

CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS DE FISCALES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE 2019

A. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA LA ESTANCIA DE MENORES DE TRES AÑOS EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

Primera: El ingreso de menores en los Centros Penitenciarios debe ser una medida excepcional y el último recurso a adoptar, debiendo estar inspirada, en todo caso, en el interés superior del menor.

Segunda: Se hace necesaria una regulación minuciosa del procedimiento de ingreso, que delimite con precisión los presupuestos de ingreso del menor en el Centro Penitenciario.

Es deseable el informe previo del Fiscal de menores.

Deberá notificarse la decisión adoptada al otro progenitor.

Tercera: Parece oportuno un protocolo que regule la coordinación que debe mediar entre la Autoridad Penitenciaria y la Entidad pública de Protección de Menores para la supervisión del ingreso de los menores en los Centros Penitenciarios y para un seguimiento de los mismos dentro de los establecimientos y a su salida.

Cuarta: Los Fiscales pertenecientes a las Fiscalías de Menores ostentan la competencia para supervisar el procedimiento de ingreso de un menor de tres años en un Centro Penitenciario, conforme resulta de las Instrucciones 2/90, 3/08 y 1/09 de la FGE. Sin embargo, una vez que el menor se encuentra dentro del Centro Penitenciario todas las incidencias y quejas de naturaleza penitenciaria deben ser informadas y notificadas a los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria y resueltas por el Juez de vigilancia (art. 76 LOGP).

B. LIBERTAD VIGILADA POSTPENAL

Quinta: Es necesaria una reforma del CP que regule de forma consistente la aplicación de la Libertad Vigilada (LV), diferenciando el régimen de la postdelictiva (inimputables) y postpenal (imputables), desarrollando su ejecución en la LOGP y R.D. 840/11, para acabar con la situación actual de vacío legal e incertidumbre en aspectos esenciales como los presupuestos para su imposición o los órganos intervinientes en su ejecución.

Sexta: La regulación de 2010 establece la LV para imputables como medida consecutiva a una pena privativa de libertad. Con la ampliación de supuestos en 2015 la situación cambia, pues en alguno de ellos la pena del tipo *puede no ser privativa de libertad* (art. 156 ter, en relación con el art. 153 CP). Parece, desde luego, que si la LV se vincula a la peligrosidad, no tendría sentido su imposición si se ha elegido una pena alternativa no privativa de libertad. En todo caso, la solicitud y adopción de la LV discrecional requerirá motivación reforzada, tanto de la necesidad de la medida limitativa como de su extensión temporal.

Séptima: La posibilidad de anudar la medida de LV a una pena *no privativa de libertad* genera dudas sobre el *momento de concreción de su contenido y sobre el de su ejecución*. La jurisprudencia, en las penas privativas (STS 14.10.15), ha estimado que su concreción debe hacerse en el momento final de cumplimiento de la pena de prisión, para su ejecución posterior a la extinción de ésta. En los nuevos supuestos discrecionales nada dice el CP sobre el momento de ejecución que, por coherencia sistemática, entendemos ha de ser igualmente concretada y cumplirse tras la extinción de la pena, sea ésta privativa o no privativa de libertad.

Octava: La LV postpenal es compatible con la suspensión de la ejecución del art.80 CP. La STS 11.11.14 ha afirmado, respecto de un supuesto de imposición obligatoria, que igual que no le repugna al legislador que una LV pueda seguir a otra, tampoco que pueda seguir a una suspensión. Añade el Alto Tribunal que la suspensión es una forma de cumplimiento y que, si no hace falta al final de la suspensión la LV, se puede dejar sin efecto conforme al mecanismo de propuesta legalmente establecido. Lo anterior plantea varios problemas:

a- En estos supuestos obligatorios puede ocurrir que el tribunal, al suspender la pena, no considere necesario establecer reglas de conducta del art. 83 CP. Por el contrario, en los supuestos de penas privativas en que no es obligatoria la imposición de la LV, debe motivarse expresamente su necesidad (STSJ Madrid 22.1.19), por lo que de acordar la medida no sería coherente la no imposición de reglas de conducta si se concediese la suspensión para control y tratamiento del sujeto.

b- En todo caso, habrá que entender que el contenido de la LV deberá fijarse en el momento de cumplimiento de la pena por remisión definitiva, se haya o no impuesto reglas de conducta durante la suspensión.

c- Llegado el momento de la remisión definitiva, es discutible si debe intervenir la Administración Penitenciaria, conforme el art. 23 R.D. 840-11, y el juzgado de vigilancia, conforme al art. 106.2 CP, para hacer la propuesta al sentenciador. Debe entenderse que no, al no haber tenido contacto alguno con el penado durante la ejecución. Corresponderá, por tanto, al sentenciador fijar el contenido de la medida sin previa propuesta.

