

## 10. VIGILANCIA PENITENCIARIA

En fecha 1 de abril de 2020 el Fiscal de Sala de VP dictó la Nota de servicio 1/2020 con el siguiente contenido:

*«En consideración a la situación generada por el estado de alarma decretado ante la pandemia ocasionada por el coronavirus COVID-19, la función del Ministerio Fiscal como garante de los derechos de los ciudadanos y del interés público, y la necesidad de atender las situaciones de diversa índole, peticiones, inquietudes y derechos de los internos que puedan suscitarse en los Centros Penitenciarios, el Fiscal de Sala Delegado, previo conocimiento y aprobación de la Fiscal General del Estado, establece las siguientes pautas de actuación de los Fiscales de Vigilancia en aras a dar una respuesta coordinada y eficaz:*

*Primero. En virtud del Decreto de la Fiscal General de 10 de marzo pasado han sido suspendidas temporalmente, por razones sanitarias, las visitas e inspecciones presenciales de los Fiscales a los Centros Penitenciarios.*

*Dichas visitas, en lo referente a su aspecto institucional, quedan en este periodo sustituidas por el contacto a través de medios telemáticos que el Fiscal de Vigilancia puede mantener con los responsables de los respectivos Centros Penitenciarios.*

*En lo referente a las visitas para atender a los internos que previamente soliciten entrevistarse con el Fiscal, la suspensión de la visita presencial debe ser paliada a través de medios telemáticos. Es fácil comprender que en momentos como el presente adquiera enorme relevancia la posibilidad que ello brinda a los internos de trasladar al Fiscal sus quejas o peticiones. En ese sentido, dentro de las posibilidades y medios telemáticos de cada Fiscalía y atendiendo, a su vez, a las necesidades de organización sanitaria de cada Centro, los Fiscales desarrollarán las entrevistas con los internos mediante el empleo de medios telemáticos (videoconferencia).*

*Ello no excluye que, en aquellos supuestos en que concurran razones de urgencia o gravedad que exijan no esperar a las disponibilidades de calendario de tales visitas, las peticiones de los internos puedan hacerse llegar directamente y atenderse a través de la remisión de la documentación vía electrónica por el Centro Penitenciario.*

*A tal fin, los Fiscales de Vigilancia pondrán en conocimiento de sus respectivos Centros Penitenciarios los datos necesarios para poder establecer telemáticamente tales entrevistas.*

*Segundo. Respecto del despacho de los expedientes, en atención a la reducción de efectivos en las oficinas por razones sanitarias, los Fiscales, en aquellos territorios en los que sea posible, procurarán establecer contacto con los Jueces de Vigilancia a fin de que los expedientes penitenciarios que recaben la intervención del Ministerio Fiscal y que, con arreglo a la Disposición adicional 2.ª del Decreto 463/2020, de 14 de marzo, hayan de entenderse urgentes (así, sin ánimo exhaustivo, aislamientos de más de 14 días, abono de preventiva que suponga libertad, concesión de libertad condicional por enfermedad, revocación de libertad condicional, permisos extraordinarios, los referentes a la dación de cuenta de los arts. 72 y 75 del Reglamento Penitenciario, etcétera) sean despachados por los Fiscales de Vigilancia mediante su remisión directa entre Juzgado y Fiscalía por vía de correo electrónico o cualquier medio telemático.*

*Fuera de dicho supuesto, es decir cuando no sea posible el traslado del expediente por medios telemáticos, se despacharán los informes del Fiscal de acuerdo con el sistema de turnos o la organización que se haya dispuesto en cada Fiscalía.*

*En aquellos supuestos en que el expediente, de naturaleza o materia propia de vigilancia penitenciaria, haya sido remitido al Juzgado de Guardia, donde por tanto habrá de ser despachado, el Fiscal de Guardia, en aquellos casos de expedientes de complejidad o de relevancia o de albergar dudas sobre el sentido del dictamen, se pondrá en contacto telemático con los Fiscales de Vigilancia a fin de intercambiar información y establecer el criterio que haya de recoger el informe del Fiscal de Guardia al despachar el expediente.*

*En consecuencia, procederá estar a lo indicado mientras persista la actual situación de urgencia sanitaria».*

Cabe expresar que la atención por medios virtuales a las visitas y solicitud de entrevistas en los centros y el despacho de los expedientes han funcionado correctamente gracias al esfuerzo y dedicación de las/los fiscales del servicio de Vigilancia Penitenciaria.

