

**Causa especial 3/20907/2017**

**Ejecutoria**

**Rollo de apelación art. 100.2 Carme Forcadell**

**A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

**EL FISCAL** en el recurso de apelación formulado contra el Auto de 28 de abril de 2020 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Lleida, que aprobó la propuesta de régimen flexible del art. 100.2 RP a la penada Carme Forcadell Lluís, despachando el traslado que le ha sido conferido para informe sobre competencia e instrucción, **DICE:**

1. La cuestión de la competencia para conocer del recurso de apelación contra los Autos de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que resuelven sobre la aplicación del llamado régimen flexible del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario es muy controvertida dada la redacción de la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de difícil interpretación.

2. El Fiscal Provincial de Lleida formuló apelación ante la Audiencia Provincial contra el referido Auto. Así se ha hecho igualmente por los Fiscales de la Fiscalía Provincial de Barcelona en las restantes ocasiones en que en esta Causa especial 3/20907/2017 se ha recurrido en apelación contra decisiones de aplicación del art. 100.2 RP. De hecho, existen varios recursos contra otros penados de la causa especial 3/20907/2017 (Cuixart, Sánchez, Bassa, Forn) que se hallan pendientes de resolución en la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª.

3. El criterio competencial seguido por el Fiscal Provincial de Lleida venía amparado en la Conclusión Quinta de las Jornadas de Fiscales especialistas en Vigilancia Penitenciaria de 2015 donde se llegó al siguiente acuerdo: “Corresponde a la Audiencia Provincial del Centro Penitenciario de destino por tratarse de materia diferenciada de la clasificación, ya que no se recurre el grado; se controla la legalidad de la actividad penitenciaria en materia de régimen y tratamiento. Rige en definitiva la Disposición Adicional Quinta apartado tercero de la LOPJ”.

4. No obstante, la cuestión dista mucho de ser pacífica e incontrovertida.

El propio acuerdo citado no fue unánime sino que fue adoptado por simple mayoría, a modo de lograr un criterio unificado de actuación, redactándose por los discrepantes un voto particular que, documentado en el propio acuerdo, dice: “Conceptualmente la clasificación supone la asignación a un penado de un grado, determinando el modelo regimental más adecuado a las exigencias de su tratamiento -art. 63 LOGP-; la clasificación a su vez define el modo de ejecutarse las penas privativas de libertad en nuestro sistema penitenciario -72.1 LOGP-; y finalmente, el principio de flexibilidad establecido en el artículo 100.2 RP conlleva la asignación de aspectos regimentales correspondientes a grados diferentes por ser imprescindible para la ejecución de un programa individualizado de tratamiento.

Sentado todo lo anterior, debe concluirse que el principio de flexibilidad entraña una modalidad especializada de clasificación, y por esa razón sistemáticamente el RP lo reguló encabezando el Capítulo II del Título IV bajo la rúbrica “clasificación”, y en un apartado –el 2 del artículo 100 RP- inmediatamente posterior al de la enunciación del principio de correlación de grados y regímenes - apartado 1 del art. 100 RP-. Por consiguiente, al constituir el principio de flexibilidad en definitiva una modalidad especial de clasificación, debe encuadrarse como materia de ejecución de penas, del mismo modo y manera

que la clasificación misma, a los efectos de la Disposición Adicional Quinta de la L.O.P.J., en su apartado 2. Por esta razón entendemos que los recursos de apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en materia de principio de flexibilidad deben ser conocidos por el Juez o Tribunal Sentenciador”.

Las propias dudas suscitadas por los Fiscales especialistas son las mismas que explican la actuación diversa de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

Frente a resoluciones que estiman competente a la Audiencia Provincial del lugar del Centro penitenciario por considerar que se trata de una materia de tratamiento, otras resoluciones estiman que ha de ser competente el sentenciador al hallarnos ante materia propia de ejecución o clasificación.

En este último sentido, además del criterio en este caso del Juez de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Lleida, cabe citar, entre otras resoluciones, el Auto 182/2020, de 1 de abril, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como tribunal sentenciador, que anuló la aplicación del art. 100.2 en el Rollo número 28/2020 en trámite de apelación contra el auto 5 de marzo de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Valladolid en el procedimiento de clasificación nº 488/2018-0002 (caso Urdangarín), auto que cuenta con un Voto particular, o el Auto 149/2020, de 9 de marzo, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Tenerife (igualmente como tribunal sentenciador), que confirmó en apelación la denegación del art. 100.2 a un interno en el Centro penitenciario de Madrid VI .

En definitiva, en la práctica resulta que hay juzgados de vigilancia penitenciaria que remiten las apelaciones contra la resolución del artículo 100.2 RP a la Audiencia Provincial del Centro Penitenciario donde cumple el interno condena y otros al Juzgado o Tribunal Sentenciador.

