



Roj: **STS 287/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:287**

Id Cendoj: **28079120012021100071**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2021**

Nº de Recurso: **20150/2020**

Nº de Resolución: **73/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 73/2021**

Fecha de sentencia: 28/01/2021

Tipo de procedimiento: R.CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA

Número del procedimiento: 20150/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

Transcrito por: MMD

Nota:

R.CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA núm.: 20150/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 73/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 28 de enero de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación para unificación de doctrina nº 20150/2020 interpuesto por **Segundo**, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Marta López Barreda, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Cristina Quero Cano, contra el auto dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 20 de mayo de 2019, en el expediente de Apelación Juzgado Vigilancia nº 1377/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid, en el expediente nº 488/2014, dictó auto de fecha 19 de marzo de 2019, que denegó al interno **Segundo** el permiso de salida solicitado, resolución contra la que se interpuso recurso de apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, que en el expediente de Apelación Juzgado Vigilancia nº 1377/2019, dictó auto nº 1985/2019, de fecha 20 de mayo de 2019, que contiene los siguientes **hechos**:

<<PRIMERO.- Por auto de fecha 19 de marzo de 2019 se ratificó la resolución de la Administración Penitenciaria de fecha 17 de enero de 2019 que deniega al interno Segundo, N.I.S. NUM000, el permiso de salida solicitado.

SEGUNDO.- Admitido en un solo efecto el recurso de apelación contra esta resolución y remitido a esta Sala testimonio de los particulares designados por las partes, se dio vista a éstas del expediente y se señaló para deliberación y fallo el día de ayer, donde se examinaron las alegaciones de las partes, quedando el recurso visto para resolución. >>

**SEGUNDO.-** La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Segundo, confirmando el auto dictado por el JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA NUMERO 1 DE MADRID, sin especial imposición de las costas de este recurso. >>

**TERCERO.-** Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación para unificación de la doctrina, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Segundo

**Único.-** Al amparo de la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> de la LOPJ por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto los artículos 849.1, 855, 859, 873, 874, 879 y concordantes de la LECRIM se formula recurso de casación para unificación de doctrina. Considero que el órgano de apelación aplicó indebidamente los artículos 47 de la LOGP y 154 del Reglamento Penitenciario, además de considerar que los preceptos se aplican contradiciendo la doctrina legal con que se han aplicado en otros supuestos por esa misma Sección de la Audiencia Provincial de Madrid

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 26 de enero de 2021.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Segundo

**PRIMERO.-** El motivo único al amparo de la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> LOPJ por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en los artículos 849.1, 855, 859, 873, 874, 879 y concordantes de la LECrim, para unificación de doctrina, al considerar que el órgano de apelación aplicó indebidamente los arts. 47 Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario.

Alega que solicitó la concesión de un permiso ordinario de salida que le fue denegado por Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Madrid III, de fecha 17-1-2019. Presentó queja ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid, que la desestimó por auto de 19-3-2019. Frente a dicho auto interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por auto de la Audiencia Provincial, Sección Quinta, de fecha 20-5-2019, contra el que se ha interpuesto el presente recurso de casación para unificación de doctrina.



Se argumenta en el motivo que el resultado no concluyente de la prueba de orina a que fue sometido el 3-12-2018, al regreso de un permiso de salida del 29-11 al 3-12-2018, al presentar un nivel de creatinina por debajo de los límites establecidos, no puede atribuirse a la realización por su parte de alguna acción o actividad dirigida a la adulteración de la orina para que no pudiera ser analizada por el Instituto Nacional de Toxicología y de esta forma no sea posible detectar el consumo de drogas, al existir la posibilidad de que hayan incidido otras cosas que no sean dicha manipulación, debiendo primar, por ello, la presunción de inocencia.

Añade, a modo de contraste, que en otros expedientes, la Audiencia Provincial de Madrid, en casos iguales al del recurrente, resolvió que un resultado no concluyente de creatinina en una prueba de orina no puede determinar la denegación de permisos de salida. Cita al respecto: auto 2065/2017, de 3-5-2017, dictado en la apelación Juzgado Vigilancia Penitenciaria nº 1; apelación 5495/2016, resuelto por auto 432/2017; expediente 484/2011 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1; apelación 608/2018, resuelto por auto 965/2018, de 7-3.

