

## 10.2 Asuntos más relevantes en el Tribunal Supremo

Se da cuenta seguidamente de los asuntos más relevantes de este ejercicio que el Fiscal de Sala Delegado ha despachado ante el Tribunal Supremo en recursos de casación para la unificación de doctrina en materia de Vigilancia Penitenciaria, conflictos de jurisdicción, cuestiones de competencia y en general, asuntos que puedan plantearse en materia penitenciaria.

Entre los recursos de casación para la unificación de doctrina en el TS cabe destacar en este ejercicio 2018 las siguientes causas.

Como ya señalamos en anteriores memorias, la mayoría de los recursos de casación para unificación de doctrina están circunscritos a la cuestión de la concurrencia de los requisitos necesarios para la concesión de permisos penitenciarios y a la diferencia de tratamiento que los recurrentes denuncian de distintos órganos jurisdiccionales frente a situaciones que ellos consideraban como objetivamente *idénticas*, tal y como se pretende acreditar mediante las sentencias de *contraste*. En todos los casos, el informe del Ministerio Fiscal ha sido de solicitud de inadmisión de los recursos, al entender que no estamos ante una doctrina legal que haya de ser unificada sino ante la apreciación divergente de determinadas circunstancias valorativas y discrecionales por dos diferentes órganos judiciales y en relación a circunstancias personales que no son idénticas, por mucho que pueda existir una similitud en la duración de la pena o en el tipo de delito cometido.

El Fiscal de Madrid, don Emilio Sáez Malceñido preparó en marzo de 2018 un recurso de casación para unificación de doctrina que acordó interponer la Junta de Fiscales del Tribunal Supremo en marzo de 2018 (n.º de Fiscalía 26/2018). Dicho recurso, de enorme interés, se refiere a la interpretación que debe hacerse de la buena conducta del reo como requisito para el disfrute de permisos. Se aborda en el recurso el momento al que remontar el estudio de los requisitos del permiso; la naturaleza del requisito de la ausencia de mala conducta y cómo deben ser tratadas las vicisitudes sobrevenidas en relación a la conducta.

En relación con el asunto concreto, el Fiscal estimó que concurrían la identidad del supuesto legal de hecho, al tratarse de internos con sanciones por faltas graves o muy graves sin cancelar al pasar por la Junta de Tratamiento; la identidad de la norma jurídica aplicada (artículos 47 de la Ley y 154 del Reglamento) y la contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma, en concreto, al valorar la cuestión de la ausencia de mala conducta y desde una doble perspectiva y relevancia de la disparidad.

El requisito de la ausencia de mala conducta encierra dos aspectos, uno positivo sobre lo que el juzgador debe pronunciarse relativo al análisis de la implicación del interno en las actividades del centro, y otro negativo, relativo al historial disciplinario del interno, sobre lo que la norma no otorga margen interpretativo alguno, en el sentido de que, si existe una sanción por falta grave o muy grave sin cancelar, no concurrirá esta parte del requisito legal que, por tanto, no puede darse por cumplido.

En los autos de contraste, la Sala considera que una sanción por falta grave o muy grave sin cancelar al pasar el interno por la Junta de Tratamiento (en adelante JT), opera como elemento objetivo no susceptible de valoración, obstando a la concesión del permiso.

El auto recurrido entra a analizar el requisito en esa faceta negativa, al punto de justificar que se considera cumplido.

La Sala traslada el momento al que debe referirse el examen de los requisitos legales: al diferir el cumplimiento del requisito de la buena conducta al momento en el que el asunto es estudiado por el ponente, no se está realizando un control de la legalidad administrativa, sino alterando las reglas pacíficas sobre el estudio de los permisos de salida, contrariando la frase que se repite en los autos de contraste: cuando la Junta de Tratamiento estudió e informó el permiso de salida.

Con ello consideró el Fiscal que:

Se despliega una actividad revisora, proscrita tanto en apelación como en casación.