Desde el levantamiento del estado de alarma se ha recuperado la normalidad en el despacho de asuntos, manteniendo los contactos con las autoridades penitenciarias e internos de forma no presencial al continuar vigentes las disposiciones de la Fiscalía General para evitar desplazamientos a los centros penitenciarios.

En relación con las penas de trabajos en beneficio de la comunidad coincidentes en su ejecución con los días de confinamiento, el Fiscal de Sala dictó la Nota de Servicio 2/2020, de 8 de abril, que señala:

*«Efectos de la paralización de los programas de trabajos en beneficio de la comunidad por razones de emergencia sanitaria.*

*Desde el pasado 16 de marzo, los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas han dirigido comunicaciones a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y a los órganos judiciales sentenciadores, en sus respectivos casos, en relación con el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad (en adelante, TBC). En las mismas, informan de que, ante la situación de emergencia sanitaria producida por el coronavirus COVID-19, situación que tildan de causa mayor, han quedado paralizados y/o suspendidos los planes de ejecución/intervención y seguimiento por el plazo de un mes.*

*Ponen asimismo de relieve que un gran número de entidades han notificado que dejan de colaborar en el cumplimiento de los planes. En dicha comunicación se solicita además que, a la vista de las consecuencias negativas que dicha situación puede generar en los penados (retraso en la ejecución, en la cancelación de antecedentes, planificación familiar y social), se indique si transcurrido el plazo de suspensión, ese tiempo será computado a efectos de cumplimiento penal efectivo o si se continuaría con la ejecución del Plan en el punto en el que fue interrumpido.*

*La respuesta dada hasta el momento por algunos órganos judiciales ha sido dispar. Desde la consideración de que no existe razón legal alguna para entender cumplidas las jornadas de TBC no prestadas, hasta la postura contraria de estimar que por razones de fuerza mayor han de considerarse prestadas.*

*Se hace necesario, por tanto, contar con una respuesta uniforme por parte del Ministerio Fiscal en todos aquellos dictámenes que se recaben y en la posición procesal que haya de adoptarse ante las distintas resoluciones.*

*Debe además tenerse en consideración, conforme a la Nota 1/2018 del Fiscal de Sala de Vigilancia Penitenciaria, que la competencia para el control de los TBC se halla dividida.*

*A los Juzgados de Vigilancia Penitencia (en adelante, JVP) les compete el control de los TBC en los supuestos de pena principal o pena del tipo y en casos de pena impuesta en aplicación del art. 71.2 CP.*

*A los órganos sentenciadores les compete ese control en los casos del art. 53 CP, al actuar los TBC como una especie de condición de la suspensión de la pena privativa de libertad (criterio jurisprudencial adoptado en Sentencia 603/2018, de 28 noviembre, dictada por el Pleno de la Sala Segunda del TS, por interés casacional), y en los casos de aplicación de la regla de la suspensión condicionada de los arts. 84 y 80.3 CP (ATS 3 de junio de 2016, recurso 20251/2016 y ATS*

de 8 de julio de 2016, recurso 20470/2016). Dicha división competencial agudiza la necesidad de una respuesta uniforme por el Ministerio Fiscal.

*El Fiscal de Sala Delegado, previo conocimiento y aprobación de la Fiscal General del Estado, en aras a dar una respuesta coordinada y eficaz señala:*

*PRIMERO. En aquellos casos en los que el Plan de ejecución de los TBC se haya iniciado, viniera funcionando satisfactoriamente sin incumplimiento ni incidencia negativa alguna por el interno y haya sido suspendido o paralizado por la razón de causa mayor antes expuesta derivada de la situación de emergencia sanitaria, los Sres. Fiscales informarán a favor de considerar que se han de tener por cumplidas las jornadas de trabajo coincidentes con el plazo de suspensión.*

