

10. VIGILANCIA PENITENCIARIA

10.1 **Actividad del Fiscal de Sala Delegado de Vigilancia Penitenciaria**

10.1.1 ACTIVIDAD FORMATIVA

En materia de formación continua, las *Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria* se celebraron los días 12 y 13 de noviembre de 2019 en la sede de la Fiscalía General. Fueron objeto de diferentes ponencias y mesas redondas en las que se trataron diferentes temas. El Secretario General de Instituciones Penitenciarias disertó sobre los retos, proyectos y actuaciones de la Secretaría General. Se abordaron en otras ponencias los problemas jurídicos que plantea la estancia de menores de tres años en los centros penitenciarios; la acumulación de condenas en la que se ofreció información acerca del programa informático del MJ para llevar a cabo el despacho de estos expedientes; la libertad vigilada y su desarrollo en la práctica, con expresa mención de la intervención de la administración penitenciaria y examen del modelo del agente de libertad condicional, en la que se contó con la colaboración del Director General de Ejecución Penal. En las mesas redondas, con un contenido muy práctico, se abordaron distintas materias: los problemas prácticos que plantea el art. 58 CP; las especificidades en la ejecución penitenciaria en delincuencia de género; y en relación a la Ley 23/14, los problemas que suscitan las entregas por OEDE para juicio condicionadas a que cumpla la pena en el país de la entrega.

Las veinte conclusiones alcanzadas tras el debate general, tras ser aprobadas por la Fiscal General del Estado, fueron difundidas a las fiscalías y han sido publicadas en la página web de la Fiscalía, dándose también traslado de las mismas a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, al Consejo General del Poder Judicial, y al Consejo General de la Abogacía.

En el ámbito de la formación inicial, los días 14 y 15 de noviembre, dentro del *Curso de formación inicial de la 58 promoción de la Carrera Fiscal*, se impartió en el Centro de Estudios Jurídicos el módulo correspondiente a la especialidad de Vigilancia Penitenciaria. Este año, al ser superior el número de alumnos respecto a promociones anteriores –108 en total–, se constituyeron cuatro grupos, participando como profesores algunos fiscales especialistas.

En la primera de las jornadas se desarrollaron las clases en el Centro, con un planteamiento eminentemente práctico en torno a cinco materias esenciales: funciones del juzgado de vigilancia penitenciaria,

permisos penitenciarios, clasificación, libertad condicional y visitas penitenciarias. En apoyo de estas clases, los profesores compartieron previamente en la comunidad virtual diverso material pedagógico en el que se incluía legislación, notas del Fiscal de Sala, acuerdos de las jornadas de fiscales especialistas, artículos doctrinales, modelos de informe o circulares e instrucciones de la SGIP.

Durante la segunda de las jornadas cada uno de los grupos realizó una visita a un centro penitenciario. Este año los establecimientos visitados fueron los centros de Soto del Real, Valdemoro, Aranjuez y Navalcarnero. En estas visitas estuvieron acompañados por el equipo de profesores, lo que sin duda contribuyó a un mejor aprovechamiento de la actividad por parte de los alumnos y sirvió para ilustrarles sobre la labor de IIPP y la importancia de la fase de ejecución penitenciaria de las penas privativas de libertad.

Como en años anteriores, la valoración de la actividad formativa ha sido muy positiva por parte de los fiscales en prácticas, que han tenido una participación muy activa en la misma, mostrando muchos de ellos su interés por la especialidad. Sirvan además estas líneas para agradecer a los responsables y personal de tales Centros la atención que nos han prestado.

10.1.2 ASUNTOS MÁS RELEVANTES EN EL TS

El Fiscal de Sala Delegado de Vigilancia Penitenciaria, en su condición también de Fiscal de la Sección Penal del Tribunal Supremo, tiene asumido el despacho de todos los recursos que se presentan ante dicho Tribunal 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 de vigilancia penitenciaria.

