

10.3 Asuntos más relevantes en el TS

El Fiscal de Sala Delegado de Vigilancia Penitenciaria, en su condición 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», «conflictos de jurisdicción», «cuestiones de competencia» y, en general, asuntos que puedan plantearse en materia de vigilancia penitenciaria.

Con carácter previo a dar cuenta de los principales asuntos de 2020 se señala que a primeros de 2021 se han dictaminado por el Fiscal ante el TS tres causas en las que se suscitan cuestiones de enorme importancia práctica pendientes de resolución por la Sala Segunda, a saber: el régimen transitorio de la libertad condicional, la competencia para resolver las apelaciones en casos de concesión del art. 86.4 RP y la existencia de efecto suspensivo en los recursos ante el JVP contra decisiones administrativas de clasificación. Solo se apunta ahora su existencia, pues se trata de materias que corresponden al año 2021 y de las que se dará oportuna cuenta en la siguiente memoria, una vez haya resuelto el TS.

Se da cuenta seguidamente de los asuntos más relevantes y del criterio jurisprudencial establecido en 2020.

A) En el recurso de casación para unificación de doctrina (n.º 8/20104/2020), se suscitó la cuestión del posible enlace de penas del art. 193.2 del Reglamento Penitenciario, en un supuesto en el que, en la fecha del licenciamiento definitivo de la condena de la ejecutoria 1, el penado estaba a la espera de la sentencia firme de casación en la ejecutoria 2, lo que tuvo lugar poco tiempo después mediante sentencia del TS que estimó parcialmente el recurso de casación del penado.

La desestimación del enlace de ambas penas adoptada por el auto recurrido obedece al argumento de que el enlace no es posible, ya que la pena de la ejecutoria 2 se impone en sentencia firme cuando ya había sido licenciada y extinguida la pena de la ejecutoria 1. Por tanto, no coexisten materialmente ambas penas. La relación penitenciaria del interno se había extinguido cuando nace la pena segunda.

El recurrente aportó una resolución de contraste, un auto de la AP de Madrid, que abonaba una solución favorable al enlace, al seguir un criterio distinto al de la resolución recurrida en su interpretación del art. 193.2 RP. La resolución de contraste permite, en un caso similar al que nos ocupa, el enlace de las penas, pese a que, cuando se licencia la pena de la primera ejecutoria, aún no había sido dictada la sentencia

de casación de la ejecutoria 2. Señala dicha resolución que la dilación en la tramitación de la causa de la ejecutoria 2 es lo que ha causado la situación y, por ello, permite el enlace de ambas penas, sin exigir su coexistencia.

El Fiscal interesó la admisión a trámite –pues la Sala no ha tenido ocasión de pronunciarse hasta ahora sobre el fondo de esta cuestión– y la desestimación del recurso del interno, solicitando del TS que señalara como doctrina unificada el tenor de la Conclusión Sexta de las Jornadas de Fiscales especialistas de 2018.

Esta casación (acumulada a otra que suscita igual cuestión respecto de otro penado) ha sido recientemente resuelta por la STS 685/2020, de 11 de diciembre, que de conformidad con la Conclusión 6.^a adoptada en las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2018, ha fijado como doctrina unificada la siguiente:

«El licenciamiento acordado en una ejecutoria no debe impedir, per se, su inclusión en un proyecto de refundición de condenas del art. 193.2 RP para su ejecución unificada con otras responsabilidades. Aunque lo procedente es que la anulación del licenciamiento se haga por el sentenciador que lo acordó, ello no sería obstáculo para que el juez de vigilancia, a los solos efectos de ejecución unificada, acordase su inclusión en el proyecto de refundición. Así, podrán incluirse en la refundición:

a) la sentencia firme ya existente cuando se produjo el licenciamiento indebido por otra responsabilidad, se haya acordado o no la revocación de dicho licenciamiento.

b) la sentencia dictada después del licenciamiento correctamente acordado, si el penado ha continuado en prisión como preventivo basta la firmeza de la nueva resolución, siempre que aquélla se refiera a hechos anteriores al ingreso en prisión.

En los supuestos en que el licenciamiento supone la salida de prisión, estando pendiente el juicio o el recurso contra la sentencia por otra causa por la que se produce luego el reingreso, además de ser improcedente la revocación del licenciamiento, también lo es la refundición de condena conforme al art. 193.2 RP, por no haber en ese momento condenas a enlazar ni concurrir el presupuesto excepcional de mantenimiento de la relación de sujeción especial que justifica la interpretación extensiva del precepto realizada en el párrafo anterior».

B) Ha resuelto el TS en este ejercicio una cuestión de especial importancia en materia competencial: la determinación del órgano

competente para conocer en apelación del principio de flexibilidad del art. 100.2 del Reglamento Penitenciario.

