertat estan classificades en primer o segon grau. Quan un intern és progressat a tercer grau, el règim flexible de l'article 100.2 RP desapareix i ja no és possible aplicar-lo, entre altres raons perquè l'intern fa la major part de les activitats i el programa de tractament en semilibertat, fora del centre penitenciari. En la mesura que en data 14 de juliol de 2020 les persones privades de llibertat van ser progressades a tercer grau, el règim de vida de l'article 100.2 RP es va deixar d'aplicar. Per tant, el recurs de la Fiscalia contra aquella decisió d'aplicació del 100.2 RP havia perdut objecte. Conseqüentment, era innecessari que el Tribunal Suprem es pronunciés sobre un règim de vida de què els interns ja no gaudien. En aquest sentit, es va pronunciar l'Audiència Provincial de Girona, secció quarta, en relació amb el règim de vida de l'article 100.2 RP aplicat a Dolors Bassa.

Mitjançant interlocutòria de data 22 de juliol de 2020, l'Audiència Provincial de Girona, secció quarta, desestima el recurs d'apel·lació de la Fiscalia contra la interlocutòria del JVP 1 que havia aprovat l'aplicació del règim de vida amb motiu

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 posició de l'Audiència Provincial de Girona és una praxi habitual en matèria penitenciària, ja que les circumstàncies penitenciàries i personals de l'intern van canviant. Si la decisió d'aplicar un règim de vida o un altre mecanisme penitenciari que ha estat impugnat desapareix, aleshores se sol desistir del recurs o bé els jutjats i tribunals poden dictar una interlocutòria que tingui per decaigut el recurs amb motiu de la desaparició de l'objecte que va determinar que s'interposés recurs.

#### ii. Resolucions dels jutjats de vigilància penitenciària

Tres magistrats de vigilància penitenciària de Catalunya, cadascun amb el seu criteri propi i independent, van aprovar autònomament l'aplicació dels règims de vida de l'article 100.2 RP. El JVP 3, per interlocutòria de data 28 d'abril de 2020 va aprovar el règim flexible de Forcadell. El JVP 1, per interlocutòria de data 9 de març 2020, va aprovar l'aplicació del règim de vida de l'article 100.2 RP de Bassa.

Finalment, el JVP 5 va aprovar el règim flexible de la resta de persones condemnades mitjançant diferents interlocutòries. En cas que el Tribunal Suprem, a més d'estimar el recurs de la Fiscalia amb relació a l'aplicació de l'article 100.2 RP a Forcadell, estimés els recursos de la Fiscalia interposats contra les vuit interlocutòries dels JVP que van aprovar els règims de vida flexible proposats a les altres vuit persones privades de llibertat, suposaria revocar decisions jurisdiccionals de tres magistrats especialitzats en vigilància penitenciària que de manera

independent i individual van aprovar els règims flexibles. Partint d'aquesta premissa, en la revocació de l'aplicació del règim flexible, cal posar de manifest el següent:

- És difícil de sostenir que el règim de vida de l'article 100.2 RP no està justificat si tenim en compte que fins a tres magistrats diferents van aprovar amb resolució judicial motivada l'aplicació del règim flexible. En contraposició, un únic òrgan jurisdiccional, el Tribunal Suprem, que no està especialitzat en vigilància penitenciària i que, a més, és el tribunal sentenciador i pot estar contaminat per tot el procés penal previ, revocaria i desautoritzaria fins a en nou ocasions els jutjats de vigilància penitenciària.

- Qui aprova l'aplicació del règim flexible de l'article 100.2 RP no és l'Administració penitenciària, sinó els jutjats de vigilància penitenciària, amb la proposta prèvia de la Junta de Tractament, a diferència de la progressió de tercer grau, que sí que depèn exclusivament de l'Administració penitenciària. És a dir, per l'aplicació de l'article 100.2 RP s'han hagut de superar dos filtres, la proposta favorable de la Junta de Tractament (que va ser per unanimitat, la qual cosa no va passar amb les propostes de classificació inicial) i una aprovació expressa del JVP. Sense aquesta aprovació expressa, no és possible el règim de vida, sens perjudici de la immediata executivitat de la proposta d'aplicació de l'article 100.2 RP.

- Enllaçant amb l'anterior, s'ha comprovat que, com a mínim dos JVP, JVP 3 i 5, van demanar informació complementària i van requerir diverses vegades els professionals dels centres penitenciaris perquè els informessin sobre qüestions específiques amb relació a l'article 100.2 RP. Els òrgans especialitzats, aliens al procés penal i en un autèntic exercici de funció jurisdiccional, no van fer un acte de fe en l'Administració penitenciària, sinó que només es va aprovar el règim de vida de l'article 100.2 RP, un cop practicades les seves pròpies diligències.

En aquest sentit, en la interlocutòria del JVP 3 es fa constar expressament que, a fi d'assegurar-se que la proposta de règim flexible de l'article 100.2 RP no obeïa a una decisió política, sinó que efectivament estava justificada s'exposa que "ha fundamentado su petición en el proceso de

reinserción real de la penada al que está sujeto el régimen penitenciario" (fonament jurídic tercer de la interlocutòria de JVP 3 de data 28/4/2020). La interlocutòria insisteix que "se solicitaron informes complementarios de los que puede deducirse que las medidas no se muestran arbitrarias"(fonament jurídic setè de la interlocutòria de JVP 3 de data 28/4/2020).

Considerant l'anterior, no hi ha raons per considerar que el règim de vida de l'article 100.2 RP no fos jurídicament correcte i que en realitat encobria una justícia material o un favoritisme com han pretès sostenir actors polítics i mitjans de comunicació, i que porten a qüestionar la decisió del Tribunal Suprem amb relació als presos polítics.

### 3.2.2 Sobre els motius de revocació del règim flexible de l'article 100.2 RP: interlocutòria del Tribunal Suprem de 22 de juliol de 2020

En la interlocutòria de 22 de juliol de 2020, que acorda revocar la resolució del JVP 3 que va aprovar l'aplicació de l'article 100.2 RP a Forcadell, el Tribunal Suprem invoca quatre elements per fonamentar la seva decisió que no era procedent l'aplicació del règim flexible, i que probablement s'invocarà amb relació a les altres vuit persones respecte de les quals el Tribunal Suprem encara té pendent pronunciar-se.

#### i) Durada de la pena

El Tribunal Suprem introdueix com a variable per tenir en compte per valorar l'aplicació del règim de vida de l'article 100.2 RP la durada de la pena imposada, quan és una variable completament aliena a la seva aplicació. En efecte, el tenor literal del precepte (article 100.2 RP) no estableix ni fa al·lusió a aquesta variable, que és un paràmetre completament aliè al règim flexible. No és un element que prevegi la norma i, per tant, la seva invocació per part del Tribunal Suprem no té base normativa.

De fet, el Tribunal Suprem invoca l'article 63 LOGP per justificar que la durada de la pena és un element que s'ha de ponderar per poder concedir el règim de vida de

l'article 100.2 RP, per a continuació sostenir que la pena imposada a Forcadell és molt greu (pàgina 13 de la interlocutòria). Certament, l'article 63 LOGP, citat pel Tribunal Suprem, és una variable que obliga a tenir en compte, però només per a la classificació en un grau, i no per al règim flexible, que està regulat en l'article 100.2 RP, que estableix les condicions que han de concórrer. El pronunciament del Tribunal Suprem no només no té base normativa literal i sistemàtica, sinó que suposa un retrocés en matèria d'execució penitenciària: si bé la gravetat de la pena pot ser una variable que dificulti i retardi l'accés al tercer grau, actualment, segons el posicionament del Tribunal Suprem, la gravetat de la pena també dificulta l'accés al règim flexible, circumstància que no tenia precedents.

Al mateix temps, la interlocutòria del Tribunal Suprem compleix amb allò que el mateix tribunal va avançar en la seva sentència condemnatòria, on ja va indicar subtilment que la gravetat de la pena és un paràmetre que podia motivar la revocació del tercer grau. Ara ha anat un pas més enllà i ho ha expandit i extrapolat al règim de vida de l'article 100.2 RP.

Amb aquesta premissa no només s'ha impactat en les nou persones privades de llibertat, sinó que pot tenir impacte en altres persones privades de llibertat, i desestabilitza la concepció del règim flexible, entès com a instrument de reinserció. Si al final es vincula a la gravetat dels fets o de la pena, no parlem de reinserció, sinó de retribució, ja que queda palès que si el Tribunal Suprem considera que el tercer grau no concorda amb la gravetat de la pena ho revocarà, i amb aquest raonament també es pot considerar que deixa entreveure un cert perjudici sobre la concessió del tercer grau, ja que es focalitza únicament en aquesta dada, quan no és la condició o el supòsit clau de classificació en tercer grau.

Aquesta expectativa de ser classificat en el grau que correspon i poder-la defensar davant d'un tribunal quedaria buida de contingut si no es dota d'una autèntica garantia que pugui vetllar per aquest dret, i una plena i efectiva garantia passa per un òrgan jurisdiccional especialitzat com ara

jutjat d'execució penitenciària, i no el tribunal sentenciador, que pot estar contaminat pel judici presenciat i la condemna dictada. I, en aquest sentit, el mateix Tribunal Suprem, quan denega aplicar el període de seguretat, al·ludeix indirectament al paràmetre de gravetat de la pena com a qüestió essencial, o almenys com a circumstància on focalitza la qüestió, ja que fa referència que "las decisiones de la administración penitenciaria que no se consideren acordes con la gravedad de la pena" no poden ser neutralitzades anticipadament amb el període de seguretat i a continuació assenyala que "estas decisiones tienen su cauce impugnativo ordinario y pueden ser objeto de revisión" (pàgina 483 de la sentència).