Motivación:

En las jornadas de 2017 los JVP dieron por supuesta tal intervención, y en el acuerdo 12.2 acogieron el criterio del domicilio del penado para determinar la competencia territorial, añadiendo que “de recibirse comunicación del sentenciador antes de finalizar el plazo de suspensión, se devolverá para que se realice 3 meses antes de la finalización, dada la posibilidad de que la competencia del JVP o las circunstancias concurrentes (v.gr revocación) hayan cambiado”. En el refundido 118 de 2018 desaparece la mención específica a este

supuesto, acogiendo el criterio de la residencia para el “seguimiento” de la medida. Los FVP lo tratamos en ponencias en 2017, estimando que no debía intervenir el JVP, pero no se recogió en las conclusiones, esperando a ver la praxis judicial. Recientemente, el JVP de Valencia, en auto de 18.12.18 sigue este criterio, por no tener sentido la intervención del JVP. Dice el órgano judicial : *“el interno no ha ingresado en Centro Penitenciario alguno a cumplir condena, como informa el Juez de Ejecutorias, sino que la pena le fue suspendida y remitida, por lo que el Juez de Vigilancia, al no existir cumplimiento material de la pena de prisión, ni excarcelación, ni relación alguna con el penado, carece de competencia para el control de dicha medida no privativa de libertad, y, por ello debe encargarse de la misma el Juez o Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el art 98.2 del Código Penal, al tratarse de medidas de seguridad no privativas de libertad”*. Corresponderá, por tanto, al sentenciador fijar el contenido de la medida sin previa propuesta, que tendrá que afrontar la dificultad añadida para “valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a las medidas de seguridad” (art. 105 CP) en el caso de suspensión sin reglas de conducta previa, al no existir una intervención previa de aquéllos.

Novena: Respecto del informe de la Administración Penitenciaria, compete a la Junta de Tratamiento del CP de cumplimiento o a la que el penado esté adscrito si está en libertad condicional, siendo su destinatario, respectivamente, el JVP de ubicación del establecimiento o el que acordó ésta.

Para evitar dilaciones que supongan solución de continuidad entre el cumplimiento de la pena y el inicio de la medida, es necesario que se deje constancia inicial en el expediente penitenciario del interno de la existencia de la LV y que por la Junta de Tratamiento se respete el plazo de 3 meses de antelación a la extinción de la pena establecido en el art. 4 de la L.19/11 para emitir su informe.

Respecto del contenido de éste, debe ajustarse a las necesidades de control y tratamiento que presente el sujeto en el momento de la propuesta, y no estar condicionado por factores ajenos (v.gr. ceñirse a las establecidas en la sentencia, si erróneamente se había fijado en dicha resolución, o no proponer programas específicos que sí estaban indicados –PCAS, por ejemplo-, por dificultades de implementación en el supuesto concreto).

Décima: Respecto de la propuesta del JVP, debe diseñar un plan individualizado, huyendo de automatismos (v.gr. reiteración de programas ya realizados con éxito), sin estar vinculado por la sentencia, si erróneamente las fijó (acuerdo refundido FVP 119), evitando en lo posible duplicidades en la pena accesoria de alejamiento (acuerdo refundido FVP 120) y que la LV pueda suponer un retroceso en la evolución conseguida con el tratamiento, sobre todo en los supuestos en que el cumplimiento de la condena acaba en tercer grado o en libertad condicional (acuerdo refundido 121).

Decimoprimera: Una vez que el sentenciador concreta las medidas del art. 106.2 CP, nada dice nuestro ordenamiento sobre cuál sea su papel en la ejecución de las reglas impuestas, como tampoco se regula el del JVP, lo que puede provocar conflictos negativos de competencia. La atribución al JVP de las propuestas inicial y periódicas sobre la medida justifica el control de ejecución por aquél.

