



Roj: **STS 685/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:685**

Id Cendoj: **28079120012020100118**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/01/2020**

Nº de Recurso: **10426/2018**

Nº de Resolución: **683/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CC 434/2018,**
STS 685/2020

RECURSO CASACION (P) núm.: 10426/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 683/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 29 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de **DOÑA Antonia** contra Sentencia núm. 166/2018 de 21 de mayo de 2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres que confirmó en Apelación la Sentencia núm. 101/2018, de 6 de marzo de 2018 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Plasencia, dictada en el Juicio Oral núm 499/2017 seguido por delito de quebrantamiento de condena contra mencionada recurrente. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan ser han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido partes en el presente procedimiento: el Ministerio fiscal, la recurrente Doña Antonia representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Pilar Tello Sánchez y defendida por la Letrada Doña María Virtudes Gregorio Fernández de Palencia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Plasencia en el Juicio Oral núm 499/2017 seguido por delito de quebrantamiento de condena contra **DOÑA Antonia** dictó Sentencia núm. 101/2018 de 6 de marzo de 2018, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<<1º) En el seno del procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves 16/2016 seguido ante el Juzgado de Instrucción número 1 de Plasencia se dictó sentencia el día 7 de abril de 2.016, en el que se imponía a la acusada Antonia , mayor de edad y con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, a la pena de 30 días de multa con cuota diaria de 3 E, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Incoada la correspondiente ejecutoria penal por parte del Juzgado de Instrucción, mediante auto dictado el día 11 de julio de 2.016 se impuso a la acusada, como responsabilidad personal subsidiaria la pena sustitutiva de 15 días de localización permanente. La acusada colaboró en la ejecución del plan de cumplimiento, aprobándose la liquidación de dicha pena sustitutiva mediante resolución dictada el día 1 de agosto de 2.016, debidamente notificado a la acusada.

2º) A pesar de haber sido debidamente notificada de dicho plan de cumplimiento, los días 23 de agosto de 2.016, 1 de septiembre de 2.016 y 4 de septiembre de 2.016 la misma abandonó voluntariamente su domicilio, sito en la CALLE000 número NUM000 de Plasencia, sin causa ni justificación alguna de su ausencia Dichas ausencias fueron comprobadas por los agentes de Policía Local de Plasencia NUM001 y NUM002 (día 23 de agosto), NUM003 y NUM004 (día 1 de septiembre), y NUM005 y NUM006 (día 4 de septiembre) - folios 18 y 19 de las actuaciones-.

3º) La acusada, en dichas fechas, ya había sido condenada en dos ocasiones por delitos de quebrantamiento de condena, en sentencias de 19 de mayo de 2.015 -sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Plasencia, confirmada en grado de apelación por la Lima. Audiencia Provincial de Cáceres en dicha fecha- (delito cometido el día 28 de febrero de 2.015) -se le impuso la pena de 9 meses de prisión- y sentencia ejecutoria de 28 de abril de 2.016, dictada por el Juzgado de lo Penal de Plasencia -confirmada en grado de apelación por la Ilma. Audiencia Provincial de Cáceres en dicha fecha (delito de quebrantamiento cometido el día 1 de enero de 2.016 -se le impuso la pena de 10 meses de prisión).>>

SEGUNDO.- El Juzgado de Instancia dictó **Fallo**, cuyo tenor literal es el siguiente:

<<Que debo condenar y condeno a Antonia , mayor de edad y con antecedentes penales computables, como autora criminalmente responsable de un delito de quebrantamiento de condena, previsto y penado en el art. 468.1 CP, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia (art. 22.8a CP), imponiendo a la misma la pena de diez meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Se impone expresamente a la condenada el pago de las costas procesales.

Llévese testimonio de la presente Sentencia a los autos principales y notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes con expresión del recurso de apelación que cabe interponer frente a la misma ante este Juzgado dentro de los diez días siguientes al de su última notificación.>>

TERCERO.- Frente a la anterior resolución la representación legal de DOÑA Antonia interpuso recurso de apelación, Rollo de apelación núm . 493/2018, que fue resuelto por Sentencia núm. 166/2018, de 21 de mayo de 2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, que contiene el siguiente **Fallo**:

<<DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Antonia ; Procedimiento Abreviado n. 499/2017, Recurso Penal núm. 493/18; Juzgado de lo Penal n. 1 de Plasencia, contra la Sentencia recaída en dicha instancia, y confirmamos mencionada resolución, con declaración de oficio de las costas procesales causadas en la alzada.

Contra la presente Sentencia cabe recurso de casación por infracción de Ley en el plazo de cinco días, artículos 847.1 b), 849 y 856 LECrim.>>

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal de **DOÑA Antonia** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal de DOÑA Antonia , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Primer motivo.- Lo fundamenta nuestro escrito de anuncio del recurso en el art. 849 nº 1 de la LECr, que dice textualmente que "Se entenderá que ha sido infringida la Ley cuando dados los hechos declarados probados, se hubiese infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que



deba ser observada en aplicación de la Ley Penal". Y es la infracción del art 24 nº 1 de la Constitución, tanto el nº 1 como el nº 2, al amparo también de lo establecido en el art. 852 de la LECr, en relación a la infracción del principio de presunción de inocencia y del principio "in dubio pro reo".