La invocació d'exigències no previstes normativament i les interpretacions analògiques desfavorables, com ara no tenir complerta una part de la condemna, estan vetades atès que estariem davant d'una restricció de drets individuals sense empara normativa.

A banda del que s'ha exposat, cal tenir present una variable que no pot ser ignorada: les penes imposades i el temps de compliment no són el mateix per a les nou persones condemnades. Per tant, fins i tot seguint la lògica del Tribunal Suprem sobre el paràmetre de durada de la pena, això no justificaria la revocació del règim flexible de l'article 100.2 RP respecte de Jordi Sánchez, per exemple, que té una pena de nou anys. Així en la data en què s'aprova el règim de vida de l'article 100.2 RP a Sánchez i Cuixart, que eren les persones que tenien més temps de compliment, tant per durada de pena com per temps de presó provisional, ja en tenien la quarta part complerta, de manera que cal individualitzar cas per cas.

## ii) Equiparació del règim de vida de semilibertat al tercer grau

El Tribunal Suprem considera que el règim flexible aprovat comportava 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". Aquesta premissa és errònia. No se sosté si es té en

consideració, com la mateixa interlocutòria recull, que “las salidas al exterior para desarrollar las tareas descritas tendrían lugar durante tres días a la semana, desde las 8.30 h a las 17.30 h” (pàgina 15 de la interlocutòria).

La interlocutòria no fonamenta en quins elements jurídics o fàctics conclou que el règim de vida de l'article 100.2 RP era equiparable a un tercer grau. En contraposició a la falta de motivació d'aquesta conclusió cal considerar el següent:

- Els interns classificats en tercer grau han de gaudir i gaudeixen, per regla general, del règim de vida general de tercer grau, i que està previst en els articles 83, 86.4 i 87 RP. És a dir, els articles esmentats regulen quines són les sortides i quantes hores està un intern fora del centre penitenciari si està classificat en tercer grau.
- Conforme a la normativa esmentada i la praxi penitenciària, un intern que està en tercer grau de dilluns nit a divendres matí passa 16 hores fora del centre penitenciari cada dia i només hi pernocta les 8 hores. De divendres matí a dilluns nit ni tan sols es pernocta.

D'acord amb les premisses anteriors difícilment es pot sostenir que sortir únicament tres dies la setmana per fer una activitat de voluntariat i després cuidar la seva mare (8 h al dia, els tres dies que sortia Forcadell) pugui ser equiparable a sortir 16 hores diàries 4 dies la setmana, i els altres 3 dies estar 24 hores diàries fora del centre penitenciari.

El tercer grau de l'article 83 RP, com a regla general, només comporta romandre 8 hores dintre el centre penitenciari, que sol ser la pernocta. En canvi, el règim de vida de l'article 100.2 RP, per regla general, comporta romandre la major part del dia dintre del centre penitenciari i sortir unes hores al dia, els dies autoritzats, per fer les activitats establertes en el seu programa de tractament que no poden ser realitzades dins l'establiment penitenciari. Així, en el cas de Forcadell l'autorització de les sortides en règim de vida de l'article 100.2 RP no eren diàries, circumstància que s'escau amb el principi de flexibilitat previst en el precepte, ja que l'Administració penitenciària no

pretenia atorgar un règim obert de forma encoberta.

### iii) Relació entre activitat tractamental i tipologia delictiva

La Fiscalia va interposar recurs contra les interlocutòries que van aprovar l'aplicació del règim flexible invocant que les activitats laborals o familiars o fins i tot relacionades amb organitzacions sense ànim de lucre no tenien relació amb la tipologia o l'etiologia delictiva i, per tant, no constituïen activitat tractamental a efectes de l'article 100.2 RP. No obstant això, aquest posicionament no és coherent amb la concepció d'activitat o programa de tractament a efectes de l'article 100.2 RP que es va recollir en les conclusions de les jornades de fiscals de vigilància penitenciària de 2015 (conclusió 29), en què s'estableix, sense cap vot particular i de forma unànime, que la Fiscalia considera que els objectius tractamentals que consideren que poden justificar el règim flexible són “familiares, educativos, formativos, laborales”. Tot i així, s'interposa recurs per una interpretació restrictiva d'activitat tractamental, vinculada al delictes, la qual cosa és estimada pel Tribunal Suprem amb relació a Forcadell.

Les audiències provincials, seccions especialitzades en matèria penitenciària, han estat considerant que el règim de vida de l'article 100.2 RP està justificat si té per objecte la realització d'una activitat o programa que contribueixi a la reinserció i que aquesta activitat no es pugui realitzar dintre el centre penitenciari, i per tant, que estiguin justificades les sortides. Aquesta contribució de l'activitat al procés de reinserció s'ha estat interpretant i aplicant en sentit ampli. És a dir, sense necessitat inexcusable de vincular l'activitat o el programa a realitzar a la comissió delictiva (tipologia i factors criminògens que hi van desembocar), sinó que és suficient que l'activitat, objectivament, faciliti i permeti avançar en el procés de reinserció.

En aquest sentit, l'Audiència Provincial de Barcelona ha confirmat en diferents resolucions l'aplicació del règim de vida de l'article 100.2 RP per sortir a treballar sense que l'activitat laboral fos una activitat de tractament dirigida a abordar la comissió



delictiva ni des d'un vessant de tipologia delictiva ni tampoc des d'una perspectiva d'etiologia delictiva.

D'acord amb la jurisprudència de les audiències provincials i JVP, i des d'aquesta perspectiva àmplia d'activitat o de programa que contribueixi a la reinserció, l'activitat de voluntariat, complementat amb la cura de la família, són accions que ningú pot discutir que afavoreixen la reinserció. Per això, els JVP van autoritzar el règim flexible d'acord amb una interpretació i jurisprudència consolidades. En contraposició a aquesta posició, el Tribunal Suprem instaura una interpretació restrictiva i estableix que només es pot considerar una activitat o programa que contribueixi al procés de reinserció no en sentit ampli, sinó en sentit d'estricta vinculació de l'activitat amb la tipologia delictiva, els fets delictius i com aquesta activitat en concret treballa factors de la comissió delictiva. Per tant, es contribueix al procés de reinserció específicament (pàgina 16 de la interlocutòria).

S'instaura, doncs, un concepte restringit de procés de reinserció i activitat a realitzar de règim flexible, sense fonamentar el perquè d'aquesta interpretació més restrictiva que contravé la interpretació més àmplia i

favorable, i d'acord amb aquesta interpretació i davant "la falta de conexión entre el programa de tratamiento y el delito cometido" es revoca el règim flexible incidint 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".

Ara bé, si ens atenem a aquest concepte restrictiu de necessitat de l'activitat a realitzar des de la vessant de tractament entesa des d'una relació amb la comissió delictiva, és més difícil de revocar el règim de vida de l'article 100.2 amb relació a les persones privades de llibertat que han estat condemnades pel delictes de malversació de cabals públics, ja que si bé no hi ha condemna de responsabilitat civil, sí que se n'ha acordat la quantificació via Tribunal de Comptes, i en aquest sentit hi ha precedents jurisprudencials en què es concep l'activitat laboral que permet ingressos per abonar una responsabilitat civil com a activitat necessària que justifica el règim de vida de l'article 100.2 RP.



## 4. LA PROGRESSIÓ A TERCER GRAU

Les consideracions formulades sobre el règim de vida de l'article 100.2 RP són extrapolables i aplicables a la progressió a tercer grau de les nou persones condemnades i privades de llibertat. Els retrets de la Fiscalia consistents que la progressió a tercer grau és anormal o constitueix un favoritisme no té raó de ser quan la progressió a tercer grau de les nou persones condemnades ha estat validada per dos dos jutjats de vigilància penitenciària diferents.

El JVP 5 va confirmar que Junqueras, Rull, Turull, Forn, Sànchez i Cuixart han d'estar en tercer grau. El JVP 1 ha confirmat la progressió a tercer grau de Forcadell i Bassa. En definitiva, en el mateix sentit que el règim de vida de l'article 100.2 RP, a les nou persones privades de llibertat se'ls va aplicar el tercer grau, ja que concorrien les condicions legalment previstes, i aquest mecanisme ha estat validat per un òrgan judicial independent, especialitzat i no contaminat.

### 4.1. SOBRE LA REVOCACIÓ DEL TERCER GRAU

La Fiscalia ha interposat recurs indiscriminadament contra totes les progressions a tercer grau, igual que contra l'aplicació del règim de vida de l'article 100.2 RP. Els motius que ha invocat la Fiscalia per sol·licitar que es revoquin les progressions a tercer grau són idèntics en tots i cadascun dels recursos interposats, si bé hi ha algun matís en funció de circumstàncies penitenciaris i personals.