Se vulnera la jurisprudencia sobre el trato procesal del dato sobrevenido, constatación y puesta de manifiesto a las partes para contradicción. Para unos internos (autos de contraste) se atiende a las circunstancias concurrentes al pasar por la Junta de Tratamiento, pero para otro (auto recurrido) se valora el momento mismo del examen del asunto por la Sala, cuando es muy posible que de aplicar la misma regla a los primeros, sus sanciones ya habrían estado canceladas.

Ofrece el Ministerio Fiscal solución en el recurso al tratamiento de datos nuevos que arrojen luz sobre la conducta del interno: los datos sobrevenidos que afectan a las exigencias objetivas podrán valorarse si son extrapolables al día del acuerdo favorable o desfavorable de la JT, y no al día en que se somete el asunto a consideración judicial, sea primera o segunda instancia, sin perjuicio de que puedan sopearse al estudiar la siguiente propuesta de permisos. Por ejemplo, si gracias a una recompensa el interno tiene su sanción cancelada a la sesión de la JT, el requisito estaría cumplido. No así si el día de la cancelación es posterior a la sesión de la JT, aunque anterior a la fecha

de la resolución judicial. No son incidencias sobrevenidas en la evolución del interno a efectos de la STS n.º 308/2012, de 27 de abril, aquellas que son resultado del simple transcurso del tiempo y el efecto que éste causa en los requisitos objetivos, como alcanzar naturalmente el primer cuarto de la condena cumplida entre la JT y la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria, (en adelante JVP) o la Sala, o dejar cancelada la sanción en ese periplo.

Dicho recurso ha sido estimado parcialmente en la STS 124/2019, de 8 de marzo (Ponente Llarena Conde), cuya notificación llega al momento de cerrar estas líneas.

La sentencia señala –en referencia al efecto que produce en el requisito de la ausencia de mala conducta la existencia de una sanción disciplinaria no cancelada– que: «La regulación referida a los permisos penitenciarios ordinarios anteriormente expuesta no refleja que quienes tengan un expediente disciplinario activo estén privados de su disfrute, sino que fija un condicionante (ausencia de mala conducta) con un contenido semántico que, aunque evidentemente vinculado con el comportamiento disciplinario, no es su equivalente. Dicho de otro modo, la «ausencia de mala conducta» no desaparece, necesaria y automáticamente, por la mera existencia de un expediente disciplinario activo».

Acoge la resolución el criterio del Fiscal cuando señala que: «el requisito de la ausencia de mala conducta por sanciones no canceladas sólo podrá filtrarse a la fecha del acuerdo de la Junta de Tratamiento, siendo irrelevante una cancelación de sanciones acaecida, de forma natural, por el mero transcurso de los plazos legales entre dicho acuerdo y la resolución judicial que se dicte, pues la revisión de la legalidad del acto administrativo no alcanza a modificar los presupuestos fácticos que le sirvieron de base». Y añade: «debe concluirse que el simple transcurso del tiempo prefijado en el Reglamento Penitenciario para la cancelación de las sanciones disciplinarias, como sucedería también con el transcurso del tiempo que falte para el cumplimiento del primer cuarto de la condena también exigido en el artículo 47.2 LOGP y 154 del RP, son presupuestos de hecho que se contemplaron necesariamente en la resolución impugnada, de modo que carecen de una naturaleza excepcional que justifique la consideración de su concurrencia al tiempo del recurso de alzada, siempre que fueran correctamente computados en la decisión que se impugna».