En la práctica se venían remitiendo las apelaciones contra la resolución del artículo 100.2 del R. P. por los juzgados de vigilancia penitenciaria de manera dispar: a la audiencia provincial del centro penitenciario donde cumple el interno condena o al juzgado o tribunal sentenciador.

De ahí la importancia de la resolución de la Sala Segunda, mediante Auto de 22 de julio de 2020, en la causa especial del *procés*, declarándose competente para conocer de la apelación (en el caso concreto estimó el recurso de apelación formulado por el Fiscal contra el auto de 28 de abril de 2020, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Lleida, denegando la aplicación del régimen del art. 100.2 RP a Carme Forcadell).

El ATS sostiene: *«La previsión del artículo 100.2 del RP va más allá de la aprobación de un programa individualizado de tratamiento y afecta, aunque se considerase que esa afectación es indirecta, a la clasificación del penado, quien inicia a través de su aplicación una «cierta progresión» tras valorar que la evolución de su tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del artículo 72 de la LOGP, le hace merecedor de ello. Desde esta perspectiva, y como resaltaba el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 12 de marzo de 2020, el artículo 100.2 del RP afecta al modelo de ejecución de la pena —como lo hacen las clasificaciones en grado— y, en consecuencia, los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieran, al tratarse de una materia atinente —reiteramos— a la ejecución de la pena, deben ser examinados por el órgano sentenciador. Este examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del art. 100.2 del RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustadas a derecho, que pretendan eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena. Y, lo que resulta más llamativo, hacerlo con la excusa de que al no tratarse de una materia sobre la clasificación de los penados, no le corresponde su revisión en apelación. El principio de flexibilidad que proclama el art. 100.2 del RP, de tanta importancia para hacer realidad el fin constitucional de resocialización del penado, no convierte a las Juntas de Tratamiento en una última instancia llamada a corregir los desacuerdos de los funcionarios que las integran con el desenlace de un determinado proceso. Tampoco permite el traslado injustificado de un penado a otro centro penitenciario*

si esa decisión está estratégicamente dirigida a rectificar la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijada en atención al ámbito territorial en el que se asiente la prisión».

Se pone así fin a una cuestión de competencia que no era nada pacífica en la práctica, dada la difícil interpretación de la DA 5.^a LOPJ.

Dicha cuestión se había planteado en las Jornadas de Fiscales especialistas de 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 L. O. P. J.».

Sin embargo, dicho acuerdo no fue unánime sino que fue adoptado por mayoría simple, redactándose por los discrepantes un voto particular que decía así: «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 –conforme a la naturaleza de las cosas– 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 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».

Mediante el ATS antes citado parece haberse zanjado la cuestión competencial. Es de reseñar –como se da cuenta en el epígrafe siguiente– que no estamos ante un auto aislado, sino que han seguido otros varios del TS, todos de fecha 4 de diciembre de 2020, que han confirmado el criterio competencial.

C) Asimismo el TS en cuanto tribunal sentenciador competente para conocer de las apelaciones contra el art. 100.2 del RP y contra las decisiones de clasificación en terceros grados, ha estimado mediante nueve autos, todos de fecha 4 de diciembre de 2020, los recursos de apelación formulados por los fiscales de VP de Barcelona, por los que se revocan los arts. 100.2 y los terceros grados en la causa del *procés*.

La importancia de los recursos señalados, aparte de la fijación del tema competencial, se contiene en la doctrina sentada acerca de la naturaleza y requisitos del art. 100.2 RP. Puede condensarse la misma, tal y como expuso el FVP de Barcelona, en sus recursos en las siguientes líneas.

El régimen del art. 100.2 del RP es una medida excepcional, dado que carece de cobertura en la LOGP, habiéndose introducido en el RP de 1996, que requiere que se fundamente o tenga su razón de ser en un programa específico de tratamiento que, sin el art. 100.2, no podría ser ejecutado. En consecuencia, para que el Juez de Vigilancia pueda aprobar la aplicación de tal medida, la propuesta de la Junta de Tratamiento deberá contener: a) la descripción del programa específico de tratamiento cuya ejecución resulta imposible sin la medida propuesta, b) las razones de tal imposibilidad y, c) lógicamente, cuales son y en qué consisten los elementos o aspectos característicos de los distintos grados clasificatorios a combinar.

En tales términos se han pronunciado los jueces de vigilancia penitenciaria en sus Criterios de Actuación, Conclusiones y Acuerdos. En concreto, en las Reuniones de los años 2006 y 2007, además de instar una reforma legislativa y que el art. 100.2 fuera regulado por una Ley Orgánica y no por un Reglamento, se indicaba que la petición debía de estar debidamente motivada señalando las razones, evidentemente tratamentales, por las que se pretende la aplicación de dicho régimen del art. 100.2 del RP.