#### i) Reconeixement del delictes

La Fiscalia invoca respecte de les nou persones privades de llibertat que no reconeixen el delictes, si bé individualitza en els termes següents:

- En relació amb Forcadell, retreu que reconeix els fets però no el delictes perquè, segons la Fiscalia, Forcadell sosté que la seva actuació estava justificada pel dret a la llibertat d'expressió i opinió. Per tant, la Fiscalia conclou que “en la mesura en que

la interna no assume el caràcter delictiu de los hechos por los que cumple condena, no puede hablarse de una evolución suficientemente favorable”. La Fiscalia formula una objecció similar respecte de Bassa, de qui diu que reconeix els fets, però 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 mateixa objecció es formula respecte de les altres set persones privades de llibertat.

- En relació amb Jordi Sànchez i Jordi Cuixart, la Fiscalia, a més de sostenir que reconeixen els fets però no reconeixen que aquests fets siguin delictius, i per tant, no reconeixen que la seva conducta fos delictiva, incideix en dues qüestions. Per una banda, retreu que neguin que els actes del dia 20 de setembre 2017 fossin violents, i que això és contrari a la sentència. Per altra banda, que ambdues persones, gaudint de permisos, de règim de vida o fins i tot de tercer grau, van fer declaracions davant dels mitjans que porten a la conclusió que tornaran a repetir els fets. És a dir, a criteri de la Fiscalia, reincidiran. I el mateix retret es formula respecte de Junqueras, Raül Romeva, Josep Rull.

Un cop emmarcat el motiu de revocació del tercer grau a criteri de la Fiscalia (reconeixement de fets, però manca d'assumpció que els fets són delictius i justificar-se en legitimitat democràtica i dret d'expressió), això no justifica la revocació del tercer grau, d'acord amb el que preveu la norma penitenciaris. L'article 106.3 RP disposa que “la progressió en el grau de classificació depèn de la modificació positiva dels factors directament relacionats amb l'activitat delictiva”. Per altra banda, l'article 65.2 LOGP disposa que “la progressió en el tractament depèn de la modificació dels sectors o trets de la personalitat directament relacionats amb l'activitat delictiva”.

Les dues normes busquen una modificació dels elements que van donar lloc a la comissió delictiva. No hi ha cap norma que reculli com a condició per accedir al tercer grau el reconeixement dels fets i del delictes com a tal. Ara bé, en la mesura que ambdues

normes insten la modificació dels elements que van abocar a la comissió delictiva, la praxi penitenciària sol exigir el reconeixement de la comissió delictiva, és a dir, dels fets i del caràcter delictiu, ja que es considera erròniament que difícilment es pot treballar per modificar el que va donar lloc al delicte si es nega primer la premissa major, és a dir, que s'ha incorregut en delicte.

Si desapareixen o es modifiquen els elements que van donar lloc a la comissió del delicte, aleshores hi ha capacitat de viure en semilibertat (requisit que exigeix l'article 102.4 RP). La capacitat de dur a terme un règim de vida en semilibertat és interpretada, tant per professionals de tractament com per operadors jurídics de l'àmbit penitenciari, en clau de pronòstic a futur. Es considera que té la capacitat de dur a terme un règim de vida en semilibertat la persona privada de llibertat respecte de la qual, amb totes les seves circumstàncies penals, penitenciàries i personals, s'infereix i es pot fonamentar que no reincidirà en règim de semilibertat. Partint d'aquesta premissa, la causa de revocació del tercer grau basada en el fet que no hi ha reconeixement del delicte –i, per tant, no s'han modificat els elements que hi van contribuir i, consegüentment, hi ha risc de reiteració–, és errònia i no és ajustada a dret.

- En relació amb Forcadell i Bassa i en relació amb Junqueras, Romeva, Rull, Turull, Forn, en vista de la sentència i dels fets provats, i també segons ho sosté la Fiscalia en els seus recursos, la comissió delictiva es va produir amb motiu que tenien un càrrec públic. Va ser en exercici d'aquest càrrec que aquestes set persones van desenvolupar els fets que recull la sentència i que es declaren delictius.

La sentència imposa, a més de la pena de presó, la pena d'inhabilitació absoluta de més de deu anys per a cadascun d'ells, la qual cosa significa que s'ha modificat el factor que va determinar la comissió delictiva: l'exercici de càrrec parlamentari o de govern. No és possible que aquestes set persones puguin reiterar la comissió delictiva, ja que durant més de deu anys no podran optar a càrrecs públics. Per tant, el discurs que tinguin sobre si els fets són

delictius o no és irrellevant, ja que concorre el requisit de capacitat de viure en semilibertat en termes de no-reiteració de fets declarats delictius pels quals se'ls ha condemnat.

En aquest sentit van les interlocutòries del JVP 5 de Catalunya, que confirmen la progressió a tercer grau de les cinc persones privades de llibertat. A tall il·lustratiu, per exemple, la interlocutòria de 19 d'agost de 2020 que confirma la progressió a tercer grau de Junqueras respecte del qual es fonamenta que “ha de 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”, i això impedeix una nova comissió delictiva, ja que incideix la interlocutòria que “los hechos se produjeron en una circunstancias muy específicas, pues el delito se produjo al tener el interno la condición de ocupar un cargo público de gran relevancia” (p. 8, fonament jurídic sisè de la interlocutòria).

- En relació amb Jordi Sànchez i Jordi Cuixart l'escenari és diferent, però el discurs sobre els fets és irrellevant igualment. Jordi Sànchez és un líder social. També ho és Jordi Cuixart. Per tant, és cert que en el seu cas es podria considerar que la pena d'inhabilitació imposada als dos és innòcua per considerar que no reiteraran conductes, ja que els fets de la sentència els van desenvolupar sense exercir ni fer ús de cap càrrec, a diferència de les altres set persones. No obstant això, només cal tenir present el següent: com a líders civils que són només els calia una crida (un tuit, un comunicat, una expressió davant dels mitjans, etc.) per mobilitzar la ciutadania i tornar a fer actes pels quals han estat condemnats. I això no ha passat.

- El discurs que pugui tenir Jordi Sànchez o Jordi Cuixart és subjectiu i interpretable. La Fiscalia ho interpreta d'una manera; els professionals de tractament, d'una altra. El que no és interpretable és un fet objectiu, i és que sent líders civils i havent sortit del centre penitenciari des del mes de febrer aproximadament i gaudit de permisos, i havent tingut oportunitat d'exercir com a líders civils i mobilitzar, no ho han fet. I, per tant, no hi ha elements objectius per considerar que no hi ha un pronòstic de

capacitat de viure en semilibertat. S'omet valorar les seves accions i se centra únicament en les seves declaracions, que formen part del dret a la llibertat d'expressió.

En aquest sentit, l'Audiència Provincial de Barcelona, secció 21, per interlocutòria de 14 de juliol de 2020, va confirmar la interlocutòria del JVP 5, per la qual autoritzava el permís de sortida ordinari a Jordi Cuixart, entre altres motius, perquè ja en aquell moment el tribunal va discrepar que hi hagués risc de reincidència, ja que “contamos ya con datos objetivos derivados de las salidas ya efectuadas por el interno”, i que “todas las salidas que ha realizado el interno se han llevado a cabo sin incidencia negativa alguna y con cumplimiento”, insistint de nou que, més enllà de les interpretacions de les declaracions de l'intern (que n'hi ha diverses de possibles), el cert és 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”. Això mateix és extrapolable també a Jordi Sánchez.

Tot l'anterior objectiva que la falta de reconeixement del fet delictiu ni està previst com a tal en la norma ni pot ser causa automàtica de revocació de tercer grau i, en aquest sentit, és il·lustrativa la interlocutòria del JVP 2 de Catalunya de data 10 d'agost de 2020, que valida una progressió a tercer grau en un cas d'un intern que compleix per estafa i que no reconeix el delictes i justifica els seus actes, ja que es considera que en aquell cas concret, tot i el discurs de l'intern, està capacitat de viure en semilibertat.

En el cas de les nou persones condemnades per la sentència del procés, atenent les circumstàncies, el discurs i no-reconeixement del delictes invocat per la Fiscalia no pot servir com a element per justificar que hi ha risc de reiteració i que, per tant, no hi ha capacitat per viure en semilibertat. Sens perjudici, a més, que l'exigència que es verbalitzi un determinat discurs, o bé que se'ls arrabassi el tercer grau pel fet de no expressar una determinada posició sobre uns fets, pugui considerar-se respectuosa amb el dret a la llibertat ideològica o llibertat d'expressió.

## ii) Sobre l'exigència de programa específic de tractament

L'exigència d'un programa específic de tractament com a causa de revocació del tercer grau és una manifestació més que en realitat es pretén privar del tercer grau les nou persones privades de llibertat en bloc, sense individualitzar. Respecte de la Forcadell s'invoca com a causa de revocació del tercer grau que no ha fet cap programa específic. No obstant això, amb relació a Bassa, que sí que ha fet intervenció i programa, no és suficient, ja que es considera que en vista del discurs sobre els fets continua el dèficit criminogen i és necessari un programa específic relacionat amb el delictes i amb el respecte a la llei. I el mateix amb la resta de les set persones privades de llibertat, que tant si han fet un programa específic com si no, la Fiscalia exigeix que el facin conforme a la tipologia i/o etiologia delictiva.

La causa de revocació del tercer grau, és a dir, l'exigència d'un programa específic de tractament amb relació a la tipologia i/o delictiva grupal en segon grau, amb caràcter previ a ser progressats a tercer grau, ni té legitimitat, ni té base normativa ni atén a la praxi.