Se da cuenta seguidamente de los asuntos más relevantes y del criterio jurisprudencial establecido.

10.1.2.1 *Entre los recursos de casación para la unificación de doctrina en el TS cabe destacar en este ejercicio 2019 las siguientes causas*

A) 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 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 estos 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.

B) La Fiscalía Provincial de Madrid 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 buena conducta; y cómo deben ser tratadas las vicisitudes sobrevenidas en relación a la conducta del interno.

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 (ni cancelables) 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.

Son puntos esenciales del recurso:

– El requisito de la ausencia de mala conducta encierra dos aspectos, uno positivo sobre el que el juzgador debe pronunciarse valorativamente, 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 de la Sala, 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 revisoria, 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 (en adelante, JT), pero para otros (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 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 sopesarse 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 este causa en los requisitos objetivos, como alcanzar naturalmente el primer cuarto de la condena cumplida entre la JT y la decisión del Juzgado 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.

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».

La sentencia acoge el criterio del Fiscal cuando señala que: «el requisito de la ausencia de mala conducta por sanciones no canceladas solo 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 art. 47.2 LOGP y 154 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».

C) En el recurso de casación para unificación de doctrina (n.º 8/20738/2017) el Fiscal prestó apoyo y, en consecuencia, solicitó la estimación del recurso formulado por el interno. Se debatía, en general, la interpretación 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 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 sea con cargo a la administración penitenciaria de sus pertenencias personales con un

peso no superior a 25 kilogramos, ello para todo interno, sin distinción si el traslado es forzoso o voluntario, y sin hacer mención alguna a objetos de especiales características.

Estima igualmente la Sala en Pleno que las Instrucciones de Instituciones Penitenciarias (en adelante, IIPP) antes citadas, que excepcionan determinados enseres como los 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.

D) En el curso del año 2019 se planteó un interesante asunto que daría lugar a la STS 547/2019, de 12 de noviembre, acerca de los límites competenciales entre el juzgado de vigilancia penitenciaria y los jueces y tribunales sentenciadores en materia de abono de medidas cautelares, cuya regulación se contrae al art. 58 CP. Se ventilaba un recurso para unificación de doctrina que tuvo origen en el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 1 de Madrid acordando acceder al abono a la pena que el reo se hallaba cumpliendo, del período de tiempo durante el que rigieron diversas medidas cautelares en otro proceso, a saber, la prisión preventiva, las comparecencias *apud acta* y la privación del pasaporte, que ya había concluido con condena, pero hallándose aún pendiente de casación.

En definitiva, la controversia estribaba en determinar si es posible, para la rebaja de una pena de prisión que se está cumpliendo, el abono de la prisión provisional y de otras medidas sufridas en causa distinta, causa que está todavía en trámite y que no cuenta con sentencia firme.

La originalidad del asunto residía en que se trataba de un supuesto híbrido, pues si a un penado sobreviene otro proceso con medidas cautelares que concluye con absolución, la compensación correría a cuenta del JVP –art. 58.2 CP–, mientras que si decide con sentencia de condena procedería el abono de la garantía por parte del sentenciador –art. 58.1 CP–, más el auto aludido se planteaba si el juzgado de vigilancia penitenciaria no estaría facultado para, tras recaer nueva pena y aunque el fallo no hubiera ganado firmeza por la interposición de recursos, implementar los descuentos derivados de la vigencia de medidas impuestas en dicho proceso, abonando tal posibilidad.

Contra dicho auto se formuló por el Ministerio Fiscal recurso de apelación, que se turnó por ser tribunal sentenciador al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictándose resolución estimatoria del recurso 42/2019, de 16 de mayo; rollo de apelación 68/2019.