En el recurso de casación para unificación de doctrina (n.º 8/20738/2017) el Fiscal apoyó y solicitó la estimación del recurso formulado por el interno. Se debatía, en general, la interpre-

tación que debe hacerse de la contradicción entre el artículo 318 del Reglamento Penitenciario y las Instrucciones 6/2005 y 3/2010 de IIPP. La cuestión concreta que se planteaba trata de decidir quién debe asumir el coste del transporte de un televisor perteneciente a un interno cuando este se traslada de centro penitenciario, en concreto, quién lo asume cuando el peso de las pertenencias del interno no supera la limitación de peso fijada reglamentariamente, 25 Kg (art. 318 RP). La duda que surge es si el coste del traslado del televisor debe sufragarlo la administración penitenciaria o el interno. La jurisprudencia menor sobre este punto es muy dispar. El Pleno del Tribunal Supremo (TS), de acuerdo con el dictamen de apoyo del Ministerio Fiscal, llega a la conclusión de que el Reglamento Penitenciario reconoce como derecho del interno que, el trasladado a otro establecimiento penitenciario implica que el transporte de sus pertenencias personales con un peso no superior a 25 kilogramos sea con cargo a la administración penitenciaria, ello para todo interno, sin distinción, tanto si el traslado es forzoso como si es voluntario, y sin hacer mención alguna a objetos de especiales características. Estima igualmente la Sala en Pleno que las Instrucciones de IIPP antes citadas, que excepcionan determinados enseres como la TV, evidencian la infracción del principio de jerarquía normativa, ya que el derecho del interno al traslado de sus pertenencias es configurado reglamentariamente en atención a parámetros de objetividad cuantitativa (peso), y ello se lleva a cabo a través de una disposición administrativa que tiene carácter normativo –Reglamento Penitenciario–, limitándose el citado derecho a través de normas de rango inferior –Instrucciones– que implican directivas de actuación u órdenes generales que no innovan propiamente el ordenamiento jurídico. La Sala decidió mediante sentencia del Pleno 657/2018, de 14 de diciembre, que procede unificar la discrepancia, en el sentido de considerar no correcto el criterio mantenido por el auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, y corregir el mismo en el sentido de que, como regla general, la Administración Penitenciaria debe asumir el coste del transporte del televisor en los supuestos de traslado del interno de establecimiento penitenciario, cuando el total de sus pertenencias, incluido el televisor, no supere el límite de peso fijado (25 Kg), y ello con independencia del carácter forzoso o voluntario del traslado del interno, además de que la Administración asumirá todos los gastos cuando el interno carezca de recursos económicos.

Entre las cuestiones de competencia merece destacarse por su importancia práctica la siguiente. En la Memoria del año pasado se señalaba que se hallaba pendiente de resolución la cuestión de compe-

tencia (causa 6/20850/2017) suscitada entre el Juez de lo Penal y el JVP sobre una materia en la que se observa en la jurisprudencia una cierta disparidad de criterios que conviene clarificar.

El incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (TBC) cuando la misma opera como sustitutiva de una pena privativa de libertad en el caso conforme al derogado artículo 88 CP (pero cabría también conforme al régimen de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa) suscita resolver qué órgano jurisdiccional, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o el órgano que conoce de la ejecución, es el competente para estimar incumplida la pena de TBC y con ello arrastrar la decisión de fondo de revocación del beneficio.

En el caso debatido, el incumplimiento se produjo en la pena de TBC impuesto en aplicación del art. 88 CP (en la redacción anterior a LO 1/15), atendiendo a que el n.º 2 del precepto determinaba que, «en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará...». El JVP ha dictado auto estimado que el TBC ha sido incumplido. El Juez de lo Penal decide no revocar la sustitución y acordar que se cumpla la pena de prisión e insiste en que se continúe cumpliendo el TBC. Se eleva la cuestión de competencia por el JVP.

Es de señalar que contra el auto del JVP declarando incumplido el TBC no se formuló apelación que hubiera correspondido decidir al órgano sentenciador.

En las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016 esta materia fue objeto de tratamiento y se concluyó que la competencia para valorar las incidencias en la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, una vez elaborado el plan corresponde, correspondía al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, siendo el auto que declara el incumplimiento recurrible en reforma y apelación. La competencia para conocer del recurso de apelación corresponde, por aplicación de la D.A. 5.ª de la LOPJ, al Juzgado o Tribunal sentenciador (conclusión 12.ª). También se acordó en dichas Jornadas que «una vez se dicte auto de incumplimiento y sea firme, no cabe posterior revisión por parte del Juzgado o Tribunal que tramita la ejecutoria, procediéndose a plantear cuestión de competencia en caso de que por parte del Juzgado o Tribunal que tramita la ejecutoria se produzca esta posterior revisión» (conclusión 13.ª).