- Si és procedent fer un programa específic de tractament o no és una qüestió que es preveu en el programa individualitzat de tractament (PIT) de cada intern. La Fiscalia i els òrgans jurisdiccionals envaeixen competències quan insten la realització de programes específics tot excedint-se en les seves funcions. El recurs contra una progressió a tercer grau té per objecte revocar aquest tercer grau o no, però no pot constituir una via per anar més enllà i imposar que es faci un programa específic, quan no és objecte de recurs.

Allò que és objecte de recurs és la progressió a tercer grau i, per tant, el Tribunal Suprem ha de cenyir-se a confirmar o revocar la resolució administrativa de progressió a tercer grau. No és objecte de recurs una decisió administrativa de no-realització d'un programa específic. Només en cas que el PIT de la persona privada de llibertat preveïés que ha de fer un programa o intervenció específica, sense el qual no està preparada per viure en semilibertat hi

hauria una base de legitimació per imposar la realització d'un programa específic i discutir la progressió a tercer grau amb relació a aquest programa.

L'article 20.2 RP preveu que "la junta de tractament, amb l'informe previ de l'equip tècnic, ha de contrastar les dades del protocol i formular un programa individualitzat de tractament sobre aspectes com ara ocupació laboral, formació cultural i professional, aplicació de mesures d'ajuda, tractament i les que s'hagin de tenir en compte per al moment de l'alliberament". Per altra banda, l'article 103 RP preveu que en el programa individualitzat de tractament (en endavant PIT) "s'han de cobrir les necessitats i mancances detectades en l'intern en els àmbits que assenyala l'article 20.2 d'aquest Reglament. Al programa s'han d'assenyalar expressament les destinacions, les activitats, els programes educatius, el treball i les activitats ocupacionals o d'una altra mena que hagi de seguir l'intern". Sembla que el recurs de la Fiscalia no pretén recórrer només contra la progressió al tercer grau, sinó que es modifiqui el programa individualitzat de tractament dissenyat i previst per a les nou persones privades de llibertat. En efecte, en la mesura que la Fiscalia demana no només que es revoqui el tercer grau, sinó que se'ls faci fer un programa específic de tractament grupal, en realitat el que està discutint és el PIT i que judicialment es modifiqui aquest PIT, de manera que s'inclogui que dintre del PIT s'haurà de realitzar el programa específic de tractament, sense tenir legitimitat amb relació a la determinació i la realització d'un programa específic.

- La realització d'un programa de tractament individual o grupal no és preceptiva o obligatòria. No hi ha cap norma que prevegi la realització de programa específic. I en aquest sentit es pronuncia el JVP 5 de Catalunya en les diferents interlocutòries de 19 d'agost de 2020 que confirmen les progressions a tercer grau quan expressen que "el Reglamento Penitenciario no obliga al penado a realizar forzosamente programas específicos de tratamiento a nivel grupal o individual", sinó que l'Administració penitenciària pot proposar que participi en algun si els professionals ho consideren necessari, però l'intern fins i tot pot declinar voluntàriament realitzar-lo. Per tant, no

existint l'obligació de programa específic, és competència exclusiva dels professionals de presons que valoren el risc de reincidència els que determinen proposar la realització d'un programa específic i incloure-ho en el PIT.

Partint de l'anterior, hi ha casos en què els professionals de tractament dels centres penitenciaris proposen que l'intern dintre del seu PIT realitzi un programa específic amb relació a la tipologia i/o etiologia delictiva (SAC, DEVI, VIGE i toxicomanies), i en altres casos no es considera necessari (el cas de les nou persones privades de llibertat). Ara bé, fins i tot en els casos en què es considera necessari un programa específic, no hi ha cap base normativa que obligui a realitzar un programa específic de tractament en segon grau com a condició prèvia per accedir al tercer grau. En aquest sentit, en alguns casos s'han classificat inicialment en tercer grau interns perquè es considerava que havien d'estar en tercer grau, però amb la condició que en aquest tercer grau es realitzés el programa específic. En aquest sentit, hi ha diverses resolucions judicials que acorden la classificació inicial en tercer grau incidint que el programa específic es pot realitzar en semilibertat i que, per tant, no és un motiu de revocació. També en aquest sentit les estadístiques demostren que és una realitat, ja que el mes d'agost de l'any 2020 un mínim de 80 persones que estaven en tercer grau feien el programa específic en semilibertat. L'Administració penitenciària ha d'oferir els programes de tractament, però no és obligatori per la persona interna realitzar-los.

### iii) Sobre l'afectació a la llibertat ideològica

En els recursos de la Fiscalia i en la interlocutòria del Tribunal Suprem es manifesten dues circumstàncies que afecten la llibertat ideològica de les persones penades. En primer lloc, el fet d'exigir que, per a la concessió del règim flexible 100.2 RP, s'hagi d'establir un programa de tractament que estigui connectat al delictes pel qual es va produir la condemna. I, en segon lloc, el condicionament dels beneficis penitenciaris al reconeixement del delictes.

- Per la Fiscalia, i implícitament també pel Tribunal Suprem, en la mesura que estima

el recurs d'apel·lació presentat contra la resolució judicial del JVP que va aprovar el programa de Forcadell, el tractament penitenciari de reinserció que s'ha d'aplicar per obtenir el règim de l'article 100.2 RP consisteix a inculcar a la condemnada el respecte per la Constitució i les lleis com a principi bàsic de l'estat democràtic i de dret. Aquesta intenció de canviar les idees i les creences de Forcadell (i, per extensió, si es repeteix, respecte de les altres persones condemnades a presó), com a condició per a l'obtenció d'un règim penitenciari determinat a la posada en marxa d'un programa amb aquesta finalitat, constitueix una vulneració de la llibertat ideològica que reconeix l'article 16.1 CE i la llibertat de pensament de l'article 9.1 CEDH.

- En efecte, tant la CE (art. 16.1 CE) com el CEDH (art. 9.1) reconeixen la llibertat ideològica i la llibertat de pensament, respectivament. I les dues normes també distingeixen entre la dimensió interna i l'externa d'aquesta llibertat, de manera que s'admeten certes limitacions només respecte de la manifestació de les idees o les creences, però no respecte de la seva simple professió interna. Així ho fa de manera explícita l'article 16.1 CE, que estableix que “es garanteix la llibertat ideològica, religiosa i de culte dels individus i les comunitats sense més limitació, en les seves manifestacions, que la necessària per al manteniment de l'ordre públic protegit per la llei”. I també l'article 9 CEDH, que reconeix “el dret a la llibertat de pensament, de consciència i de religió”, que implica “la llibertat de manifestar la seva religió o les seves conviccions individualment o col·lectiva, en públic o en privat [...]” (ap. 1), però que només preveu la possibilitat d'establir restriccions respecte de la “llibertat de manifestar la seva religió o les seves conviccions” (ap. 2).

- No és suficient que en la interlocutòria esmentada el TS insisteixi que Forcadell no va ser condemnada per la seva ideologia independentista. L'establiment d'un programa que intenti canviar les idees (la seva ideologia constitucional) es converteix en condició per obtenir un règim penitenciari favorable. Sens dubte, és un pas coercitiu, en el sentit del TEDH, destinat a imposar-li unes determinades idees. I també compleix clarament la condició que exigeix el TC per

apreciar una vulneració de la llibertat ideològica en la seva dimensió interna: l'existència d'un nexa entre l'actuació estatal i el contingut i el sosteniment d'aquestes idees (la ideologia constitucional dels presos), de manera que s'estableix una relació de causalitat entre els dos: l'acte estatal i les idees de Forcadell. En segon lloc, en la mateixa vulneració de la llibertat ideològica i de pensament incorre igualment el fet de condicionar la concessió de beneficis penitenciaris al reconeixement del delicte, com ha quedat indicat.

- Per tant, reconèixer el delicte i assumir la responsabilitat, en aquest cas, no suposa reconèixer els fets, ni acatar les conseqüències penals que se n'han derivat (coses que les persones condemnades han fet), sinó que implica renunciar a la pròpia ideologia. I, en la mesura que s'estableixi com una condició per obtenir un determinat tractament penitenciari, l'exigència de renunciar a la pròpia ideologia s'ha de considerar una vulneració de la llibertat ideològica, en el sentit que indiquen tant el Tribunal Constitucional com el TEDH.

#### iv) Afectació del dret a la tutela judicial efectiva i del principi d'igualtat

De les consideracions anteriors relatives a la il·licitud de requerir de les persones condemnades una renúncia a la seva ideologia –sigui a través de la inculcació de determinades idees o de l'assumpció d'una ideologia constitucional que no comparteixen—se'n deriven dues vulneracions addicionals de drets fonamentals.

- D'una banda, exigir que se sotmetin a un programa de reinserció, configurat com un programa de reeducació ideològica, amb la finalitat d'inculcar-los determinades idees, suposa exigir un requisit per accedir a un determinat tractament penitenciari, en forma de règim o, en el futur, de progressió de grau, que no està previst en la legislació. I no només perquè no figura entre els requisits i les condicions que estableix la legislació penitenciària amb relació al tractament penitenciari (art. 59 a 72 LOGP), ni que la participació dels interns en els programes tingui en general un caràcter voluntari, sinó perquè la llei tampoc no

podria exigir aquest tipus de programes, en la mesura que vulneren la llibertat ideològica i de pensament garantida per la Constitució i el CEDH, com s'ha assenyalat.