- Pues bien, la resolución recurrida, auto de 20-5-2019, señala que deniega el permiso de salida respecto de este penado dado que "atendiendo las circunstancias materiales concurrentes en el momento que se produjo la denegación nos encontramos que el interno recurrente cumple condena por la comisión de dos delitos contra la salud pública a la pena de 13 años, 6 meses y 1 día de prisión, pena de la que no ha cumplido la mitad y que cumplirá en su totalidad el 6 de febrero de 2027, por ello existe un elevado riesgo de quebrantamiento de la condena impuesta y de reiteración delictiva, está incurso en un expediente disciplinario como consecuencia de la analítica que se le efectuó tras el disfrute de un permiso de salida que arrojó como resultado un nivel no normal de creatinina, por lo que teniendo en cuenta lo manifestado, encontrándose todavía lejana la fecha de licenciamiento definitivo, procede el mantenimiento de la resolución recurrida, en espera de la consolidación de factores positivos que permitan prever el buen uso del permiso que se solicita y que ahora no se puede asegurar, por lo que se desestima el recurso formulado".

El Juzgado de Vigilancia en igual sentido señaló que el penado "consiguió permisos, pero ha defraudado la confianza que se le otorgó, pues estaba debidamente advertido de las consecuencias de dar un bajo nivel de creatinina. Ocurrió solo un mes y medio antes de la JTR 17-1-19 y tiene por ello un expediente disciplinario en marcha".

En el pliego de cargos se señala que "un nivel de creatinina por debajo de los límites normales establecidos (20 mg/Dl) salvo que tenga una justificación médica debidamente acreditada, solo puede interpretarse como consecuencia de la realización por parte del interno de alguna acción o actividad dirigida a la adulteración de la orina para que no pueda ser analizada por el Instituto Nacional de Toxicología y que de esta forma no sea posible detectar el consumo de drogas".

**SEGUNDO.**- Previamente debemos recordar que el recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria fue introducido en la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ, en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2003, de 27-5, y en el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22-7-2004 se examinó el alcance y contenido de este recurso, adoptando una serie de acuerdos que han sido desarrollados por las SSTs 1097/2004, de 30-9; 748/2006, de 12-6; 167/2013, de 28-2, en las que se declara, entre otros extremos, que la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad. Las partes en conflicto han tenido ya la oportunidad de agotar en pro de sus pretensiones una previa doble instancia judicial en donde depurar todos aquellos aspectos fácticos y jurídicos que configuran su controversia, de modo que en este trance casacional únicamente se controlará por este Alto Tribunal que la doctrina legal aplicable sea la ajustada al ordenamiento jurídico, resolviendo esta Sala Casacional las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver tales discrepancias (en la instancia). Se añade que este recurso exige la concurrencia de dos requisitos: identidad de supuesto legal de hecho y contradicción de doctrina legal aplicada.

El primero de ellos, el requisito de la identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica, supone la comprobación inicial de que se trata de supuestos sustancialmente iguales, que, por consiguiente, debieron haber merecido la misma respuesta judicial y que, sin embargo, ésta fue diversa, en función de una diferente interpretación de un mismo precepto legal, que -en consecuencia- debe ser corregida por esta Sala, con la finalidad de que la aplicación del derecho penitenciario sea de todo punto uniforme en supuestos idénticos. En definitiva, lo que se pretende salvaguardar con este requisito es el principio de igualdad en la aplicación de la ley, y consiguientemente, el de seguridad jurídica. El principio de identidad de la norma se traduce en la identidad de supuesto de hecho (en el sentido de la descripción de aquellos elementos fácticos que conforman su previsión normativa) y el de consecuencia jurídica derivada de la concurrencia de tal supuesto de hecho. Por otro lado, también es evidente que, si las particularidades fácticas del caso sometido a la valoración jurídica de uno u otro tribunal, son distintas, o si la norma jurídica permite una cierta discrecionalidad en su aplicación, el



recurso no podrá prosperar, porque no se habrá producido desigualdad alguna de criterio, sino la aplicación de unos parámetros interpretativos diversos que se justifican en una sustancial falta de igualdad, o son, en otro caso, fruto de la corrección en la respuesta jurídica que faculta aquella discrecionalidad. Finalmente, cuando la resolución impugnada haya valorado aspectos personales, fundamentalmente cuando deban tenerse en consideración informes personalizados de conducta o un pronóstico de comportamiento futuro, no podrá declararse que el supuesto legal de hecho de la norma es sustancialmente idéntico, y en consecuencia, el recurso no podrá prosperar. No puede olvidarse que, en muchos casos, en materia penitenciaria, la aplicación de la ley está basada en la individualización de conductas.

