

## 11.2 Asuntos más relevantes en el Tribunal Supremo

El Fiscal de Sala Delegado de Vigilancia Penitenciaria, en su condición también de Fiscal de la Sección Penal del Tribunal Supremo, asume el despacho de todos los recursos que se presentan ante dicho Tribunal para la «unificación de doctrina», «cuestiones de competencia» y en general asuntos que puedan plantearse en materia de vigilancia penitenciaria.

A primeros de 2021 se dictaminaron por el Fiscal ante el TS tres causas en las que se suscitaban cuestiones de enorme importancia práctica y de cuya resolución se estaba pendiente.

A) La primera de ellas, Recurso de casación n.º 8/20847/2020 para la unificación de doctrina, versaba sobre el régimen transitorio de la libertad condicional. La cuestión se centraba en si es posible aplicar el nuevo régimen de libertad condicional desde la incoación del expediente de libertad condicional cuando tal incoación sea posterior al 1 de julio de 2015 (aun por hechos cometidos antes de esa fecha) o si solo es posible su aplicación respecto de aquellos hechos cometidos después del 1 de julio (fecha de entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015).

El fiscal interesó, conforme a la doctrina establecida en las Conclusiones de las Jornadas de 2016, la estimación del recurso y solicitó del TS que señalara como doctrina unificada que «el régimen jurídico de la libertad condicional instaurado por la LO 1/15 no será de aplicación, en los supuestos en que resulte desfavorable, a aquellos internos cuyos hechos delictivos daten de fecha anterior al día 1-7-15, siempre que la sentencia condenatoria hubiera sido dictada de conformidad con la normativa anterior a dicha Ley y no haya sido revisada».

En el ámbito de la Administración se contaba con distintas soluciones, pues IIPP y la Administración penitenciaria catalana divergían en su solución, que incidía aún más, si cabe, en la necesidad del pronunciamiento.

El TS no había tenido ocasión de pronunciarse directamente sobre esta materia. Lo ha hecho mediante la STS 380/21, de 5 de mayo de 2021, que declara como doctrina legal unificada que «el régimen jurídico de la libertad condicional que resulta de la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015, no será de aplicación, cuando ello sea desfavorable, a aquellos internos cuyos hechos delictivos daten de fecha anterior al 1 de julio de 2015, siempre que la sentencia que se ejecuta haya sido dictada de conformidad con la normativa anterior a la entrada en vigor de dicha reforma».

B) Otra importante cuestión es la de determinación de la competencia para resolver las apelaciones en casos de concesión del artículo 86.4 RP. Se informó por el Fiscal de Sala en la cuestión de competencia n.º 6/20220/2021, en el sentido de considerar competente al tribunal sentenciador. Se señalaba, entre otros argumentos, que tanto el artículo 100.2 cuanto el artículo 86.4 afectan de un modo paralelo al modelo de ejecución de la pena, hasta tal punto que con la aplicación del artículo 86.4 añadida al tercer grado, el penado no permanecerá siquiera las 8 horas en el centro. Se afecta de lleno la ejecución de la pena, al ser una modificación esencial de la misma, hasta el punto de que para su cumplimiento se llega a dispensar a un interno de permanecer siquiera unas horas en el Centro Penitenciario.

El TS ha acogido este criterio mediante Auto de 25 de mayo de 2021. Puede leerse en el mismo: «el art. 86.4 RP permite al interno clasificado en tercer grado permanecer incluso las 24 horas del día fuera de la prisión, siempre y cuando acepte un control telemático o de otro tipo, como pueden ser llamadas telefónicas, quedando así anulada la retención y custodia propia de la actividad penitenciaria recogida en el art. 1 de la LOGP y en el art. 2 del RP, lo que evidencia que afecta de manera directa a la ejecución de la pena. La aplicación del mismo supone de facto una situación similar a la libertad condicional, sin la sujeción a los requisitos legales de ésta (cumplimiento del tiempo de condena y pago de la responsabilidad civil en la medida de las posibilidades del penado) y, por tanto, en muchos casos, más beneficiosa que para el penado. Por ello afecta de lleno a la ejecución de la pena, al suponer una modificación esencial de la misma.

En todo caso, el art. 86.4 RP posibilita una forma específica de cumplir condena en régimen abierto, sustituyendo el tiempo de estancia mínimo obligatorio en el establecimiento por medios telemáticos u otros sistemas adecuados de control.

No cabe duda de que el precepto regula un instrumento tratamental orientado a la rehabilitación y reinserción social de los penados, y en este sentido podemos decir que el régimen previsto en el art. 86.4 RP es tratamiento penitenciario. De hecho, se encuentra regulado en el Capítulo III (Régimen Abierto) del Título III (Del Régimen de los Establecimientos Penitenciarios) del Reglamento Penitenciario. Ello no obstante, la previsión contenida en el citado precepto va más allá y afecta de alguna manera a la clasificación del penado. Supone una modalidad de clasificación en tercer grado (plena, restringida o telemática), o por lo menos una actividad que incide en la clasificación, lo que a su vez determinaría la competencia para el conocimiento del recurso por el órgano sentenciador.