Sin embargo y considerando que existían precedentes jurisprudenciales en los que para casos idénticos se había llegado a una solución contraria, el interno acudió al Tribunal Supremo en busca de unidad interpretativa. Se invocaron como resoluciones de contraste los autos de la AP de Pontevedra (Sección 2.ª) n.º 245/2006, de 30 de mayo de 2006, y de la AP de Tarragona (Sección 4.ª) n.º 14/2018, de 19 enero de 2018. En tales resoluciones de contraste se reconoce genéricamente el derecho a que se abone el tiempo de preventiva en otra causa, aun cuando en la causa en que se adoptaron tales medidas no se haya dictado aún sentencia firme o decisión firme de condena o absolución de la que derive el sobrante. Frente a tal interpretación la doctrina del TS había resuelto a favor de la tesis contraria, si bien con un precedente único: la STS núm. 70/2007, de 31 de enero.

Se pretendía por tanto con el recurso pacificar la cuestión de la delimitación del ámbito de las funciones del juzgado de vigilancia penitenciaria en materia de abono de medidas cautelares, que solo de forma tangencial e incompleta había sido abordada a nivel doctrinal, en concreto en la Regla 147 de los Criterios Refundidos de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria 1981-2018, en cuyo primer apartado se indica textualmente que *el abono de la prisión preventiva en causa distinta a aquella en que se generó solo cabe respecto de causas en que la sentencia es absolutoria o condenatoria con exceso de cumplimiento*.

El auto de primera instancia defendía el principio de que el juzgado de vigilancia penitenciaria, siempre que concurrieran los requisitos previstos en el art. 58.3 CP, esto es, que los hechos por los que el individuo se hallara cumpliendo pena fueran anteriores a la medida cautelar, podría practicar el abono de las medidas cautelares sin espe-

rar a la conclusión de la causa, firmeza de la sentencia, en la que se decretaron, y se apoyaba en varios motivos. En primer lugar se invocaban razones de justicia material, pues en ocasiones la resolución del recurso que impide la firmeza del fallo se espacia en exceso y con ello se dilata la decisión que debe adoptarse sobre la medida pendiente de aplicar, lo que podría redundar negativamente en las fases por las que transita la condena que ya se estuviera materialmente atendiendo, puesto que ese abono anticipado podría posibilitar por ejemplo que el reo pasara a tener cumplido el requisito temporal para acceder al disfrute de permisos o incluso la libertad condicional.

Se apuntaba también que el art. 58 CP no establece como exigencia de procedibilidad que haya de esperarse al término de la causa en la que la cautelar rigió y que, por motivos prácticos, si la condena recurrida fuera finalmente revocada, el juzgado de vigilancia penitenciaria que hubiera apostado por practicar ese abono habría realizado adelantadamente una operación de liquidación que a la postre le incumbía por ley, y si por el contrario fuera confirmada la sentencia de condena el abono en causa propia ya estaría efectuado, impropia pero en tal caso bastaría con la ratificación *ex post facto* por el sentenciador de lo hecho por el juzgado de vigilancia penitenciaria.

Asimismo, se incidía en que lo relevante es si resultado final de ese abono arroja un perjuicio o un beneficio al interno, decantándose la balanza por lo segundo por cuanto un acortamiento de la condena en bruto ningún trastorno puede encerrar, y si esta operación puede llegar a lesionar cuestiones de orden o interés público, a lo que se contestaba de forma negativa, y se apoyaba el recurso en dos resoluciones que amparaban lo decidido por el juzgador de instancia, a saber, el AAP Tarragona 39/2018, Sección 4.^a –recurso 710/2017–, en el que se señalaba que el hecho de que el juzgado de vigilancia penitenciaria abonara una medida procedente de una causa inconclusa no comportaba *ningún riesgo para el sistema penal ni afectación alguna a los principios de retribución o de culpabilidad*, y el AAP Pontevedra 245/2006, de 30 de mayo, Sección 2.^a –recurso 37/2006–, para el que existe (...) *un importante riesgo: que la causa en que se impuso la prisión culmine con sentencia absolutoria y, por no ser diligentes en adelantar el abono de la prisión cautelar, esta se consolide como daño, sin justificación, al derecho a la libertad y, lo que es peor, sin posibilidad de reparación (...)*.