Motivación:

En principio, ninguna dificultad habría para que el sentenciador controlara las asegurativas (v.gr. ausentarse sin autorización del tribunal) y las de protección de la víctima. En las rehabilitadoras (letras j y k, de obligación de participación en programas y tratamiento médico), podría también concretar el recurso (como lo hace en las postdelictivas privativas a ejecutar

en medio no penitenciario y en las no privativas). La intervención del JVP podría justificarse porque ya tiene abierto expediente (hizo la propuesta, con la salvedad posible de las suspendidas) y tendrá que hacer las propuestas periódicas anuales del art. 98 CP. En eso fundamentamos en su día el control de las medidas privativas postdelictivas en medio no penitenciario (acuerdo 114 refundido FVP). Así lo estamos haciendo en algunas provincias, pero es previsible que en otros lugares sigan otros criterios, sobre todo en el control de las no rehabilitadoras. En todo caso, hay algunas que no podrá acordarlas, como la busca para colocación al sujeto de dispositivo telemáticos de control (cfr. ATS 5.3.09)

Decimosegunda: Es imprescindible la implicación de IIPP, las CCAA y entes locales, y del Tercer Sector para la ejecución con eficacia de la LV postpenal. La regulación actual, que no atribuye competencias específicas a estos agentes, está propiciando el deficiente cumplimiento de las medidas impuestas, pese a su especial relevancia en atención a la naturaleza de los delitos por los que se impone (v.gr: contra la libertad sexual).

En este sentido, se postula la intervención de IIPP en la ejecución desde la Fiscalía (acuerdo refundido 117), desde los JVP (acuerdo 119) y, recientemente, desde el CGPJ (27.6.19, en tanto ha denegado la posibilidad de desarrollar un protocolo en el TSJ de Valencia con una ONG para la ejecución de la LV, al entender que es competencia de IIPP).

La infraestructura y experiencia de la Administración Penitenciaria (SGPMA, verificadores de TBC, y agentes de LC) hacen especialmente indicada su actuación, que podría regularse por Instrucción de la Secretaría General. Se estima muy adecuada al efecto la creación de la figura del agente de libertad vigilada, lo que permitiría dar a la institución una función no solo de control, sino también asistencial.

Dígase lo mismo de las Administraciones Autonómicas y locales y del Tercer Sector, vía convenio de colaboración con IIPP o en cumplimiento del mandato de los tribunales, a los que es obligado prestar auxilio para la ejecución de sus resoluciones (art. 118 CE)

Decimotercera: La insuficiencia normativa afecta también a las incidencias en la ejecución, entre otras cuestiones respecto de la concurrencia de LV con otras medidas o con penas. Los FVP acordamos la posibilidad de cumplimiento simultáneo en caso de ingreso en prisión posterior al inicio de la LV (conclusión refundida 126), conclusión que tiene ya respaldo en alguna resolución judicial (AAP Sec. 2 Alicante de 24.9.19), pero es necesario regular otras situaciones, como cuando concurre con la suspensión de la ejecución acordada en otra causa.

Motivación:

Respecto de la concurrencia de medidas, solo existe la previsión del art. 106.2 CP, que establece el cumplimiento sucesivo cuando no sea posible, por su contenido, la ejecución simultánea de varias libertades vigiladas. En la práctica se plantean supuestos no regulados, alguno de los cuales sí tenían tratamiento legal en el proyecto de CP de 2012. Así, el 106.2 preveía la suspensión de una LV en ejecución cuando *recaiga en otra causa una pena de prisión* o medida privativa, reanudándose cuando acabe. En el caso de que la LV coincidiese con una *suspensión de ejecución o libertad condicional en otras causas*, se preveía en el proyecto la inclusión en la LV las condiciones de aquéllas, determinando su incumplimiento grave la revocación de las mismas. Finalmente, el art. 106.3 regulaba la concurrencia de *varias medidas de LV*, unificada con el contenido de ambas y un máximo que no supere su suma ni 7 años. Nada de lo anterior ha pasado a la regulación vigente.

C. ABONO DE MEDIDAS CAUTELARES.

Decimocuarta: Abono de preventiva de una causa con condena aún no firme

El art. 58 CP no solo contiene reglas sobre el reparto competencial del abono del tiempo de prisión cautelar, sino que, además, establece un riguroso orden de prelación atendiendo al sentido del fallo, ya que siendo condenatorio se ordena al sentenciador practicar los oportunos descuentos sobre la pena nominal -art. 58.1-, y solo en otro caso se posibilita la actuación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, para efectuar el posible descuento sobre la pena impuesta en otra causa diferente -art. 58.2-.