- El mateix succeeix respecte de l'exigència (en forma de condicionament per accedir a un determinat tractament penitenciari) de reconèixer el delicte, en els termes que també s'han assenyalat. En aquest cas també s'ha de fer notar que el reconeixement del delicte (tant si fa referència als fets o a la seva qualificació jurídica) tampoc no figura en la legislació penitenciària com a requisit o condició per a l'aplicació del règim de l'article 100.2 RP o de la progressió en la classificació penitenciària. D'aquesta manera, en cas que un òrgan judicial exigeixi aquestes condicions, fora de les previsions legals i, a més, amb violació d'un dret fonamental, s'estaria vulnerant el dret a una tutela judicial efectiva, en el sentit d'obtenir una resolució per part dels tribunals fonamentada en dret (art. 24.1 CE).

- D'altra banda, exigir amb relació a les persones condemnades per la Sentència 459/2019 unes condicions addicionals o reforçades també suposa una diferència de tracte que vulnera el dret a la igualtat que estableixen l'article 14 CE i l'article 1 del Protocol n. 12 del CEDH, en la mesura que el factor diferenciador és només subjectiu, amb referència a aquestes persones condemnades, i per tant no és ni objectiu ni raonable.

#### v) Sobre la durada i compliment de la pena

És cert que la no-imposició del període de seguretat per part del Tribunal Suprem no exclou automàticament que la durada de la pena no hagi de ser considerada a l'hora de progressar en tercer grau, ja que, al cap i a la fi, és una de les variables de l'article 102 RP i 63 LOGP. Ara bé, en el cas de les nou persones condemnades, la revocació del tercer grau sobre la base del temps de compliment o durada de la pena no té raó de ser.

La Fiscalia invoca respecte de totes les persones que la progressió a tercer grau és prematura. Amb relació als que no han complert la quarta part de la pena se sosté que és del tot anòmal progressar a tercer

grau sense haver gaudit prèviament de permisos de sortida. I respecte dels que sí que en tenien la quarta part complerta i que havien gaudit de permisos, Jordi Sànchez i Jordi Cuixart, també és prematura la classificació en tercer grau, ja que ha transcorregut poc temps des de la quarta part, de manera que justament al mateix temps se sosté que la gravetat dels fets i de la pena determinen que l'accés al tercer grau sigui massa inicial. A aquest respecte cal oposar el següent:

- El curs i la praxi habitual és que qui hagi gaudit d'un règim de vida de l'article 100.2 RP se'l progressi a tercer grau, encara que no hagi complert la quarta part de la pena i, correlativament, no hagi gaudit de permisos. En aquest sentit, les estadístiques demostren que dins l'agost de l'any 2020 prop d'una tercera part de les persones classificades en tercer grau havien gaudit prèviament del règim flexible de l'article 100.2 RP, com és el cas de les nou persones privades de llibertat.

- El que és anòmal és progressar a tercer grau, sense haver gaudit de permisos ni de règim de vida de l'article 100.2 RP, però, tot i així, si l'intern compleix les condicions és progressat. En aquest sentit, hi ha resolucions dels JVP.

La praxi penitenciària té empara normativa, que no exigeix que per ser progressat a tercer grau s'hagi de tenir la quarta part de la condemna complerta i haver gaudit de permisos. Per contra, l'article 104 RP, per ser classificat en tercer grau, només exigeix que si no es té la quarta part de la pena complerta la persona privada de llibertat tingui un entorn i un historial especialment favorables. Quan és així la persona privada de llibertat pot ser progressada en tercer grau sense la quarta part i fins i tot ser classificada inicialment en tercer grau. En aquest sentit hi ha resolucions judicials.

Finalment, amb relació al temps de compliment, és aplicable el que exposa el paràgraf 28, ja que no és el mateix tenir una condemna de 9 anys que una condemna de 13 anys, la qual cosa és obviat per la Fiscalia, ja que interposa recurs indiscriminadament per aquest motiu respecte de totes les persones condemnades, sense discernir les situacions de compliment.



En aquest sentit, cal destacar la situació de compliment, per exemple, de Jordi Sànchez, respecte del qual el JVP 5, a l'hora de confirmar la decisió administrativa de tercer grau, mitjançant la interlocutòria de 19 d'agost de 2020, recull que des del 14 de gener de 2020 Sànchez té la quarta part de la pena complerta i incideix 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” (fonament jurídic cinquè, pág. 8, de la interlocutòria). I el mateix es diu amb relació a Jordi Cuixart, respecte del qual, per interlocutòria de 19 d'agost de 2020, el JVP 5 també va confirmar el tercer grau.

#### vi) Motius de revocació de caràcter més teòric invocats per la Fiscalia

A banda dels tres motius indicats, la Fiscalia sol·licita la revocació del tercer grau al·legant arguments i motius que, a més de ser de naturalesa més teòrica, invocar-los és tal com desconèixer el que suposa complir pena de presó. Sembla que sosté que si les nou persones condemnades no estan en segon grau no estan suportant i complint la pena privativa de llibertat. En aquest sentit, s'invoca respecte de tots els recursos que, com que les nou persones privades de llibertat ja es troben reinserides, el tercer grau suposa impunitat i que només amb internament efectiu la pena de presó pot desplegar un efecte intimidatori (prevenció especial negativa). A continuació, introdueix elements com ara gravetat del delictes, gravetat dels fets o el bé jurídic protegit per sostenir que el tercer grau no és procedent, ja que suposa un “vaciado del contenido de la pena”.

El raonament de la Fiscalia és tal com negar que estan privats de llibertat. O a la inversa, és tal com afirmar que amb el tercer grau les persones condemnades han recuperat la llibertat. La Fiscalia omet considerar que el tercer grau és un règim de semilibertat i, per tant, qualsevol persona privada de llibertat que es trobi en tercer grau en règim de semilibertat, en la modalitat que sigui però especialment quan és una modalitat restringida o consistent a acudir quatre dies la setmana i romandre 8 hores al centre penitenciari, no està en llibertat.

El tercer grau és compliment de pena de presó, és veure's privat de la llibertat deambulatória i veure's privat de la llibertat de decisió sobre què fer, on anar, etc. El tercer grau requereix compromís, esforç i constància per part de la persona privada de llibertat, ja que de la seva conducta en depèn el manteniment de la confiança del règim de semilibertat. El règim de tercer grau no es redueix a pernoctar al centre penitenciari i utilitzar les hores que es manté fora del recinte penitenciari segons convingui. Al contrari, suposa una supervisió i una exigència individualitzades molt elevades i un nivell màxim de responsabilitat, que no tots els interns tenen capacitat de complir.

Tampoc el raonament genèric i teòric sobre les finalitats de la pena no pot suposar un motiu de revocació, i més quan el Tribunal Suprem, en la sentència condemnatòria, va declarar per primer cop que el període de seguretat que impedeix l'accés al tercer grau fins a la meitat de la condemna és un instrument que només pot operar i aplicar-se des d'una perspectiva de perillositat i risc de reincidència, havent-se descartat, per tant, que l'accés al tercer grau sigui una qüestió de retribució o que hagi d'estar vinculat a finalitats de la pena des d'un vessant de prevenció general o prevenció especial negativa; a banda que la normativa penitenciària vincula el mecanisme a la finalitat de reinserció i, des d'aquesta òptica, han de ser ponderats, tal com fan les interlocutòries dels JVP 1 i 5.

En aquest sentit, la interlocutòria del JVP 1 de 27 d'octubre, que confirma la progressió a tercer grau de Forcadell, recorda 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 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 L'EFECTE SUSPENSIU DEL TERCER GRAU

Tot i que la progressió a tercer grau de les nou persones privades de llibertat ha estat confirmada formalment pels jutjats de vigilància penitenciària, materialment aquesta progressió ha estat gairebé inexistent en el cas de Sánchez, Guixart, Junqueras, Romeva, Rull, Turull i Forn. El 28 de juliol, catorze dies després de ser progressats a tercer grau, el JVP 5 va acordar suspendre l'aplicació del tercer grau i ordenar l'ingrés a Lledoners amb motiu que la decisió de progressió havia estat impugnada per Fiscalia. El 19 d'agost el JVP 5 va confirmar la progressió a tercer grau i declarar que aquestes set persones els correspon estar en tercer grau.

Tanmateix, va acordar de mantenir la decisió de suspendre l'aplicació del tercer grau pel fet que no era ferm "hasta que lo resuelva el tribunal sentenciador en fase de apelación, esto es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo". En contraposició, en el cas de Forcadell i de Bassa el règim de semilibertat de la progressió a tercer grau ha estat i és una realitat, ja que el 31 de juliol el JVP 1 en va denegar l'efecte suspensiu i, un cop va confirmar la decisió de la progressió a tercer grau, en data 2 de novembre va tornar a denegar l'efecte suspensiu del recurs d'apel·lació de la Fiscalia.

La norma que regula l'efecte suspensiu del tercer grau, i que ha estat interpretada i aplicada de manera diferent pels dos JVP, és poc clara amb una redacció deficient, la qual cosa ha donat lloc que en el cas de les nou persones privades de llibertat s'hagin produït situacions desiguals, com ara que totes tinguin confirmat el tercer grau, però que a set se'ls hagi suspès i a dues, no. Davant de dues situacions idèntiques, dos JVP independents i autònoms adopten decisions oposades, amb la correlativa inseguretats jurídica i situació d'incertesa que provoca en funció de l'operador jurídic que resolgui.