Por último, en el auto de primera instancia cuya interpretación se pretendía hacer valer a efectos de unificación de doctrina, se argüía que lo que la vigente regulación del art. 58 CP establece (...) *más que preferencia entre causas (primero, aquella en que se sufrió la prisión provi-*

sional y, solo en su defecto, la causa distinta), es la competencia para realizar el abono (...), de forma que si ya hay pena en firme corresponderá al órgano sentenciador practicar los descuentos oportunos – art. 58.1 CP–, y en cualquier otro caso al juzgado de vigilancia penitenciaria –art. 58.2 CP–, donde además de la hipótesis de la absolución y el exceso de cumplimiento, se proponía que en el auto debía incluirse el de la causa no conclusa.

Sin embargo, existían sólidos argumentos que se oponían a la decisión contenida en el auto del juzgado de vigilancia penitenciaria, dentro de los cuales los había que orbitaban en torno a aspectos meramente formales de este incidente de ejecución, ya que el art. 58 CP distingue entre las medidas cautelares sufridas en una causa que terminó con condena, cuya compensación incumbe a quien pronunció la sentencia, tratándose de una regla de aplicación automática –por todas, STS 70/2007, de 31 de enero–, y las adoptadas en un proceso que finalizó sin sanción penal, caso en el que se incluye el auto de sobreseimiento, la sentencia absolutoria y la sentencia condenatoria con exceso de preventiva, en todos los cuales se atribuye la competencia al juzgado de vigilancia penitenciaria, de modo que la mera existencia de una sentencia declarativa de culpabilidad impedirá, como mínimo y aun existiendo formalmente recurso contra ella, el planteamiento de toda intervención por parte del juzgado de vigilancia penitenciaria, pues así se deriva de la dicción literal del art. 58.1 CP, en el que se habla de que *el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada (...)*. Se infiere también del art. 58 CP la supletoriedad en los llamamientos para la intervención judicial, pues la actuación del sentenciador está en todo caso mediatizada por la existencia de una pena inmodificable, lo que hasta ahora solo es factible terciando sentencia firme, y el abono a manos del juzgado de vigilancia penitenciaria se hace depender exactamente de lo contrario, pues presupone que el interno posea, al menos, una causa finalizada y con condena efectiva y otra en la que no hubo sanción pero sí un rédito cautelar cuyo cómputo se reclama. De este modo, de contravenirse estos fueros de competencia establecidos en el art. 58 CP, que no son electivos pues las facultades se activan en función de si media condena o no, y sí subsidiarios e imperativos, se vulneraría el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley recogido en el art. 24.2 CE, y la resolución penitenciaria que atrajera hacia sí el tiempo de aplicación de una medida acordada en una causa penal no conclusa estaría viciada de nulidad al haberse pro-

ducido *por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional* –art. 238.1.º LOPJ–.

A la solución escogida en el auto de primera instancia se oponía también la situación que se generaría si finalmente se confirmara la condena pero otorgara el sentenciador la suspensión de la ejecución, ya que habría que anular el abono acordado por el juzgado de vigilancia penitenciaria porque en tal caso y existiendo una pena la tesitura generada por tal beneficio no comporta más que un modo de ejecutarla, y aunque la pena no se cumpla *in natura* esa preventiva solo podría destinarse a la propia condena para cuya efectividad se adoptó, consideraciones que son extensivas a la hipótesis de que la pena en cuestión fuera prescrita –por todas, STS 70/2007, de 31 de enero –RC n.º 1606/2006–. Y tal situación podría verse empeorada si cuando se dicta ese auto de suspensión/prescripción, resultara que el interno ya hubiera licenciado aquella condena beneficiada por la aplicación anticipada de la preventiva, pues no sería posible *devolver* esos días ya consumidos en prisión.