*Son varias las razones que apuntan a dicha interpretación:*

*A) El estado de alarma decretado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con reflejo en el ámbito penitenciario en la Orden del Ministro de Interior 227/2020, de 15 de marzo, en relación con las medidas que se adoptan en el ámbito de Instituciones Penitenciarias, constituye una situación que, respecto de la imposibilidad de cumplimiento de las prestaciones de TBC, puede ser considerada de fuerza mayor.*

*Únicamente han podido ser mantenidos los programas en los TBC desarrollados en tareas de limpieza en el interior de centros penitenciarios por internos que simultáneamente cumplen dicha pena o en algún supuesto aislado de penados que cumplen TBC en bancos de alimentos. Fuera de esos casos –que son aislados y, por tanto, estadísticamente no apreciables– la paralización o suspensión de los mismos es prácticamente general y debida a una causa de fuerza mayor.*

*B) A tenor de lo previsto en el art. 4 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de TBC, corresponde a la Administración facilitar el trabajo en beneficio de la comunidad.*

*En el supuesto de que la suspensión del cumplimiento de la pena de TBC ya iniciada derive de la imposibilidad de mantener la situación por la Administración, aun por causa de fuerza mayor, como es el caso, no cabe hacer recaer las consecuencias negativas de dicha situación de fuerza mayor sobre el interno, en la medida en que no es a él, sino a la propia Administración, a quien compete proporcionar el trabajo que permita el cumplimiento de la pena.*

C) *La misma comunicación cursada por los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, dependientes de la Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas, pone de relieve el perjuicio que supone la paralización y consideración de no cumplimiento en ese periodo de las jornadas de trabajo previstas. Alude a perjuicios para el propio interno (retraso en su licenciamiento, en la fecha de cancelación, planificación familiar y social), a los que cabría sumar la situación fáctica de confinamiento durante ese periodo que, aun siendo general para toda la ciudadanía, podría entenderse, para quien se hallaba cumpliendo y ve paralizado un TBC, muy cercana en sus efectos a una localización permanente (cuyo cómputo en día/prestación equipara el CP en su art. 53 in fine o en el derogado art. 88.1 CP).*

*A ello se unen perjuicios para la propia Administración por la paralización en los tiempos de gestión que se derivarían en caso de optar por la solución de obligar a reformular los planes o programas de cumplimiento.*

D) *El art. 6.2 de Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, establece viene expresamente el principio de flexibilidad en la ejecución de esta pena, a fin de compatibilizar el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta.*

*Dicho principio debe engarzarse en este caso con la causa de fuerza mayor por emergencia sanitaria que supone tanto la paralización de la prestación de trabajo como el confinamiento del penado en su domicilio.*

*Dicha situación es distinta de la recogida en el art. 49. 7.ª CP que alude a la causa justificada concurrente en el penado para no considerar la ausencia como abandono de actividad laboral. Ciertamente es que, en tales casos, los días de inasistencia justificada no se tienen por cumplidos. Ahora bien, la causa justificada de inasistencia concurrente en un penado y por razones propias, a la que se refiere el art. 49. 7.ª, no es equiparable a la causa de fuerza mayor por cuanto se refiere a una causa concurrente no en los penados, sino en la Administración, en la medida en que la imposibilita para facilitar el trabajo. No es por tanto una circunstancia que concurra en los penados, aun cuando sí les afecta, resultando que los efectos negativos de dicha afectación no pueden recaer sobre el penado.*

E) *Otras medidas adoptadas por razones sanitarias (así, por ejemplo, la aplicación del art. 86.4 RP respecto de los terceros grados) implican un cumplimiento distinto, más favorable al penado, válido y adoptado por razones sanitarias.*

*En analogía con lo anterior, quien es paralizado en su cumplimiento de TBC y enviado a su domicilio para pasar allí el confinamiento, no puede ser perjudicado por ello en el desarrollo del cumplimiento de su pena o de la regla de conducta o condición en que consista el TBC.*

*SEGUNDO. La solución que se propone ha de operar solamente respecto de aquellos penados o sometidos a cumplimiento de TBC respecto de los cuales se haya iniciado un programa que, con anterioridad a generarse la situación de emergencia sanitaria, se estuviera desarrollando satisfactoriamente y sin incumplimiento alguno por parte del penado.*

*La solución que se ofrece alcanzará a las jornadas coincidentes con la paralización o suspensión del programa por causa sanitaria de emergencia.*

*En consecuencia y en lo sucesivo, los Sres. Fiscales procederán a informar conforme a lo indicado».*

La respuesta judicial al criterio sentado en la citada Nota de servicio ha sido dispar. Muchos juzgados han seguido este criterio, si bien por otros órganos judiciales se ha negado la consideración de cumplidas por fuerza mayor las jornadas coincidentes con las fechas de confinamiento.