Se hace por ello necesario que esa Excma. Sala, al examinar su propia competencia, fije doctrina unificadora. Basta pensar que ello puede afectar a internos de una misma causa, lo que efectivamente sucede en esta causa especial 3/20907/2017, o en la citada de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca si se repara en que en el Centro Penitenciario de Brians 2 cumple condena otro coacusado, Diego Torres, al que se le ha propuesto la aplicación del régimen del art. 100.2 RP.

5. La fijación competencial trae anudada otra importante consecuencia, pues si esa Excma. Sala entiende que el competente para la resolución del presente recurso es el tribunal sentenciador, la naturaleza de la materia no permite, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta apartado 2 de la LOPJ, la ejecutividad inmediata sino que la decisión de aplicación del régimen flexible del artículo 100.2 del R.P. al interno deberá hasta su firmeza quedar en suspenso siempre que se hallare cumpliendo una pena superior a cinco años y suponga la excarcelación del penado.

6. En el caso presente analizado respecto de Carme Forcadell Lluís, ejecutoria de la Causa especial 3/20907/2017, el examen competencial no puede ir desligado de la aplicación del art. 100.2 a otros copenados en la misma causa.

Ello es así por dos razones.

En primer lugar, por cuanto la decisión de esa Excma. Sala, a tenor del art. 21 LECriminal que no permite promover ni formar cuestiones de competencia con el Tribunal Supremo, afectará directamente a la competencia para la decisión de los restantes recursos de apelación que se hallan pendientes o que se interpongan en esta causa.

En segundo lugar, por cuanto la cuestión competencial no es ajena a la utilización del art. 100.2 RP en esta causa de una manera no excepcional ligada a un programa concreto y acorde a su finalidad sino para variar el signo del fallo. Se procede a desarrollar esta línea de argumentación en el apartado siguiente.

**7.** La clasificación es una actividad que compete a la Administración por la que se asigna a los penados el grado adecuado al tratamiento, lo que permitirá destinarlos a los establecimientos del régimen que corresponda. Existen tres grados de clasificación penitenciaria, primero o cerrado, para internos peligrosos con especiales medidas de seguridad, segundo, que es el ordinario con permanencia de 24 horas en prisión y, tercero o abierto, que implica la salida varias horas de prisión en régimen de semilibertad, si bien el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de 8 horas diarias.

El art. 100.2 responde a la introducción en el Reglamento Penitenciario de 1996 del principio de flexibilidad en el sistema. Dispone: “No obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del JVP correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”.

Se entiende no como un grado intermedio de clasificación (un grado “primero y medio” o “segundo y medio”), sino como un instrumento finalista y de naturaleza excepcional, es decir: que permite combinar aspectos de distintos grados, pero solo para así poder ejecutar un programa de tratamiento que de otro modo no pudiera ser ejecutado y solo al objeto de lograr con tal programa la

reinserción y rehabilitación del interno.

El mecanismo contiene una fórmula excesivamente amplia, con un alto grado de discrecionalidad, que genera un alto riesgo de arbitrariedad. De hecho, los Jueces de Vigilancia en sus reuniones de 2006 y 2007 instaron una reforma legislativa para que el art. 100.2 fuera regulado por Ley Orgánica e igualmente interesaron que su aplicación no fuera ejecutiva hasta su autorización por el Juez de Vigilancia. Igualmente, los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria en las Conclusiones de sus Jornadas, señalan la necesidad de que se ponga de manifiesto el objetivo tratamental que se pretende alcanzar con la aplicación del art. 100.2 (Conclusión 29ª de las Jornadas de 2015).

El margen de discrecionalidad administrativa que implica el principio de flexibilidad en su regulación actual es patente, y puede convertirse en un peligroso cauce para eludir el cumplimiento de las decisiones judiciales.

Con ocasión de la ejecución de la sentencia 459/2019, de 14 de octubre, de esa Excma. Sala, el art. 100.2 del Reglamento Penitenciario ha sido propuesto a todos los penados en prisión. A los pocos meses de la firmeza de la citada sentencia, que condenó por sedición y malversación a penas graves de prisión que oscilan entre 9 y 13 años, y pocos días después de ser clasificados en segundo grado, a todos ellos, sin excepción, se les ha aplicado el art. 100.2 por la Administración penitenciaria catalana.

Los programas de tratamiento que amparan inicialmente la adopción de esas medidas son, cuando menos, llamativos: para cuidar a su madre (Forcadell), por igual razón y por tomar vacaciones la cuidadora, pese a existir otros familiares (Bassa); para trabajar en su propia empresa (Cuixart); para impartir clases en una Universidad (Junqueras), para trabajar (Forn, Rull y Turull, con salida de 12 horas de lunes a viernes); para labores de voluntariado y trabajo (Romeva y Sánchez). Esos programas han ido, a medida que el Fiscal los cuestionaba en sus recursos,

ampliándose.