No obstante y de un modo muy excepcional, solo en el caso de que matemáticamente el sujeto llevase más tiempo de preventivo que pena nominativa hubiese recaído, y siempre y cuando el recurso contra tal sentencia procediera del propio penado, podría admitirse ese abono adelantado, pero no ya en razón de la ventaja que le reportaría ese descuento sobre la pena, a crédito de su futura firmeza, sino porque en tal situación impera la interdicción de la *reformatio in peius*, que es una ramificación del derecho fundamental de todo ciudadano a ser informado de la acusación formulada contra él, y cuya relevancia trasciende al ámbito penal –por todas, STC 36/2018, de 23 de abril, RA 1846/2016–, para extenderse a otros órdenes jurisdiccionales como el contencioso administrativo –por todas, Sentencia de Pleno del TC 27/2019, de 15 de mayo, CI 5926/2018–, o el laboral –por todas, STC 134/2008, de 21 de noviembre, RA 6075/2008–.

El Fiscal informó en el Tribunal Supremo señalando que ante las dos interpretaciones posibles de los arts. 58 y 59 CP, procede que por esa Excma. Sala se declare como doctrina legal: que no es posible el abono de medidas cautelares de una causa a otra en tanto la primera causa, en la que se adoptaron tales medidas se halle en tramitación y no cuente con sentencia o auto de sobreseimiento firmes.

Como argumento principal en favor de la tesis postulada por el Fiscal y finalmente acogida por la Sala, se esgrimió el siguiente: el art. 58.1 CP señala que el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado *en su totalidad* por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada (...). El art. 58.2 indica que

el abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el juez de vigilancia penitenciaria (...). Por consiguiente, cuando se suscita la idea de abonar el plazo temporal durante el cual un sujeto ha sufrido prisión provisional –u otra medida cautelar, entiéndase en lo sucesivo–, lo primero que hay que verificar es a qué órgano jurisdiccional compete la tarea, pues si la causa penal terminó con absolución –inclusive un auto de sobreseimiento, de acuerdo con la interpretación más favorable que sobre el incidente de abono de preventiva ha desarrollado el Tribunal Constitucional (entre otras, STC n.º 808/00, de 8 de mayo; n.º 2394/01, de 18 de diciembre; n.º 1108/03, de 21 de julio)–, el asunto se trasladará a los juzgados de vigilancia penitenciaria, pero si se pronuncia sentencia condenatoria es el propio juzgado o tribunal que conoció del enjuiciamiento y fallo quien debe proceder en tal sentido, pues el abono de la prisión preventiva en la propia causa en la que se decretó tal medida cautelar constituye una regla de aplicación absoluta, que opera *ope legis*, de forma automática, incluso, aunque en el fallo de la sentencia condenatoria no se consigne de modo expreso.

Esa regla por la cual se impone que, en primer lugar el abono se produzca en la misma causa y solo si no es posible se abone en otra distinta, tiene efectos prácticos: indulto, suspensión de la pena, prescripción de la pena, etc. Por verlo gráficamente, no sería admisible que la preventiva abonada en una pena indultada se aplicara a otra pena impuesta en distinta causa en la que no medió ese indulto. La aplicación a una u otra no se decide por la solicitud del penado sino por virtud de las reglas de competencia objetiva y funcional: solo si no resulta aplicable esa preventiva en la misma causa, en decisión que compete al órgano sentenciador, será aplicable en otra distinta, en competencia atribuida al juez de vigilancia penitenciaria.

Asimismo, podría argumentarse sobre la improcedencia de aceptar la solicitud del penado a quien en sentencia se le haya acordado la suspensión condicional de su pena, de que la preventiva se abone en otra causa en la que aquella suspensión condicional no conste aún; si será concedida o sencillamente no quepa automáticamente por la extensión de la pena.

Por ello, no es dable al penado aplicar dichos abonos en unas u otras causas según su elección.