En fecha 16 de noviembre se dirigió comunicación por el Fiscal de Sala a todos los FVP exponiendo los criterios para informe a los JVP sobre las Medidas de actuación relacionadas por el COVID que han sido acordadas por IIPP y limitativas de derechos de los internos. La comunicación establecía:

*«Se ha dado traslado por algún Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para informe al Ministerio Fiscal del oficio de 6 de noviembre de 2020 del Secretario General de IIPP dirigido a los directores de centros penitenciarios sobre «medidas actuación (covid-19)». En el mismo se acuerdan, durante 3 semanas a partir del 9 de noviembre de 2020 (por tanto expira a las 00:00 horas del 1 de diciembre), tres tipos de medidas: primera, la supresión de las comunicaciones especiales de los internos como son las íntimas, las familiares y las de convivencia del art. 45 RP, referidas a comunicaciones con personas que entran en el Centro y que no se producen en el espacio de los locutorios; segunda, la restricción de las comunicaciones ordinarias del art. 42 RP que se producen en los locutorios, limitando el número de locutorios a la mitad y el número de visitantes de 4 a 2 personas, aunque estableciendo que en lugar de hacerse tres días a la semana*

*se llevarán a cabo todos los días; y, tercero, la suspensión de los permisos de salida y de las salidas programadas.*

*Se invoca como motivación de la adopción de las medidas la evolución negativa de la pandemia en las últimas semanas y como marco legal habilitante los arts. 3.4 LOGP, 219 y 220 del RP y el apartado 4.4 del Plan de respuesta temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID 19 del Ministerio de Sanidad de 16 de julio de 2020.*

*No se mencionan expresamente en el oficio los Reales Decretos 926/2020, de 25 de octubre y 956/2020, de 3 de noviembre, por los que se ha acordado el estado de alarma sanitaria y se ha dispuesto, en el segundo, su prórroga hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021. No obstante, no puede ser obviado que en la justificación y marco legal para la adopción de las medidas se halla presente la vigencia de la situación de alarma sanitaria que ha sido declarada.*

*En todo caso, debe el Fiscal tener en consideración que la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, establece en su Disposición adicional tercera, dedicada a «La salud pública en las Instituciones Penitenciarias», que: «En el ámbito de las Instituciones Penitenciarias, la autoridad penitenciaria coordinará con las autoridades sanitarias las acciones encaminadas al cumplimiento de los objetivos de esta ley, y realizará las acciones necesarias para el cumplimiento de sus disposiciones y de las que sean concordantes en aquellos servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias que no haya sido transferidos a las comunidades autónomas, dando de ello cuenta al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad», lo que dota de competencia y sentido a las medidas acordadas.*

*El oficio termina ordenando a los directores de los Centros Penitenciarios que den cuenta al JVP del acuerdo y que, en caso de que ese disponga algo diferente, se esté a lo que decida la autoridad judicial.*

*En relación con el traslado conferido al Ministerio Fiscal para informe, se estima preciso hacer las siguientes consideraciones:*

- 1. El genérico deber de la Administración Penitenciaria de salvaguarda de la vida y salud de los internos debe cohonestarse con los derechos reconocidos por la normativa penitenciaria a estos, cuya tutela residencia el art. 76 LOGP en los JVP. Los preceptos que cita el acuerdo y las recomendaciones del plan de julio 2020 no impiden el control judicial de la actuación penitenciaria, que solo estaría limitado por las disposiciones sanitarias dictadas en el ámbito estrictamente penitenciario o comunitario por la autoridad delegada de cada*

*comunidad autónoma para el desarrollo del nuevo estado de alarma, no constando una regulación específica sobre esta cuestión.*