El segundo requisito es el de contradicción, o lo que es lo mismo, que con anterioridad un órgano judicial, incluido este propio Tribunal Supremo, se haya pronunciado de forma diversa a la resolución impugnada, presupuesto que también es necesario para la activación de este recurso de casación para la unificación de doctrina. Este requisito justifica que no puedan acceder directamente ante esta Sala todo tipo de discrepancias con la interpretación que se ha concedido en el supuesto concreto enjuiciado, a modo de un recurso de casación directo, sino que es precisa la previa discrepancia de criterios aplicativos de la norma jurídica con respecto a la de contraste. Deberán alegarse en consecuencia dos resoluciones judiciales: una, la impugnada, que podrá ser objeto de corrección por este Tribunal Supremo, y otra, la de contraste (una o varias), que evidencie, a juicio del recurrente, que el derecho penitenciario se aplicó de forma diferente ante otro supuesto sustancialmente idéntico al que resuelve la sentencia impugnada. Esta resolución judicial de contraste o referencial, tanto puede haber sido dictada por la propia Audiencia Provincial, por otra Sección de la misma Audiencia, por otra Audiencia Provincial de diferente demarcación territorial, por la Audiencia Nacional, en los casos en que conozca de las apelaciones procedentes del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, o por este Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina en esta materia. Pero, como ya hemos señalado, únicamente la resolución impugnada puede ser objeto de corrección mediante este recurso, al disponerse en la ley, en relación con sus efectos, que "los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada". Recapitulando: las características de este recurso de casación serán las siguientes: a) identidad de supuesto legal de hecho; b) identidad de la norma jurídica aplicada; c) contradicción entre las diversas interpretaciones de la misma; d) relevancia de la contradicción en la decisión de la resolución objeto del recurso.

Y desde el plano negativo, nunca podrá convertirse este recurso en una tercera instancia jurisdiccional, pues la subsunción jurídica llevada a cabo en la resolución impugnada no puede ser objeto de nuevo control casacional por esta Sala, ni pueden ser revisados los contornos fácticos del supuesto de hecho previsto por la norma, tal y como han quedado diseñados por el Tribunal "a quo", ni pueden finalmente considerarse infringida la doctrina legal cuando su aplicación dependa de comportamientos individualizados de conductas o informes de pronóstico o diagnóstico personal.

Al formalizarse el recurso ante esta Sala, no podrá fundamentarse en motivos por infracción de ley ni en quebrantamiento de forma, sino que únicamente son admisibles los motivos por infracción de doctrina jurisprudencial o contradicción de doctrina entre distintas Audiencias Provinciales (en su caso, también con la Audiencia Nacional). La infracción constitucional que siempre es alegable como motivo casacional, únicamente tendrá relevancia en este recurso como manifestación del derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica. En consecuencia, no podrán alegarse vicios constitucionales relacionados con la tramitación de la causa, tales como indefensión, derecho a la prueba, etc.

El recurso se decidirá ordinariamente sin celebración de vista, terminándose mediante el dictado de sentencia (especialidad ésta propia del recurso de casación). Concurrirán al dictado de tal sentencia la Sala compuesta por un mínimo de cinco magistrados, en función de las características unificadoras de este recurso. Lo resuelto en la sentencia o resolución judicial de contraste no podrá ser modificado, aunque se case la resolución impugnada, afectando solamente a ésta el contenido de la sentencia casacional.

**TERCERO.-** En el caso que nos ocupa, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en su informe oponiéndose al recurso, los autos de contraste se refieren a internos distintos a quienes se estiman sus recursos y conceden el permiso inicialmente denegado. Las circunstancias existentes son distintas en la resolución recurrida y en las de contraste.

La resolución recurrida tiene en consideración otros factores -que no se contemplan en las de contraste-: la naturaleza y extensión de las dos condenas por delitos de tráfico de drogas, 13 años, 6 meses y 1 día de prisión, que no ha cumplido la mitad de la condena, la totalidad lo hará en febrero de 2027, por lo que el riesgo de quebrantamiento y reiteración delictiva es elevado, y el hallarse bajo expediente disciplinario. Son, por tanto, valoraciones que en cada caso, en atención a circunstancias personales concurrentes, llevan a una ponderación y valoración diferente.



En base a lo razonado, el recurso deviene improcedente, dado que no nos encontramos ante una doctrina legal que deba ser unificada, sino ante la apreciación divergente de circunstancias distintas.

Las resoluciones son de signo contrario, pero ninguna incurre en una interpretación incorrecta de las normas legales reguladoras de los permisos ( art. 154 y ss. del Reglamento Penitenciario). Las resoluciones, tanto las de contraste como la recurrida, se ajustan plenamente a los requisitos legales que señalan los preceptos citados. Ambas resoluciones están ajustadas a la ley.

La apreciación de forma diferente y por dos tribunales diferentes, respeto de penados distintos, de los múltiples factores que incidían en la conveniencia o no de la concesión del permiso, debe llevar a señalar que ninguna de las resoluciones era irrazonable. Partiendo de ello, no puede apreciarse doctrina legal alguna vulnerada, por lo que el recurso debe ser desestimado.

**CUARTO-** Desestimándose el recurso, de conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1º) Desestimar** el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de **Segundo** , contra el auto dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 20 de mayo de 2019, en el expediente de Apelación Juzgado Vigilancia nº 1377/2019.

**2º) Imponer** las costas al recurrente.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García