Al igual que tampoco sería posible la aplicación de tales privaciones de modo fragmentario (v. gr.: solo una parte de la preventiva en la causa en la que se acordó –aunque con esa parte no se extinga toda la

pena– y la otra parte restante a conveniencia y elección del penado para ser aplicada en otra causa, para así por ejemplo obtener determinados cómputos penitenciarios en ambas causas si no fueren acumulables o enlazables).

Esa suerte de aplicación «a medida» de privaciones cautelares acordadas en causas no finalizadas choca frontalmente con la dicción del art. 58.1 CP cuando señala, como un *prius* y antecedente del apartado 2 de igual precepto, que el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador...».

Teniendo en cuenta, en lo que hace al caso que nos ocupa, que el procedimiento en el que el interno padeció medidas cautelares aún no ha sido rematado, no ha lugar a realizar pronunciamiento alguno sobre el destino a dar a las medidas cautelares aplicadas en tal causa, pues no estamos frente a realidades sino ante meras expectativas, y el derecho al abono ante el JVP surge en derecho únicamente tras la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento. Es decir, el incidente del art. 58.2 es vicario de la preexistencia de una resolución firme de fondo sin sanción penal (o con sanción que no alcanza la totalidad de la prisión preventiva), pues en otro caso sería de aplicación el art. 58.1, de forma que una vez firme una sentencia condenatoria con preventiva preliminar, se pone en funcionamiento una ficción consistente en considerar que el período de prisión provisional se tiene por aplicado y de forma inmediata, aunque será la correspondiente liquidación de la condena la que refleje documentalmente esta operación.

Así, el abono de la preventiva en la propia causa en la que se estableció la caución constituye una norma que no admite excepción alguna, pues son los propios términos imperativos de la Ley los que no dejan margen a divagaciones –el tiempo de la prisión preventiva será abonado en su totalidad, se dice–, lo que conlleva que el penado tendrá que asumir únicamente el tiempo que le reste por cumplir –la diferencia entre el tiempo global de la pena privativa de libertad y el de la preventiva–.

Es cierto que no dice expresamente el art. 58.1 que haya de esperarse a que termine la causa en trámite, pero ello por lógica se infiere de los términos del art. 58 CP, que en su aplicación presupone la concurrencia del requisito consistente en que el interno posea al menos una causa en la que fue condenado –y que se esté ejecutando en prisión, pues si la pena fuera suspendida o sustituida no procedería tal abono a cargo del JVP– y otra en la que no hubo sanción o esta no alcanza toda la cautelar impuesta –en la que padeció la medida caute-

lar cuyo cómputo se demanda—. Huelga decir que es preciso que esa ausencia de condena sea efectiva e inatacable.

Finalmente, y advertida la disparidad de criterios exegéticos, en la parte dispositiva de la STS 547/2019 el Alto Tribunal *acordó unificar la discrepancia formulada, señalando como doctrina legal unificada que no es posible el abono en una ejecutoria, de la prisión preventiva o medidas cautelares, adoptadas en otra causa que aún se halla en tramitación, sin haber concluido definitivamente.*

Y coincidiendo exactamente con la fecha de la indicada sentencia –12 de noviembre de 2019–, se celebraron las Jornadas de Fiscales especializadas de Vigilancia Penitenciaria –días 12 y 13 de noviembre de 2019–, en las que como Conclusión 14.^a se estableció idéntico criterio doctrinal.

10.1.2.2 *Cuestiones de competencia*

Entre las *cuestiones de competencia* merecen destacarse por su importancia práctica las siguientes.

A) En la memoria del año pasado se señaló que se hallaba pendiente de resolución la cuestión de competencia (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 (en adelante, 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 sobre un 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 dictó auto estimando que el TBC había sido incumplido, pero el Juez de lo Penal decidió no revocar la sustitución y acordar que se cumpliera la pena de prisión, insistiendo en que se continúe con el cumplimiento del TBC. Por todo, se decidió elevar 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: 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 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 LOPJ, al juzgado o tribunal sentenciador (conclusión 12). 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).