La Fiscalía Provincial de Cataluña ha informado en contra de dichas decisiones al estimar que no se sustentan en verdaderos programas de tratamiento. La reinserción de los delitos cometidos, a juicio de esos recursos, no pasa por cuidar a familiares, acudir a voluntariado, llevar la anterior vida laboral o difundir en clase las propias ideas, sino en programas que reinserten al interno, paliando aquellas carencias que le llevaron a la comisión del delito. Y estos internos no han cometido el delito por sus relaciones familiares, por carencias de hábitos laborales o ausencia de consciencia de ayuda social, sino por abusar de la situación de poder que ostentaban convirtiendo su propia voluntad en ley. Por ello, los programas de reinserción en tales casos serían aquellos tendentes a inculcar el respeto a la Constitución y a las leyes, como principio básico e inderogable de un Estado democrático y de Derecho.

El goteo cronológicamente medido de esas decisiones desde el 13 de febrero al 5 de marzo; su aplicación a todos ellos sin excepción; el haberse adoptado con el cumplimiento efectivo de una parte poco significativa de las penas impuestas (en muchos de los casos ni siquiera cumplida la cuarta parte); la gravedad de los delitos cometidos; el hecho de que la mayoría no reconoce la comisión delictiva y no asume su responsabilidad y; finalmente, la pública manifestación de alguno de ellos de su voluntad de volverlo a hacer; son todas ellas circunstancias que permiten inferir una política penitenciaria dirigida no tanto a su rehabilitación sino directamente al objetivo de alterar la decisión condenatoria de la sentencia y su efectivo cumplimiento.

La inferencia que se extrae de tales circunstancias no puede calificarse de aventurada en la medida en que viene expresamente corroborada por las propias manifestaciones públicas de la Consellera de Justicia de la Generalitat de Catalunya al declarar a los medios que el art. 100.2 se aplicará a todos los líderes soberanistas, recordando que es una anomalía que los “presos y presas políticas”

estén en prisión.

Por ello, en el caso concreto, el conjunto de estas decisiones de aplicación del art. 100.2 se asemeja a la concesión a todos de un tercer grado encubierto, ya que los efectos derivados de la aplicación de ese precepto no son diferentes de los que conlleva la concesión del tercer grado. La situación obtenida con el art. 100.2 es similar. Está, como señalaba el criterio de los Fiscales discrepantes con el contenido del acuerdo, en la propia naturaleza de las cosas en la medida en que se persigue la salida diaria salvo para pernocta de todos los penados en la misma causa. Lo que nos situaría en la órbita del fraude de ley con los efectos que previenen los arts. 11.2 LOPJ y 6.4 Código Civil.

En la medida en que la concesión de un tercer grado sería revisable en apelación por el Tribunal sentenciador, entendemos que procede en este supuesto que la Sala Segunda, en su condición de Tribunal sentenciador, y dada la función de unificación en la aplicación de las leyes que le corresponde como órgano supremo de la justicia ordinaria, conozca de la decisión de apelación.

**8. Sobre las razones de fondo por las que se impugna la decisión del Juez de Vigilancia el Fiscal señala que se contienen en el escrito de oposición al art. 100.2 dirigido al Juez de Vigilancia Penitenciaria y en el posterior recurso de apelación en su día presentado por la Fiscal Provincial de Lleida, cuyo contenido se da ahora por reproducido.**

Por cuanto antecede el Fiscal,

**SUPLICA A LA SALA** que teniendo por presentado este escrito con sus copias, le dé el correspondiente curso y, tras los trámites oportunos, resuelva en la forma interesada aceptando la competencia.

Madrid, 7 de julio de 2020.

## LOS FISCALES DE SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Fdo. Javier Zaragoza Aguado

Fdo. Consuelo Madrigal Martinez-Pereda

Fdo.: Jaime Moreno Verdejo

Fdo. Fidel Cadena Serrano

*Esta comunicación no puede ser considerada como la publicación oficial de un documento público.*

*La comunicación de los datos de carácter personal contenidos en el documento adjunto, no previamente disociados, se realiza en cumplimiento de la función institucional que el artículo 4.5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a los exclusivos efectos de su eventual tratamiento con fines periodísticos en los términos previstos por el artículo 85 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.*

*En todo caso será de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal al tratamiento que los destinatarios de esta información lleven a cabo de los datos personales que contenga el documento adjunto, que no podrán ser cedidos ni comunicados con fines contrarios a las leyes*