Por tanto, en aquellas causas sin sentencia o pendiendo de firmeza la sentencia condenatoria, ningún órgano judicial podrá realizar con las medidas cautelares de dicha causa operaciones liquidatorias sobre una pena ya firme de distinto proceso, por falta de un presupuesto de procedibilidad. En tal sentido STS 70/2007, de 31 de enero, ATS 1631/2014, de 9 de octubre y, específicamente, STS 547/2019, de 12 de noviembre, dictada en casación para unificación de doctrina.

Dicha regla, no obstante, podrá ser excepcionada en aquel supuesto en el que existiera condena a pena inferior a la preventiva sufrida y el recurrente de la sentencia lo fuera solamente el penado, operando por ello el principio de *reformatio in peius* que convierte en seguro ese sobrante de preventiva y permite su aplicación a otra causa sin esperar a la firmeza.

Motivación:

El art. 58 CP establece unos criterios orgánicos y competenciales para el abono de la prisión preventiva que son imperativos, y subordina la intervención del JVP a la inexistencia de pena en la causa judicial en la que la medida rigió -o a la presencia de un exceso de cumplimiento de la cautelar-, un requisito sin el que la resolución estaría afectada de nulidad por manifiesta falta de competencia. Además y en el caso de que existiera condena pero aún no firme por la pendencia de un recurso, se agravaría la situación en el caso de que el fallo fuera finalmente confirmado, al desnaturalizarse la ejecución de la pena, que podría estar sujeta a prescripción, indulto u otras figuras consustanciales a la ejecución penal que llevarían a diluirla o a que no se cumpla *in natura*.

Decimoquinta: Posibilidad de abonar los días de asistencia al juicio oral a la pena que recaiga.

La asistencia del acusado al plenario es un deber legal y judicial, que no tiene la condición de medida cautelar, por lo que no es susceptible de abono en aplicación del art. 59 CP, por falta de encaje típico.

Decimosexta: Sobre la posibilidad de abonar a una pena los días de privación de pasaporte o prohibición de salida de España.

A efectos de armonización de la Conclusión 19 de las JFVP del año 2017, y de acuerdo con las SSTS 377/2019, de 23 de julio y 54/2015, de 17 de marzo, cuando respecto de un investigado se acuerde la retención judicial del pasaporte, con independencia de que durante la causa penal se soliciten o no

autorizaciones para salir de España, o de que exista además un deber de comparecer *apud acta*, será de aplicación el art. 59 CP.

En el supuesto en que dicha retención de pasaporte haya coincidido con la situación de prisión preventiva, no se aplicará el abono de la restricción, ya absorbido por la prisión preventiva, pues no existe en dicho caso un perjuicio potencial.

Decimoséptima: Posibilidad de abono de otras medidas cautelares que no afecten directamente al derecho a la libertad.

La posibilidad de abono de otras medidas cautelares por el JVP, que hasta la fecha no han tenido tratamiento jurisprudencial, pasa por la concurrencia de los siguientes requisitos:

a- la comprobación del correcto cumplimiento de la medida

b- la apreciación de que la medida cumplida es potencialmente apta para producir un perjuicio, en cuyo caso no será necesario probar un daño efectivo. Por falta de esa aptitud potencial para generar un perjuicio no sería abonable la medida cuando otra absorbe de forma lógica todo el posible perjuicio, como ocurría en el supuesto abordado en el párrafo anterior de concurrencia de prisión preventiva y retención de pasaporte.

En caso de estimar abonable la medida, la fijación de los días a descontar se hará de forma ecuaníme, con motivada graduación y sin admitir soluciones estereotipadas.