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

La decisión del Tribunal Supremo que se esperaba, era por ello de especial interés. Se ha producido mediante Auto de 5 de noviembre de 2018. 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 C. 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 con 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».

B) Se han suscitado cuestiones de competencia ante el TS acerca de quién –JVP o juez sentenciador– debe controlar el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad cuando han sido impuestos en virtud del art. 53 CP.

Los JVP que han suscitado la cuestión negativa sostienen que cuando los trabajos se acuerdan –como aquí sucede– al amparo de los arts. 53 (o también en los casos de los arts. 80 y 84.1. 3.^a CP) no se trata de una verdadera pena sino de una condición o requisito para la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, en cuyo caso el control acerca del cumplimiento corresponde al tribunal sentenciador.

El Fiscal del Tribunal Supremo ha informado en tales causas estimando competente para conocer del control de los TBC impuestos al amparo del art. 53 CP al juzgado sentenciador. El criterio del Fiscal es el expresado en el apartado siguiente al distinguir la naturaleza de los TBC.

En los TBC como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa del art. 53.1 CP no se habían planteado conflictos, residenciándose tradicionalmente la competencia en el juzgado de vigilancia penitenciaria. Ahora bien, las cosas cambian con la Sentencia 603/2018, de 28 noviembre, dictada por el Pleno de la Sala Segunda del TS (por interés casacional) en el recurso de casación n.º 828/2018. La naturaleza de suspensión *sui generis* que la STS 603/2018 confiere al TBC impuesto en aplicación del art. 53 CP, incide en la solución que ha de darse a los problemas de competencia para su control judicial.

La sentencia ha obligado a una nueva adaptación de la posición de la Fiscalía en esta materia, lo que se ha hecho a través de la Nota 1/2018 del Fiscal de Sala de Vigilancia Penitenciaria, de la que se da extensa cuenta en otro apartado de esta memoria.

La Sala Segunda ha resuelto la primera cuestión de competencia en el Auto 9967/2019, de 3 de octubre (cuestión de competencia n.º 6/20500/2019), en línea con la doctrina recogida en la STS 603/2018 y acogiendo la tesis del Fiscal. Por tanto, el control de los TBC en casos del art. 53 CP corresponde al órgano sentenciador que conozca de la ejecutoria, al actuar los TBC como una especie de condición de la suspensión de la pena privativa de libertad. Ello supone que, en caso de incumplimiento, no se aplica el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP. En caso de ser un incumplimiento grave y reiterado, procedería la revocación de la misma conforme a lo previsto en el art. 86 CP.

No obstante, la cuestión es más amplia en tanto afecta igualmente a la pena de localización permanente impuesta como responsabilidad subsidiaria por impago de multa –a la que no se refiere el TS en la citada sentencia 603/2018 y por ser cuestión sobre la que no se ha pronunciado el TS en ninguna otra resolución–.

Dos fiscalías –Sevilla y Madrid– han suscitado la cuestión de la consecuencia de la inobservancia de la localización permanente impuesta al amparo del art. 53.2 CP. Basta recordar que la Con-

sulta 1/2016 de la FGE (y antes la Consulta 6/1999) señaló que el incumplimiento de la localización permanente en tales casos generaba el delito de quebrantamiento del art. 468 CP. Tras la STS 603/2018 se cuestionan si procede retirar las acusaciones ya formuladas y no acusar en el futuro. La Secretaría Técnica de la FGE fue consultada por la Fiscalía de Sevilla, a cuyo órgano le fue comunicado que habrá de seguirse, por coherencia, el mismo criterio que para los TBC en casos del art. 53.2 CP. Ese es, por tanto, el criterio que se ha seguido por la Fiscalía de Sevilla y asimismo por la de Madrid. La cuestión no es, a juicio de los especialistas de algunas fiscalías territoriales, del todo pacífica. Al argumento de la coherencia o congruencia entre la solución adoptada para los TBC y la que se ha de adoptar para la localización permanente, cabría oponer el mayor esfuerzo criminal que se despliega para el incumplimiento en el segundo caso.