Més enllà de la situació objectivament desigualtaria cal considerar que si es declara que a unes persones privades de llibertat els correspon estar en tercer grau, però materialment aquest tercer grau no es

gaudeix, aleshores estem davant una declaració merament simbòlica. Els mecanismes de reinserció i els beneficis penitenciaris s'han d'aplicar materialment. No es poden quedar en un reconeixement formal, però sense cap eficàcia a causa del recurs del fiscal.

De la mateixa manera que el que caracteritza un estat de dret no és que les normes reconeguin drets als ciutadans, sinó que aquests drets efectivament s'exerceixin i siguin una realitat, i en cas que no sigui així que es prevegin garanties per poder materialment reivindicar aquests drets. Un sistema penitenciari es caracteritza perquè efectivament les persones privades de llibertat gaudeixin dels mecanismes de reinserció i beneficis penitenciaris que per norma els correspon.

La petició de suspensió de l'aplicació del tercer grau, i la decisió per part del JVP que l'acorda, s'ha produït en dos moments diferenciats. En efecte, la Fiscalia ha interposat dos recursos respecte de cadascuna de les nou persones privades de llibertat amb relació a la seva progressió a tercer grau. Per una banda, es va interposar un primer recurs contra la decisió administrativa de progressió a tercer grau de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima. Ja en aquest recurs es va sol·licitar que es deixés en suspens en tercer grau mentre es tramitava el recurs. Per altra banda, en un segon moment, s'interposa recurs d'apel·lació contra les interlocutòries del JVP que desestimen els recursos de Fiscalia i confirmen la decisió de la Secretaria, i es torna a demanar que se suspengui l'aplicació del tercer grau mentre el tribunal sentenciador no resolgui el recurs.

El Tribunal Suprem, a més d'haver de resoldre els recursos de la Fiscalia sobre si és procedent o no el tercer grau (qüestió de fons), també té pendent resoldre els recursos de la fiscal i les defenses sobre si mentre es tramiten recursos s'ha de suspendre l'aplicació del tercer grau (efecte suspensiu), tot qüestionant si el Tribunal Suprem té competència per resoldre sobre l'efecte suspensiu si ens atenim a una interpretació literal de la norma, que expressament recull que l'Audiència Provincial tindria possibilitat de pronunciar-s'hi.

A més, resulta excessiva la petició formulada per la Fiscalia directament davant del Tribunal Suprem, un cop coneguda la decisió del JVP 1, perquè acordi la suspensió del tercer grau de Bassa i Forcadell, ja que en tot cas el que és procedent és interposar recurs d'apel·lació contra la interlocutòria d'aquest jutjat de 2 de novembre, que desestima l'efecte suspensiu, acordada pel JVP 5 amb relació al primer recurs, i també amb relació al recurs d'apel·lació, ja que no tenia empara normativa, i jurisprudencial, atès que se'n fa una interpretació no respectuosa amb la llei i amb un greu perjudici als drets de les persones.

#### 4.2.1. Sobre la suspensió de l'aplicació del tercer grau a causa del recurs de la Fiscalia amb relació a la decisió administrativa

L'efecte suspensiu de l'aplicació del tercer grau s'ha sol·licitat i s'ha aplicat atenent al que disposa la disposició addicional 5a, apartat 5, de la Llei orgànica del poder judicial (en endavant, DA 5a, apartat 3), que preveu que “quan la resolució objecte del recurs d'apel·lació es refereixi a matèria de classificació de penats o concessió de la llibertat condicional i pugui donar lloc a l'excarceració de l'intern, sempre que es tracti de condemnats per delictes greus, el recurs té efecte suspensiu que impedeix la posada en llibertat del condemnat fins a la resolució del recurs”. Partint d'aquesta premissa, cal considerar el següent:

- L'efecte suspensiu només està previst en el cas que s'interposi únicament i exclusiva recurs d'apel·lació contra la interlocutòria del JVP, per cap altre tipus de recurs.
- L'efecte suspensiu només es preveu amb relació a una interlocutòria del JVP, és a dir que no s'executi una determinada decisió judicial, però no es preveu que es pugui suspendre l'executivitat de la decisió administrativa. Ho preveu literalment la DA 5a.

Les premisses anteriors són les que invoca el JVP 1 en resolució judicial motivada de 30 de juliol quan denega la petició de la Fiscalia que amb el primer recurs contra la decisió administrativa se sol·licita que se suspengui l'aplicació del tercer grau acordat en decisió administrativa, emparant-se en una

aplicació analògica de la DA 5a, i invocant que si es preveu l'efecte suspensiu del recurs d'apel·lació també analògicament pot acordar-se respecte d'altres recursos.

El JVP 1, per interlocutòria de 30 de juliol de 2020, va considerar que s'havia d'atènyer a una aplicació literal de la llei, sense que estigués justificada una aplicació analògica en contra de reu que restringís drets i contravingués el principi de legalitat, i indicava que no hi ha precedents jurisprudencials que hagin aplicat l'efecte suspensiu amb el primer recurs interposat per la Fiscalia i abans que dicti interlocutòria el JVP per la qual decideixi si és procedent aquest tercer grau o no.

A més dels raonaments de la interlocutòria, cal considerar que aquesta DA 5a s'incardina en la Llei orgànica del poder judicial, que té per objecte la regulació de les actuacions judicials i els seus efectes, però les actuacions de l'Administració pública i els efectes i executivitat de les decisions administratives es regulen en la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (article 129 i següents), de manera que no es va demanar l'aplicació d'aquesta norma, que, com a mínim, hauria permès a les defenses poder formular-hi al·legacions, cosa que no va passar, i el JVP 5 va acordar-ne l'ingrés a Lledoners sense escoltar les defenses ni donar-los l'oportunitat de ser escoltades respecte de l'efecte suspensiu.

En efecte, en contraposició a la decisió del JVP 1, el JVP 5 dicta provisió per la qual aplica l'efecte suspensiu sis dies després que el Tribunal Suprem dictés la interlocutòria de 22 de juliol amb relació a l'article 100-2 RP relatiu a Forcadell i en què es posava de manifest un certa desconfiança cap als JVP, i s'aborda l'efecte suspensiu en relació al 100.2 RP quan aquest efecte suspensiu ni era discutit, ni hi tenia relació, ni hi havia cap motiu perquè el Tribunal Suprem s'hi posicionés.

L'al·lusió als JVP per part del Tribunal Suprem en la interlocutòria del 22 de juliol no ha estat innòcua, si es té present que el JVP 5 aplica un efecte suspensiu sense precedent, sense que estigui regulat per la DA 5a, entre altres motius, al·legant que la interlocutòria del Tribunal Suprem diu que

és l'òrgan sentenciador el que minimitza el risc de progressions arbitràries i que no es pot eludir el control de l'òrgan jurisdiccional que va valorar i enjudiciar els fets sobre els quals es fonamenta la condemna.

El JVP 5, en vista del que manifesta el Tribunal Suprem, disposa que és clar 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 D.A 5ª- LOPJ, lo que implicará que en cualquier fase de tramitación en que se encuentren dichos recursos se aplique el efectos suspensivo”. En vista del raonament, la interlocutòria posa de manifest que la decisió d'efecte suspensiu que no s'havia produït mai abans està condicionada pels raonaments del Tribunal Suprem, de manera que deixa buides de contingut les decisions dels jutjats de vigilància penitenciària a costa del que digui el tribunal sentenciador.

Tant la decisió de l'efecte suspensiu del JVP 5 com la posició de la Fiscalia en sol·licitar un efecte suspensiu que no es coneix que hagués estat sol·licitat abans respecte de cap intern a Catalunya van lesionar drets fonamentals. En primer lloc perquè la decisió que perjudicava set persones privades de llibertat es va adoptar sense que les defenses tinguessin possibilitat de discutir aquesta petició i d'oposar-s'hi, de manera que es va infringir l'article 24 CE.

En segon lloc, la decisió restrictiva de drets s'adopta sense una base normativa que prevegi aquest efecte suspensiu, aplicant l'analogia en contra del ciutadà privat de llibertat, tenint en compte que la llei només preveu la possibilitat de suspendre l'aplicació del tercer grau un cop ja s'ha dictat la interlocutòria que confirma aquest tercer grau, però no abans; a banda que els raonaments invocats pel JVP 5 en la interlocutòria d'11 d'agost, que mira de defensar l'efecte suspensiu acordat el 28 de juliol, manquen de rigor i de base interpretativa.

i) Es diu que la DA 5a, apartat 5, ha estat sempre d'interpretació difícil. És cert, ara bé, que la difícil interpretació i discussió de com aplicar l'efecte suspensiu s'ha cenyit

sempre amb relació al recurs d'apel·lació i la suspensió de l'aplicació del tercer grau a partir del moment en què hi ha una interlocutòria del JVP i no abans. Cal destacar que, en aquest sentit, és il·lustratiu que la interlocutòria, per mirar de fonamentar que també és procedent l'efecte suspensiu amb relació al primer recurs, citi únicament les conclusions d'unes jornades de la Fiscalia de l'any 2011, i cap resolució judicial, i encara menys jurisprudència menor consolidada.

ii) Es diu que hi ha una llacuna legal en la jurisdicció de vigilància penitenciària ja que no hi ha una normativa específica processal i que, per tant, “debe acudirse de forma asimilable/supletoria/analógica/complementaria a normas procesales”. El raonament no és correcte. Una qüestió és que no hi hagi una llei processal, la qual cosa és certa, i una altra qüestió és que hi hagi una llacuna legal amb relació a l'efecte suspensiu de l'aplicació del tercer grau, que no és el cas.