*2. La tutela de los derechos de los internos y control de la actuación penitenciaria se articula a través de las quejas y recursos de aquellos y de las daciones de cuenta obligatorias previstas en la normativa penitenciaria, incoándose al efecto un expediente en relación con cada pretensión e interno.*

*Por tanto, no procede por el Fiscal hacer consideraciones generales en relación con el acuerdo de 6 de noviembre de 2020 de IIPP antes citado y sí informar en cada expediente que se incoe por queja o dación de cuenta de la Administración.*

*3. La limitación de las comunicaciones ordinarias en locutorios, en la forma en que se ha acordado, encuentra su justificación en la necesidad de limpiar e higienizar los mismos antes y después de cada comunicación, de evitar un número alto de personas que acceden a ellos y, por otra parte, de ampliar el número de días de su funcionamiento a modo de instrumento para contrarrestar o paliar aquella restricción.*

*Se trata de medidas organizativas que concuerdan con las que se exigen en cualquier establecimiento público y que no existe razón para su cuestionamiento por el Fiscal.*

*4. Respecto de la supresión o restricción de comunicaciones especiales que afecten a internos concretos, o de la suspensión de los permisos concedidos a los mismos ex art. 157 RP, el Fiscal deberá informar en caso de queja de algún interno o de dación de cuenta administrativa.*

*A tal fin podrá interesarse del Centro, si no constare, informe que deberá motivar suficientemente en cada supuesto las circunstancias que rodean la limitación o supresión de los derechos del interno.*

*Cuando exista disposición de la autoridad sanitaria competente incompatible con el disfrute de la comunicación o el permiso cuestionados (v.gr. confinamiento acordado que impida el desplazamiento al centro o desde el mismo) deberá hacerse constar en la comunicación.*

*Del mismo modo, cuando se invoque por la dirección del centro la imposibilidad o grave dificultad de mantener la normal convivencia o la seguridad en el mismo (v.gr. dificultad para la gestión espacial del período de cuarentena o para la realización de pruebas diagnósticas al retorno de permiso), deberán detallarse las circunstancias que justifiquen la causa alegada.*

*Solo así se podrá ponderar la justificación y proporcionalidad de la restricción acordada, ajustándose a la doctrina constitucional (STC 175/97) y a los principios relativos al tratamiento de personas*



*privadas de su libertad en el contexto de la pandemia de Covid 19, establecidos por el CPT del Consejo de Europa el 20 de marzo de 2020.*

*Por ello, los Fiscales, en respuesta a las concretas quejas, recursos o daciones de cuenta que deriven de la implantación de las medidas establecidas en el Oficio de IIPP de 6 de noviembre de 2020, deberán atender a la consideración, en primer lugar, de la vigencia del estado de alarma sanitaria, que justifica en términos generales la adopción de tales medidas, y respecto de su aplicación en cada caso, procederán a evaluar la aplicación concreta de la medida en relación a las circunstancias específicas que sean informadas desde cada Centro Penitenciario.*

*En dicha ponderación los Fiscales habrán de tener en consideración, respecto de los permisos, que su supresión en el referido período no implica que el derecho al disfrute de ese permiso se pierda, sino que podrá ser disfrutado acumuladamente a otros en un momento sanitariamente propicio.*

*En la ponderación de los factores los Fiscales habrán de primar, a la vista del estado de alarma sanitario, los criterios médicos o de salud».*

Con arreglo a estos criterios interpretativos se ha venido informando en los correspondientes expedientes por los/as fiscales de VP sin que se hayan suscitado cuestiones especiales a significar.

Los juzgados de vigilancia, con carácter general, han coincidido con el sentido de nuestros informes, exigiendo a los centros la justificación concreta, caso por caso, de las limitaciones acordadas.

El 25 de noviembre la SGIP dictó una nueva instrucción para los centros, con el fin de restablecer el disfrute de permisos y dar nuevas pautas para las restricciones de las comunicaciones. Los centros han informado a los juzgados de las previsiones *ad hoc* para su ejecución, condicionando el disfrute a la disponibilidad de espacios para poder realizar las obligadas cuarentenas al regreso de las salidas.