Igualmente, los fiscales de vigilancia penitenciaria en las Conclusiones de sus Jornadas de 2015, señalaban la necesidad de que se ponga de manifiesto el objetivo tratamental que se pretende alcanzar con la aplicación del art. 100.2 del RP (Conclusión 29.^a de las jornadas de 2015), que, al ser ratificadas por el Fiscal General del Estado, forman parte de la doctrina de la Fiscalía General del Estado.

Por lo tanto, en la medida en que el art. 100.2 del RP es siempre excepcional, exige una interpretación restrictiva, siendo requisito imprescindible que el programa de tratamiento no pueda ejecutarse de otro modo y que esté relacionado con la etiología delictiva, no pudiendo servir para fundamentarlo actividades que puedan realizarse en el propio centro penitenciario.

D) Se ha dictado en materia de libertad condicional una importante sentencia: la STS 561/2020, de 29 de octubre, dictada por el Pleno de la Sala, al resolver sobre la existencia del delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP en el caso de liberados condicionales que no reingresan en el establecimiento penitenciario cuando les es revocada la libertad condicional.

La sentencia parte del hecho de que ha de diferenciarse el régimen normativo temporal de la libertad condicional. Concretamente señala la sentencia en su Fundamento de Derecho primero: «Conviene realizar una precisión previa referida al alcance de esta resolución. La impugnación, y también en la resolución recurrida, se refiere al nuevo régimen de la libertad condicional que surge de la actual redacción del art. 90 del Código penal tras su reforma por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo. La redacción surgida de la reforma supone importantes modificaciones en la libertad condicional, referidas a la iniciación del expediente, a la propia conceptualización y a las consecuencias de su revocación, modificaciones relevantes que pueden llegar a suponer, según un importante sector de la doctrina, una derogación de normativa penitenciaria, aunque también se ha entendido que la reforma no supone una derogación de su consideración como fase de ejecución de una pena privativa de libertad, la cuarta, y lo que se suspendería sería el internamiento en centro penitenciario, no la ejecución de la pena. Pero no es este el momento de analizar esas modificaciones legales, pues en el caso de esta casación la ejecutoria es anterior a la entrada en vigor de la nueva normativa que entró en vigor respecto de hechos cometidos después del 30 de junio de 2015. Sabido es que las reformas en materia penal no pueden tener carácter retroactivo, salvo en lo favorable, y no parece procedente declarar una mayor favorabilidad al nuevo régimen de la libertad condicional frente al anterior, cuando las consecuencias de su revocación, acordada por el juez de vigilancia penitenciaria, es la de no computar el tiempo transcurrido en libertad condicional como tiempo de cumplimiento de la condena (art. 90.6 CP), y en esa comparación de bloques normativos, es preciso realizarlo entre normas completas, sin que proceda la comparación troceada de las instituciones que se modifican (Disposición Transitoria segunda del Código penal). En consecuencia, el régimen normativo con el que analizamos la impugnación es el anterior a la reforma de 2015 del que resulta, claramente, que la libertad condicional formaba parte de la ejecución de la pena. Era considerada la cuarta fase de la ejecución de las condenas a penas privativas de libertad».

E) En unificación de doctrina se ha dictado la STS 408/2020, de 8 de julio, que, acogiendo la tesis del Fiscal, declara como doctrina jurisprudencial en la interpretación del art. 45 del Reglamento Penitenciario «que la relación de pareja entre los solicitantes de una comunicación vis a vis puede ser acreditada, aun cuando uno de ellos hubiera tenido anteriormente una comunicación de tal clase con otra persona, mediante cualquier medio de prueba válido, siendo por tanto valorable como tal una escritura de constitución de unión de hecho, sin que sea admisible como único medio de prueba la acreditación de que existe dicha unión desde 6 meses antes a través de comunicaciones en locutorios».

Es de señalar que la cuestión se suscitó a raíz de la Instrucción 4/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en relación con las comunicaciones vis a vis, que establecía: «Con carácter general no se concederán comunicaciones íntimas a los internos con personas que no puedan acreditar documentalmente la relación de afectividad o que hayan celebrado otras con anterioridad con persona distinta a la solicitada, en cuyo caso será necesario que exista una relación de estabilidad de 6 meses de duración».

La necesidad de fijar doctrina interpretativa del art. 45 del Reglamento en conjunción con la Instrucción 4/2005 de IIPP ha llevado a señalar que no es posible una interpretación del art. 45 RP en la que se exija, cuando uno de los intervinientes haya tenido una comunicación previa con una tercera persona, un único medio de prueba (la relación en locutorios previa de 6 meses de duración a la que se refiere la Instrucción) y se descarten sin más otros posibles medios probatorios de diferente entidad.