Tot i no haver-hi una llei processal en matèria de vigilància penitenciària hi ha una norma que regula expressament quan se suspendrà l'aplicació del tercer grau d'un intern. Aquesta és la DA 5a, que declara que excepcionalment se suspèn l'aplicació d'aquest tercer grau només amb relació al recurs d'apel·lació i sota certes condicions, de manera que la mateixa interlocutòria reconeix que la DA 5a, és una norma reguladora dels recursos. Per tant, no hi ha cap llacuna que s'hagi de suplir amb criteris d'analogia o complementarietat, i encara menys quan perjudiquen la persona privada llibertat.

iii) Es diu que es considera que “las normas procesales administrativas y las contencioso-administrativas nada tienen que ver con vigilancia penitenciaria”. El raonament no exterioritza en què es basa per considerar que la normativa administrativa no opera al JVP, quan justament tenen per objecte controlar la legalitat de l'actuació de l'Administració penitenciària, tenint en compte, a més, que aquest raonament xoca frontalment amb la praxi judicial. Per exemple, a la XII Reunió de Jutges de Vigilància Penitenciària es va acordar que per determinar quin termini hi ha per recórrer contra les decisions

administratives davant del JVP s'havia d'aplicar i operava la Llei reguladora de la jurisdicció contenciosa. En el mateix sentit, les audiències provincials que resolen matèria penitenciària dicten interlocutòries que apliquen normativa administrativa.

Un cop analitzat que la decisió d'efecte suspensiu del tercer grau amb el recurs de la Fiscalia contra la decisió administrativa de progressió a tercer grau no tenia precedent, que va venir condicionada per la interlocutòria de 22 de juliol, i que no hi ha base normativa ni de tècnica jurídica ni interpretativa que justifiqui la decisió, més enllà que obeeixi a una relació d'autoritat i mirar de preservar el pronunciament del Tribunal Suprem, també queda abordar la decisió de suspensió de l'aplicació del tercer grau un cop ja s'ha dictat interlocutòries dels JVP que confirmen que les nou persones privades de llibertat els correspon estar en aquest grau.

#### 4.2.2. Sobre la suspensió de l'aplicació del tercer grau a causa del recurs d'apel·lació de la Fiscalia contra les interlocutòries que confirmen la progressió a tercer grau

En cas que una classificació en tercer grau, via classificació inicial o via progressió, sigui impugnada per la Fiscalia, la regla general és que el tercer grau es continuï executant. L'excepció és l'efecte suspensiu. La suspensió de l'aplicació d'un tercer grau que ha estat atorgat per l'Administració penitenciària a causa del recurs de la Fiscalia es configura com un supòsit excepcional. Del fet, que és excepcional se'n desprèn quan la DA 5a, apartat 5, preveu que per suspendre l'aplicació del tercer grau han de concórrer acumulativament dues condicions: que la situació de tercer grau comporti una situació que “pugui donar lloc a l'excarceració de l'intern” i “sempre que es tracti de condemnats per delictes greus”. Aquesta naturalesa excepcional també ha estat declarada pels tribunals (p.ex. interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona, secció 21, 170/2018 de 29 de gener).

En el cas de les nou persones condemnades, és palmari que falta la primera condició consistent que la resolució judicial “pugui donar lloc a l'excarceració de l'intern”, a

més que la situació d'excarceració ha de ser imputable a la decisió de l'òrgan judicial, que tampoc no és el cas, motiu pel qual el JVP 1 per interlocutòria de 2 de novembre va denegar suspendre l'aplicació del tercer grau que havia estat concedit per l'Administració penitenciària.

En aquesta interlocutòria es parteix de la premissa que la DA 5a, apartat 5, preveu que “el recurs té efecte suspensiu” en els casos en què “la resolució objecte del recurs d'apel·lació es refereixi a matèria de classificació de penats o concessió de la llibertat condicional i pugui donar lloc a l'excarceració de l'intern”. La interlocutòria s'inclina per una interpretació i aplicació literal del precepte i considera que només en el cas en què s'hagués mantingut en segon grau aquestes persones, i que per via de recurs de les defenses el JVP hagués estimat que sí que era procedent el tercer grau, i això n'hagués comportat la sortida, es podria suspendre el tercer grau. No obstant això, no és el cas, ja que recalca que “el auto no ha creado tal situación de grado sino que la ha ratificado”. Aquesta posició és la mantinguda també en supòsits de llibertat condicional i fins i tot en 100. RP per altres JVP.

En el cas de les nou persones privades de llibertat la situació de tercer grau ja existia, era prèvia a la interlocutòria, i per tant, en la mesura que no és la interlocutòria del JVP que ha acordat aquest tercer grau i que ha donat lloc a la sortida de les persones privades de llibertat, sinó que s'ha limitat a confirmar una situació de semilibertat, no concorre el pressupòsit per aplicar-hi l'efecte suspensiu. De fet, aquest apartat 5 de la DA en què s'introdueix l'efecte suspensiu en determinades condicions es va introduir per mitjà de la Llei orgànica 7/2003, com a reacció davant de la decisió del Jutjat de Vigilància Penitenciària de Bilbao de concedir el tercer grau i llibertat condicional a un intern per un delicte molt greu quan la junta de tractament i centre directiu havien acordat un segon grau, i va ser a causa de la interlocutòria que l'intern va sortir en tercer grau.

A banda de l'anterior, i a més del que indica la interlocutòria del JVP 1, més enllà que no és a causa de la interlocutòria del JVP que les persones privades de llibertat van sortir

de la presó en semilibertat, tampoc no es dona la condició d'excarceració. Els tribunals ja han declarat que un tercer grau no comporta automàticament una excarceració, i que per suspendre aquest tercer grau la llei exigeix aquesta excarceració. Així doncs, els tribunals han considerat que només determinades situacions de tercer grau són situacions en què la relació amb el centre penitenciari es dilueix i pot considerar-se materialment una excarceració com ara el tercer grau amb aplicació del règim de vida de l'article 86.4 RP o el tercer grau amb pernocta a una unitat dependent, però acudir i romandre-hi diàriament quatre dies la setmana 8 hores no és una excarceració.

En contraposició a la interlocutòria del JVP 1 de 2 de novembre que resol sobre l'efecte suspensiu a causa del recurs d'apel·lació, el JVP 5, en interlocutòria de 19 d'agost, confirma l'efecte suspensiu a causa del recurs, si bé no justifica que concorrin tots els pressupòsits que exigeix la llei per deixar excepcionalment sense efecte l'aplicació d'un tercer grau.

Amb independència dels motius tècnics, presidits pel principi de legalitat, que concorren per sostenir que no era procedent l'efecte suspensiu en cap moment durant la tramitació dels recursos, cal recalcar que les normes han de ser interpretades conforme a la realitat social del supòsit al qual es pretén aplicar (article 3 del Codi civil). L'aplicació i la interpretació de la llei no és un operació aritmètica, sinó que s'ha de considerar el supòsit, la realitat social i les conseqüències, la qual cosa en matèria penitenciària encara és més rellevant tenint

en compte els béns jurídics i les afectacions vitals i personals no només per a la persona privada de llibertat, sinó també per al seu entorn. En aquest sentit, cal recalcar que s'ha de fer una interpretació restrictiva de la DA, apartat 5, ja que si a una persona privada de llibertat se li aplica el tercer grau, entre altres motius perquè té un lloc de treball, i posteriorment se li suspèn, perd la feina, tot i que el tribunal sentenciador confirmi aquest tercer grau.

Això últim encara té més rellevància si considerem que no es va acordar mai l'efecte suspensiu del règim flexible, ni es va discutir en la tramitació dels recursos, i tot i que aquesta qüestió no estava en el debat ni era objecte de pronunciament, el Tribunal Suprem, en la interlocutòria de 22 de juliol de 2020, ve a dir, en un tipus d'avís, sense que hi hagués cap motiu que justifiqués que entrés en la qüestió, i més en els termes que ho va fer, que el règim flexible, en cas de recurs de la Fiscalia, també se suspendrà.

D'aquesta manera amb l'efecte suspensiu es neutralitza tant el tercer grau com el règim flexible fins que el Tribunal Suprem resolgui en breu o en futures ocasions de nou sobre aquests nous mecanismes, obviant el greu perjudici que això provoca no només a les nou persones privades de llibertat, sinó a totes les persones privades de llibertat a qui se'ls ha aplicat un règim flexible o tercer grau i, a causa del recurs del Ministeri Fiscal, no podran sortir a treballar o a fer l'activitat que necessitin a criteri dels professionals de tractament, amb la corresponent disrupció laboral, familiar i personal que això comporta.

## 5. CONCLUSIONS

El principi inspirador del compliment de les penes privatives de llibertat és la consideració que l'intern és un subjecte de drets, reconeixement que està recollit en l'article 25.2 CE. Pel que fa a la llibertat ideològica, es prohibeix la discriminació per aquests motius en els articles 3 LOGP i 4 RP. Qualsevol actuació de l'Administració o decisió judicial que ataquí la llibertat ideològica o de pensament esdevé una clara ofensa als drets més fonamentals dels interns.