Motivación:

Hasta fechas recientes la jurisprudencia no se ha mostrado favorable al abono de medidas que no afecten directamente el derecho a la libertad, haciendo casi ineficaz lo previsto en el art. 59 CP, pero al aceptarse el abono de los días de prohibición de salida de España (SSTS 377/2019, de 23 de Julio, RC nº 10198/2019; 154/2015, de 17 de marzo, RC 10846/2014), se ha producido un giro que permite, conjugando los criterios imperantes, (por todos, ATS nº 1481/2018, de 5 de Diciembre -RC 10515/2018-; SSTS 154/2015, de 17 de marzo -RC 10846/2014- y 52/2015, de 26 de enero -RC 10671/2014-), admitir la compensación de la aflicción derivada de la aplicación de otras medidas que coarten igualmente el libre ejercicio de derechos, no sin antes verificar unas mínimas exigencias acerca de la realidad de la pérdida de calidad de vida, y analizando las concretas circunstancias personales del afectado para ajustar ecuanímente los días que en concreto le correspondan restar de la condena.

D. EJECUCIÓN Y VIOLENCIA DE GÉNERO: EL PAPEL DE LA VÍCTIMA.

Decimooctava: En los delitos de violencia de género, por su particular naturaleza, es deseable que la víctima tenga un relevante papel en la fase de ejecución del proceso penal, por cuanto puede ofrecer al órgano sentenciador, dadas sus relaciones personales con el penado, información de interés a propósito de incidentes tales como la suspensión de la ejecución –valoración de la peligrosidad del reo para decidir sobre la concesión del beneficio, fijación y modificación de reglas de conducta y posible revocación por incumplimiento grave o reiterado de las mismas-; la ejecución de la responsabilidad civil –para la exigencia de garantías de pago del penado o para determinar la posible información inexacta u ocultación de bienes por parte del mismo como causa de revocación de la suspensión-; como sucede ya con la exigencia legal del art.

98 CP para la concreción y ulterior modificación del contenido de la medida de libertad vigilada postpenal -en razón de la peligrosidad del reo y las necesidades de protección de la propia víctima-.

Decimonovena: El derecho de participación indirecta de la víctima en la fase de ejecución penitenciaria previsto en el art. 13.2 a) LEV, solicitando la imposición de reglas de conducta al liberado condicional que se consideren necesarias para garantizar su seguridad, impone que el JVP, para valorar la situación de riesgo, deba atender no sólo a la gravedad objetiva del delito, sino también a la evolución penitenciaria del interno y así, puede ocurrir que esa peligrosidad no esté presente en penados condenados por delitos graves, pero que han tenido una muy positiva respuesta al tratamiento penitenciario y sin embargo, ser patente en penados que cumplen penas cortas de prisión pero que su anómala personalidad, el rechazo al tratamiento o su actitud hacia la víctima, ven sensiblemente incrementado su perfil de riesgo, circunstancias estas últimas que se repiten con frecuencia en los penados por delitos de violencia de género.

E. LEY 23/14: PROBLEMAS QUE PLANTEA LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA CONDICIONADA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENITENCIARIO.

Vigésima: Cuando se trate de sujeto trasladado para ser enjuiciado en España con la obligación de devolución para el cumplimiento de la pena que fuere impuesta en otro país, en relación el régimen de cumplimiento del sujeto en España hasta que se completen los trámites para su traslado efectivo, la pendencia de la transmisión tiene un peso específico valorativo en la determinación del régimen a aplicar y, en particular, en el grado de tratamiento a acordar que, necesariamente, en virtud de dicha transmisión pendiente habría de ser, tanto con carácter inicial como ulterior, el régimen ordinario, ya que se erige en medio necesario para garantizar o cumplir efectivamente la condición de retorno. En todo caso, dicho régimen habrá de dotarse de un contenido efectivo mediante la efectiva planificación y ejecución de un programa individualizado de tratamiento y los consiguientes modelos de intervención para dar cobertura a las carencias y necesidades detectadas en el sujeto.

Resulta de cabal importancia dotar a dicha ejecución penitenciaria desarrollada durante el periodo de cumplimiento en España de eficacia ulterior mediante la transmisión de toda la información relativa a la evolución penitenciaria del interno, en un informe específico elaborado por la administración penitenciaria, a la autoridad del estado de ejecución. Para ello, deberá promoverse por los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria la remisión, junto al certificado y la sentencia de condena, de dicho informe, por resultar ello esencial como contribución al fin de reinserción social y como mecanismo de favorecer una ajustada evaluación en el momento del inicio de la ejecución en el estado al que ha sido transferido y evitar reiteración o duplicidad de actividades tratamentales o formativas ya realizadas y, fundamentalmente, el perverso efecto para el sujeto de reiniciar la ejecución penitenciaria “desde cero”.