En refuerzo de dicha postura, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 96/2017, de 17 de julio, parece resolver la cuestión a favor del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, reclamando de éste al

dictar auto declarando incumplido el TBC un canon reforzado de motivación al afectar a la libertad del penado.

La decisión del TS que se esperaba era por ello de especial interés, habiéndose producido mediante auto de 5 de noviembre de 2018 (Pte. Jorge Barreiro). Señala el citado auto:

«La controversia se centra en determinar la competencia objetiva de los juzgados implicados a la hora de asumir la ejecución de la pena de TBC que fue impuesta como sustitutiva por el Juzgado de lo Penal con respecto a la pena de un año de prisión, por la autoría de un delito de atentado. Y más en concreto, si las opciones que prevé el art. 49 del Código Penal para controlar el cumplimiento de la pena de TBC, pueden ser modificadas por el juzgado sentenciador una vez que el penado no ha recurrido en apelación la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria consistente en declarar incumplida la pena y remitir el expediente al Juzgado de lo Penal para que prosiguiera realizando el trámite de ejecución que prevé la Ley.

Es importante advertir con carácter previo que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Jaén se ajustaba a la redacción del Código Penal anterior a la reforma de 2015, dado que los hechos enjuiciados tuvieron lugar el 21 de enero de 2011 y fueron juzgados en abril de 2013. Por lo cual, se encontraba vigente en esas fechas el art. 88 del C. Penal (derogado por LO 1/2015) y también el actual art. 49 del mismo texto legal a los efectos de la ejecución de la pena de TBC.

Así las cosas, una vez que la Juez de Vigilancia Penitenciaria estimó en fase de ejecución de la sentencia que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 49 del Código Penal procedía declarar incumplida la pena, dictó el correspondiente auto en ese sentido. La resolución, después de desestimarse el recurso de reforma del penado, era recurrible en apelación ante el Tribunal sentenciador, tal como dispone la disposición adicional quinta, n.º 2, de la LOPJ, por tratarse de una cuestión relativa a la ejecución de sentencia. Sin embargo, al no recurrir en apelación el penado, la resolución del Juzgado de Vigilancia adquirió firmeza perdiendo así el Juzgado de Vigilancia la competencia para controlar la ejecución de la pena.

En efecto, ubicados en esa tesitura procesal, la Magistrada del Juzgado de lo Penal resolvió con arreglo a la norma que se hallaba en vigor en el momento en que dictó la sentencia y acordó la aplicación de la pena privativa de libertad sustituida en su día, ajustándose así a lo dispuesto en el art. 88.2 del Código Penal. Esto es, ordenar que el penado cumpliera la pena de los 83 días de prisión que quedaban pendientes. Y así lo hizo la Juez en auto de 6 de octubre de 2016.

Sin embargo, a instancias del recurso de la defensa del penado, ese auto fue revocado y se acordó por otro de 1 de diciembre de 2016, que se prosiguiera con la ejecución de la pena sustitutiva de TBC, hasta cumplimentar los 83 días que restaban argumentando para ello, el criterio de la reinserción social y la evitación del cumplimiento de las penas cortas privativas de libertad, sin aludir en cambio a precepto alguno que posibilitara la inaplicación del art. 88.2 del texto punitivo.

Por consiguiente, le asiste la razón a la Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando arguye que ya ha perdido el control de la ejecución de la pena de TBC y que ha de ser ahora el Juzgado de lo Penal el que ejecute la pena privativa de libertad, puesto que ha resultado firme la declaración del incumplimiento de la pena privativa de derechos (...)