De esta forma, los efectos de su aplicación afectan indiscutiblemente al cumplimiento de la pena, pues, como señala el Ministerio Fiscal, la concesión del art. 86.4 RP supone o puede suponer en la práctica que los internos no deban ir a prisión, ni tan siquiera las ocho horas que como regla general establece el régimen abierto. Anudado a la clasificación en tercer grado, implica la no permanencia en el Centro Penitenciario y afecta de lleno a la ejecución de la pena».

C) Debe señalarse que igual cuestión de competencia sobre el artículo 86.4 RP se ha suscitado en la causa 6/20507/21.

Ha sido resuelta por ATS de 8 de septiembre de 2021 que en una completa argumentación acoge el mismo criterio competencial ya expuesto en el apartado anterior.

D) Como se señalaba al inicio, la tercera de las importantes cuestiones suscitadas durante este año ha sido la de la existencia de efecto suspensivo en los recursos ante el JVP y ante la AP contra decisiones administrativas de clasificación en tercer grado.

La necesidad de unificar la interpretación que se ha de dar a la Disposición Adicional 5 de la LOPJ, para garantizar el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley consagrado en el artículo 14 de la CE, se ha puesto especialmente de manifiesto en la ejecución penitenciaria de la Causa Especial 20907/2017 de la Sala Segunda del TS. Así, los condenados en la causa del «procés» que cumplieron condena en el Centro Penitenciario de Lledoners, al estimar el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 5 de Catalunya el efecto suspensivo de la impugnación de la resolución de progresión a tercer grado de 2 de julio de 20, permanecieron en régimen de segundo grado hasta que el Tribunal sentenciador se pronunció al respecto señalando que la clasificación en tercer grado estaba indebidamente otorgada, por lo que durante la tramitación del recurso los citados penados permanecieron en el grado que les correspondía. Por el contrario, las dos mujeres que cumplieron condena en otros centros penitenciarios, al no estimar el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 1 de Catalunya el efecto suspensivo de la impugnación de la resolución de 2 de julio de 20, permanecieron en régimen de tercer grado, por lo que pese a que finalmente el Tribunal sentenciador consideró que la clasificación en tercer grado estaba indebidamente otorgada, las citadas, en los últimos seis meses, permanecieron cuatro meses y cinco días en régimen de tercer grado, pese a que no era el correcto, y sólo 57 días en el régimen de segundo grado que era el que les correspondía.

La necesidad de una interpretación uniforme de esta materia se incrementa en la actualidad atendiendo a que en España existen tres

administraciones penitenciarias, la central, la catalana y la vasca, lo que multiplica los problemas de interpretación.

Esta cuestión fue planteada en 2020 por el Ministerio Fiscal ante el Tribunal Supremo ante la denegación de la suspensión realizada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria al tramitar los recursos de apelación contra autos por los que se concedía el artículo 100.2 y la clasificación en tercer grado de los condenados por la sentencia del proces. Los recursos sobre el efecto suspensivo no llegaron a resolverse al quedar vacíos de contenido por la resolución del recurso principal, si bien en el Auto del TS de 22 de julio de 2020 se recoge el efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que concedió el artículo 100.2 a unas de las condenadas por la sentencia del proces.

A la vista de lo anterior los fiscales de VP han estado atentos a la posible existencia de resoluciones distintas en esta materia a fin de, en su caso, preparar e interponer el correspondiente recurso de unificación de doctrina.

Con ocasión de esta situación, los fiscales de VP de la Fiscalía Provincial de Barcelona, en un excelente trabajo, han preparado en 2022 dos recursos de unificación de doctrina, que han sido interpuestos por el Fiscal de Sala ante el TS. Se trata de lograr un pronunciamiento unificador del TS y evitar que la ley vuelva a aplicarse de forma dispar en lo sucesivo. De su resultado se dará oportuna cuenta en la próxima Memoria.

E) En el recurso de casación para unificación de doctrina n.º 8/20350/2021 se suscitó la cuestión del abono de preventiva de una causa a otra en casos de delito continuado. El Ministerio Fiscal interesó el abono de dicho periodo de preventiva por cuanto era dable afirmar en el caso concreto, a la luz del tiempo durante el que se prolongaron los hechos de la continuidad delictiva, que el periodo de preventiva no ha actuado como motor de la continuidad en la comisión delictiva. Es decir, que no podría reconocerse en estas condiciones «la patente de impunidad» a la que se refiere la jurisprudencia (STS 2394/2001).

El TS mediante la sentencia 660/2021, de 8 de septiembre, acoge esa solución. Se condena al acusado, en la causa a la que se pide se aplique la preventiva sufrida en otra causa, como autor de un delito continuado. Parte de los hechos de dicho continuado son anteriores a la adopción de la medida cautelar; y otra parte, posteriores. Procede el abono. Además, no es la fecha de los hechos, anteriores o posteriores a la adopción de la medida cautelar, la que determinará la aplicación del artículo 58.3 del Código Penal. Resulta abonable el periodo de

privación de libertad acordado indebidamente en otra causa siempre que los hechos por lo que se dictó la condena resulten anteriores al conocimiento de la sentencia, absolutoria o que impone una pena menos grave, o de la resolución que pone término sin condena, al procedimiento en el que se adoptaron las medidas cautelares. Solo de este modo se atiende a la finalidad del precepto: evitar el efecto criminógeno que podría producirse en otro caso.