En efecte:

- L'aplicació del règim de l'article 100.2 RP i la progressió a tercer grau per part de l'Administració penitenciària catalana eren i són ajustades a dret. A les nou persones condemnades els corresponien aquests mecanismes, tenint en compte que totes les propostes i decisions han estat confirmades per tres jutjats de vigilància penitenciària diferents i independents. Els retrets que són mecanismes que s'han aplicat perquè obeeixen a un favoritisme no tenen fonament, ja que l'aplicació és coherent amb la política penitenciària catalana que promou aquests mecanismes.
- Abans de l'aplicació del règim flexible de l'article 100.2 RP a les nou persones condemnades per la sentència del procés dins el sistema penitenciari català mai no s'havia remès al tribunal sentenciador el recurs d'apel·lació de la Fiscalia amb relació al mecanisme de l'article 100.2 RP. Aquest és el primer cop que el Tribunal Suprem estableix que són els tribunals sentenciadors els competents per conèixer en última instància del règim flexible de l'article 100.2 RP.
- Abans de l'aplicació del tercer grau a les nou persones condemnades tampoc no s'havia aplicat mai l'efecte suspensiu amb motiu del recurs del Fiscal contra la decisió administrativa, i el primer cop ha estat amb relació a les set persones que compleixen pena a Lledoners, i tenint en compte que aquesta decisió, sense base normativa i jurisprudencial, ha vingut condicionada per la interlocutòria del Tribunal Suprem de 22 de juliol de 2020, de manera que aquestes set persones han patit un greuge i una situació desigual i se'ls han lesionat els drets.
- El Tribunal Suprem, com a òrgan sentenciador, s'ha autodeclarat competent per conèixer de qüestions penitenciàries i mecanismes de reinserció en detriment de les audiències provincials, que tenien una secció especialitzada en matèria penitenciària, al·ludint que el tribunal sentenciador no pot perdre el control sobre el compliment i l'execució de la pena. En aquest sentit, s'ha declarat competent per conèixer del règim flexible de l'article 100.2 RP, i també, sense ser objecte de recurs ni de pronunciament en la interlocutòria de 22 de juliol, estableix que l'efecte suspensiu també opera amb relació a l'article 100.2 RP.
- El Tribunal Suprem expressa una certa manca de confiança cap als jutges de vigilància penitenciària –òrgans especialitzats amb sensibilitat i formació específica, que valoren, des d'una òptica més objectiva, l'evolució de la persona privada de llibertat, perquè no estan contaminats pel biaix de fets i presencialitat del judici i imposició de pena, i la concessió de mecanismes de reinserció–, en favor dels tribunals sentenciadors, amb la qual cosa es ressenteix la garantia del jutge de vigilància penitenciària que vetlla pels interessos i drets de les persones privades de llibertat.
- El Tribunal Suprem introdueix circumstàncies que no preveu la norma per resoldre sobre els mecanismes de reinserció i que són contràries al principi de legalitat (paràgraf 24 a 28). I, en aquesta mateixa línia, la Fiscalia focalitza la ponderació del tercer grau en elements que són propis de la sentència condemnatòria i de la imposició de pena, com ara la gravetat dels fets o el desvalor de les conductes, i fa interpretacions restrictives amb relació a l'article 100.2 RP que poden comportar que les persones privades de llibertat s'hi vegin afectades.
- Exigir que les persones condemnades se sotmetin a un programa de reinserció, configurat com un programa de reeducació ideològica, amb la finalitat d'inculcar-los determinades idees, suposa exigir un

requisit per accedir a un determinat tractament penitenciari, en forma de règim o, en el futur, de progressió de grau, que no està previst en la legislació. I no només perquè no figura entre els requisits i les condicions que estableix la legislació penitenciària amb relació al tractament penitenciari.

- Renunciar a la pròpia ideologia s'ha de considerar una vulneració de la llibertat ideològica, en el sentit que indiquen tant el Tribunal Constitucional com el TEDH. El mateix succeeix respecte de l'exigència (en forma de condicionament per accedir a un determinat tractament penitenciari) de reconèixer el delicte, en els termes que també s'han assenyalat. En aquest cas també s'ha de fer notar que el reconeixement del delicte (tant si fa referència als fets o a la seva qualificació jurídica) tampoc no figura en la legislació penitenciària com a requisit o condició per a l'aplicació del règim de l'article 100.2 RP o de la progressió en la classificació penitenciària

- Amb relació a l'aplicació de l'article 100.2 RP en la interlocutòria de 22 de juliol de 2020 s'ha fet una interpretació més restrictiva de l'article 100.2 RP del que havien estat fent les audiències provincials, si bé seguint certes pautes no hi hauria inconvenient a fer una nova proposta de l'article 100.2 RP o de l'article 117 RP, respecte del qual no hi ha discussió sobre la competència, de la qual cosa sí que hi havia amb relació a l'article 100.2 RP, si bé no a Catalunya.

- Els motius invocats per la Fiscalia per recórrer davant el Tribunal Suprem contra les progressions a tercer grau estan focalitzats en el discurs de les persones privades de llibertat, sense ponderar dades objectives com ara la conducta i la situació de les nou persones privades de llibertat, tenint en compte que, a través del recurs contra la progressió a tercer grau, es pretén excedint el recurs exigir un programa específic de tractament, que, a més, consideren que ha de ser grupal i en segon grau, sense base normativa ni jurisprudencial que permeti sostenir aquesta exigència com a condició indispensable per accedir al tercer grau, i sense que s'individualitzi respecte de la situació i el compliment de cadascun.

- La posició de la Fiscalia consistent a qualificar la situació del tercer grau com un buidatge de la pena equivalent a una situació d'impunitat no és un motiu de revocació, ja que és com desconèixer que el tercer grau és compliment de pena, tenint en compte que és un règim de semillibertat, i que les persones classificades en aquest grau no tenen la llibertat deambulatòria, que les afirmacions sobre retribució i prevenció general o especial negativa són arguments teòrics, i que les finalitats de la pena ja es compleixen amb la concreta condemna i pena imposada, ja que la normativa penitenciària aposta per la finalitat de reinserció.

Les situacions objectives recollides en les conclusions anteriors a partir de les decisions judicials i actuacions processals que s'han produït amb relació a les nou persones condemnades transcendeixen el cas concret i tenen impacte en tot el sistema penitenciari català, i també en les més de 6.000 persones en qualitat de condemnades que hi ha a les presons catalanes, de la mateixa manera que les accions i decisions que l'Administració catalana pugui prendre de nou amb relació a aquestes nou persones privades de llibertat també repercutirà en la resta de persones internes, tenint en consideració l'actuació processal de la Fiscalia, del JVP 5 de Catalunya i del fet que el Tribunal Suprem ja ha donat certes pautes d'actuació als JVP; pautes que suposen una regressió en matèria de drets i mecanismes de reinserció. En aquest sentit, és convenient considerar el següent:

- El protagonisme que s'ha atribuït el Tribunal Suprem a fi de no perdre el control de l'execució de la sentència i la manera de complir la pena de presó comporta una pèrdua de garantia per a tots els interns privats de llibertat que compleixen pena de presó, ja que, arran de les persones condemnades del cas procés, la decisió última sobre el règim flexible no la tindrà l'Audiència Provincial, secció especialitzada, sinó que resoldrà el tribunal sentenciador, no només amb biaix de contaminació, sinó també amb el biaix que a fora de Catalunya la política penitenciària aposta molt menys per mecanismes de reinserció, de manera que amb la decisió es perjudica la persona privada de llibertat.



■ En sentit similar, l'efecte suspensiu en matèria de tercer grau i règim flexible comportarà una interrupció i una desestabilització per a totes les persones que se'ls aplicarà aquest efecte suspensiu arran dels esdeveniments i les actuacions judicials recaigudes, tenint en compte que alguns JVP ja han començat a acatar la directriu del Tribunal Suprem i a aplicar efecte suspensiu a altres persones privades de llibertat amb el consegüent perjudici irreparable com és, per exemple, la pèrdua d'una feina.

Tot i l'anterior, evidentment, la política penitenciària catalana ha de continuar en direcció d'aplicar mecanismes de reinserció, si bé seria convenient que les propostes del mecanisme que es consideri oportú no fossin en unitat d'acció (mateixa data i mateixa proposta de mecanisme). A més, és més habitual a la praxi penitenciària que diferents persones privades de llibertat condemnades en un mateix procediment siguin valorades per diferents juntes de tractament, amb diferents dates i propostes de mecanismes, atenent el principi d'individualització científica.

Finalment, atenent a la situació i en vista de les resolucions dictades i que es puguin dictar, pot ser una bona ocasió per revisar les circulars aprovades per la Secretaria en matèria de règim flexible i de l'article 117 RP. Quant a règim flexible, la circular és de l'any 2005 i recull elements que no tenen aplicació pràctica en la praxi actual com és que es fa referència que, per aplicar el mecanisme, es valorarà que els interns hagin gaudit de sortides, element que l'any 2005 sí que exigien els professionals, però que avui dia aquesta exigència ha decaïgut, i és un exemple d'aquesta realitat algunes de les persones condemnades en el procés.

També seria una bona oportunitat per impulsar encara més l'aplicació de l'article 100.2 RP. Amb relació al mecanisme de l'article 117 RP, també seria convenient revisar la circular i impulsar encara més l'aplicació d'aquest mecanisme, sense al·ludir a paràmetres com ara la durada 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