En consecuencia, se considera competente para conocer del control de la pena o, en su caso, de la medida de trabajos en beneficio de la comunidad, al Juzgado de lo Penal que dictó la sentencia que se halla en trámite de ejecución».

Por último, procede dar cuenta de la Nota de servicio 1/2018 dictada por el Fiscal de Sala Delegado a raíz de la notificación de la STS 603/2018, de 28 noviembre, dictada por el Pleno (por interés casacional) en el recurso de casación n.º 828/2018.

Dicha Nota, aprobada por la Fiscalía General, es del siguiente tenor: «Adecuación de la Conclusión 11.ª de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016 a la doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia 603/2018, de 28 de noviembre, del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo».

Primero. En las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria se han venido aprobando en relación con los trabajos en beneficio de la comunidad determinadas conclusiones.

El objeto de la presente Nota es adecuar dichas conclusiones a la doctrina contenida en la STS 603/2018, de 28 noviembre, dictada por el Pleno (por interés casacional) en el recurso de casación n.º 828/2018.

Segundo. De las principales conclusiones establecidas en nuestras Jornadas de Fiscales especialistas, fundamentalmente en las Jornadas de 2016 (conclusiones 10.ª a 13.ª), se ve afectada la Conclusión 11.ª, manteniendo su vigencia las demás.

Tercero. La conclusión 11.ª, que fue modificada tras la Nota 1/2016 del Fiscal de Sala de Vigilancia Penitenciaria habida cuenta de la contradicción sobrevenida entre la conclusión 11.ª y la ulterior con-

sulta 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, quedó redactada del modo siguiente:

Primero. Cuando los trabajos en beneficio de la comunidad sean la forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria (art. 53 CP), el incumplimiento habrá de generar la incoación de nueva causa por delito de quebrantamiento. Así lo establece la Consulta, de valor vinculante y preferente al de las conclusiones de las jornadas.

Segundo. Acerca del modo de cumplir el resto de la pena incumplida, en principio habrá que comunicar la circunstancia al Juez o Tribunal sentenciador (el que impuso la pena de responsabilidad subsidiaria por multa a cumplir en forma de trabajo en beneficio de la comunidad).

Ciertamente no será posible, salvo que el penado consienta cumplir las restantes jornadas de trabajo.

Si el penado no consintiera continuar el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad, en tanto que los trabajos no fueron impuestos como pena sino como forma –más favorable y consentida– de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria, será procedente el retorno a la responsabilidad personal subsidiaria, a cumplir bien en prisión, bien mediante localización permanente si se tratare de delito leve.

El fundamento de esta interpretación estriba en que en estos casos los trabajos en beneficio de la comunidad son una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria.

Cuarto. La sentencia citada, que cuenta con un Voto particular, parte de los siguientes hechos:

La recurrente fue condenada por el Juzgado de lo Penal, confirmando la AP en apelación la sentencia por un delito de quebrantamiento de condena a pena de multa. En la ejecutoria se declaró la insolvencia de la penada, determinándose como responsabilidad personal subsidiaria la pena de 4 meses de privación de libertad a cumplir con 4 meses de trabajos en beneficio de la comunidad, a petición de la penada.

La acusada fue requerida por el Juzgado y después por el Servicio de Gestión de Penas, para el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad debiendo presentarse en el Servicio de gestión de Penas y Medidas Alternativas en el pazo de 15 días, para la elaboración del plan de ejecución, no compareciendo a dicha cita.

El TS casa la sentencia y absuelve del delito de quebrantamiento, al señalar como doctrina:

1. «La tipicidad como quebrantamiento de condena solamente puede predicarse en supuestos en que los trabajos constituyan pena principal», dice la sentencia, por lo que cuando de pena de TBC impuesta directamente se trata, es aplicable el artículo 49 CP y el incumplimiento de esa pena puede acarrear la añadidura de quebrantamiento ordenando la deducción, en su caso, de testimonio para aplicación del artículo 468 CP.