En este sentido resulta de interés dar cuenta de que en la Fiscalía de Alicante se ha elaborado una completa y sistematizada Nota de Servicio 2/2019 que, por su interés, se reproduce a continuación.

Esquema resumen de competencia de control y consecuencias del incumplimiento de los TBC (y de la localización permanente) tras las últimas resoluciones del Tribunal Supremo:

«Por el Fiscal Decano de Ejecutorias y Vigilancia Penitenciaria se ha efectuado el resumen de la última jurisprudencia y notas de servicio sobre la materia arriba indicada, que resulta de gran utilidad y que dice:

a) *Trabajos en beneficio de la Comunidad*

1. TBC, pena del tipo. Controla su ejecución el Juez de Vigilancia Penitenciaria. En caso de incumplimiento se aplica el art. 468 CP.

2. TBC en sustitución obligatoria de pena inferior a tres meses de prisión (pena impuesta por aplicación del art. 71.2 CP). Controla el JVP y en caso de incumplimiento se aplica el art. 468 CP.

3. TBC, pena sustitutiva de prisión (art. 88 CP, aplicable para hechos anteriores a la vigencia de la LO 1/15, es decir, hasta el 1 de julio de 2015). Controla el JVP y en caso de que declare el incumplimiento por auto firme no hay quebrantamiento del 468 CP. El sentenciador puede acordar el cumplimiento de la prisión originaria o aplicar el régimen de la nueva suspensión, si es más favorable. Lo que no podrá el sentenciador es ordenar el cumplimiento de un nuevo plan de TBC.

4. TBC, por aplicación de la regla de la suspensión condicionada de los arts. 84 y 80.3 CP. Controla el sentenciador (ATS 3 de junio

de 2016, recurso 20251/2016; y auto de 8 de julio de 2016, recurso 20470/2016). En caso de incumplimiento (de los TBC) no se aplica el art. 468 CP. Si es grave o reiterado, se aplica el art. 86 CI), con revocación de la suspensión se ejecuta la pena de prisión suspendida (con el abono correspondiente –art. 86.3 *in fine*–).

5. TBC, forma de cumplimiento de la RPS por impago de multa del art. 53.2 CP. A partir de STS 603/18, de 28.11 (ver nota de servicio 1/19), controla el sentenciador, al actuar como una especie de suspensión por lo que, en caso de incumplimiento, no se aplica el art. 468 CP. En caso de ser grave y reiterado, procedería la revocación de la misma conforme a lo previsto en el art. 86 CP.

b) *Localización permanente*

Respecto de la localización permanente, aunque no ha sido abordado por las últimas resoluciones del TS, habrá que entender por coherencia con lo anterior lo siguiente:

1. Cuando se trate de pena directa del tipo o del art. 71.2 CP (sustitución obligatoria de la pena de prisión inferior a tres meses), el incumplimiento determina la aplicación del art. 468 CP (sí hay quebrantamiento). Deberá elaborarse, además, conforme a la Circular 2/4 y Consulta 1/16, nuevo plan para reanudar el cumplimiento.

2. Cuando en delitos leves se imponga localización permanente como forma de cumplimiento de la RPS del art. 53 CP, la solución será la misma que cuando se impone TBC, por identidad de razón con los casos resueltos por el Tribunal Supremo, a saber, no habrá quebrantamiento; y el sentenciador habrá de resolver si, por entender que no es grave o reiterado, procede ofrecer la posibilidad de nuevo plan (como una de las alternativas del art. 86.2 CP), o acordar el cumplimiento en prisión de la responsabilidad personal subsidiaria en otro caso.»