Aunque no es objeto de tratamiento en la sentencia habrá que entender que el TBC impuesto en aplicación del art. 71.2 CP es también pena directa y principal, al no tener existencia la pena de prisión inferior a 3 meses, como se colige de la Consulta 1/16, por lo que aquí también deberá deducirse testimonio por delito del art. 468 CP en caso de incumplimiento.

2. En el caso planteado en la STS 603/18, no se trataba de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta como principal, ni tampoco como sustitutiva de otra.

El cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria de 4 meses de privación de libertad, a cumplir con 4 meses de trabajos en beneficio de la comunidad a petición de la penada, se trata para la STS de un supuesto de suspensión de la pena privativa sometida a esa condición aceptada por aquella. Es decir, se estableció la posibilidad de cumplir los TBC como condición de suspensión de la pena privativa de libertad –la responsabilidad personal subsidiaria– en que se tradujo el impago de la multa a tenor del art. 84 CP.

El hecho de no presentarse la penada a la citación efectuada comportará la aplicación del art. 86. La consecuencia será –art. 86.1– la revocación de la suspensión y la ejecución de la pena suspendida (el arresto sustitutorio) cuando el incumplimiento sea grave y reiterado. Si no alcanza tal intensidad el incumplimiento, la consecuencia será la fijada en el art. 86.2 CP.

La naturaleza de suspensión *sui generis* que la STS 603/18 confiere al TBC impuesto en aplicación del art. 53 CP plantea problemas de competencia para su control judicial, no abordados en la resolución judicial. En la conclusión 10 de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia de 2016 se acordó: «El control de la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos como condición de la suspensión de la pena de prisión conforme a los arts. 80 y 84.1. 3.º del C.P. corresponde al Juzgado o Tribunal que tramita la ejecutoria, por cuanto la competencia del Juez de Vigilancia se limita única y exclusivamente a los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos como pena». Esa Conclusión fue refrendada por el TS en varias resoluciones, a partir del auto de fecha 3 de junio de 2016 (rec. 20251/16). Habrá que entender ahora también que en la responsabilidad personal subsidiaria por

impago de multa cumplida por medio de TBC, tratándose de una suspensión de la pena privativa de libertad, la competencia para el control de su ejecución corresponderá al tribunal sentenciador.

En cuanto a los TBC impuestos en aplicación del art. 53 CP que están en tramitación en los JVP, deberá seguir su control por estos órganos judiciales, dando cuenta, en caso de incumplimiento al órgano sentenciador para que resuelva lo que proceda conforme al art. 86 CP, sin deducir testimonio por quebrantamiento de condena.

Quinto. En consecuencia, debe modificarse la Conclusión 11 en su apartado Primero.

La citada Conclusión señalaba:

«Cuando los trabajos en beneficio de la comunidad sean la forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria (art. 53 CP), el incumplimiento habrá de generar la incoación de nueva causa por delito de quebrantamiento. Así lo establece la Consulta, de valor vinculante y preferente al de las conclusiones de las Jornadas.»

Se sustituye esa redacción por la siguiente:

Cuando en aplicación del art. 53 CP se impongan los TBC para cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia e impago de multa, tendrán la naturaleza de condición de la suspensión de aquella pena privativa de libertad, por lo que el control de su ejecución corresponderá al sentenciador, debiendo resolver sobre su incumplimiento con la aplicación del art. 86 CP, revocando la suspensión cuando sea grave y reiterado, sin deducción de testimonio por quebrantamiento de condena del art. 468 CP en ningún caso.

Cuando los trabajos en beneficio de la comunidad hayan sido impuestos en aplicación del art. 71.2 como sustitución de la pena de una pena inferior a 3 meses de prisión, se debe entender que el TBC es pena principal y el incumplimiento del TBC determina la responsabilidad por quebrantamiento de condena del art. 468 CP».

La Nota anterior está fechada en 31 de diciembre de 2018.