Segundo motivo.- Lo fundamenta nuestro escrito de anuncio del recurso en el art. 849 nº 1 de la LECr, que dice textualmente que "Se entenderá que ha sido infringida la Ley cuando dados los hechos declarados probados, se hubiese infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la Ley Penal". Y es la infracción del art 24 nº 2 de la Constitución, al amparo también de lo establecido en el art. 852 de la LECr y en el art. 5 nº 4 de la LOPJ, sobre el derecho a una tutela judicial efectiva y el derecho a un procedimiento penal con todas las garantías, en relación a la infracción del principio de Tutela Judicial efectiva y de indefensión, por la falta de proporcionalidad en la condena impuesta y por quebrantamiento de la naturaleza de la pena sustitutiva.

Tercer motivo.- En base al art. 849 nº 1 de la LECr, que dice textualmente que "Se entenderá que ha sido infringida la Ley cuando dados los hechos declarados probados, se hubiese infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la Ley Penal". Y es la infracción del art 468.1 del C. Penal que tipifica el delito de quebrantamiento de condena cuando "los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

SEXTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto interesó la admisión parcial del mismo, apoyando el tercer motivo del recurso, por las razones expuestas en su escrito de fecha 22 de noviembre de 2018; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas con fecha 10 de diciembre de 2019; prolongándose las mismas hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Antonia, frente a lo decidido por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Plasencia, que la había condenado como autora criminalmente responsable de un delito de quebrantamiento de condena, previsto y penado en el art. 468-1º del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de diez meses de prisión, frente a cuya resolución judicial interpone este recurso extraordinario de casación la citada acusada en la instancia, recurso al que se adhiere el Ministerio Fiscal, que apoya tal impugnación casacional.

SEGUNDO.- Se articula esta queja casacional por el nuevo formato del recurso de casación, inaugurado por la Ley 41/2015, frente a sentencias dictadas por Audiencias Provinciales, procedentes de Juzgados de lo Penal, cuando se cumplan los requisitos analizados por esta Sala Casacional en su Acuerdo Plenario de 9 de junio de 2016. Entre ellos, y para lo que afecta a este caso, es motivo suficiente la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre esta materia, como ocurre en el caso de autos, razón por la cual esta cuestión ha sido admitida a trámite, y es vista, además, en recurso de casación por un número reforzado de magistrados, que dará mayor solidez a la resolución de asunto, consolidando la jurisprudencia sobre la materia. A su vez, no existe jurisprudencia sobre esta materia (aisladamente, la STS 1680/2001, de 24 de septiembre).

La cuestión que se plantea es si ante el incumplimiento por quebrantamiento de una pena de localización permanente, la pena imponible, conforme al art. 468-1º del Código Penal, es la pena de multa o la pena de prisión.

En apoyo de la tesis correspondiente a la aplicación de la multa, podemos citar las SSAP Pontevedra, secc. 2ª, nº 79/2015, de 16 de abril; Las Palmas, secc. 1ª, nº 260/2014, de 31 de octubre; Ourense, secc. 2ª, nº 210/2012, de 11 de mayo; Madrid, secc. 30ª, nº 497/2012, de 13 de noviembre; León, secc. 3ª, nº 208/2014, de 2 de abril; Córdoba, secc. 2ª, nº 76/2002, de 26 de abril y Zaragoza, secc. 1ª, nº 256/2000, de 12 de julio. Junto a otras Sentencias que citaremos a lo largo de esta resolución judicial.

Y en la tesis de la prisión, contamos con las SSAP Cáceres, secc. 2ª, nº 231/2014, de 21 de mayo; Zaragoza, secc. 3ª, nº 92/2013, de 25 de abril; Cádiz (Sección con sede en Jerez de la Frontera) nº 441/2010, de 30 de noviembre; Valladolid, secc. 2ª, nº 221/2013, de 10 de junio; Huelva, secc. 1ª nº 38/2010, de 17 de febrero; Guipúzcoa, secc. 1ª, nº 66/2015, de 17 de marzo y Toledo, secc. 1ª, nº 42/2015, de 23 de abril.



En cuanto a los argumentos de las primeras, citamos la SAP Jaén (sección 2), 1137/2016, del 22 de noviembre, que mantiene que "... La pena de prisión impuesta deriva de la calificación de los hechos por el juzgador como delito de quebrantamiento de condena del art. 468.1 inciso primero ("Si estuvieran privados de libertad") y no por el art. 468.1 inciso segundo ("en los demás casos"), considerando este Tribunal que, conforme sostiene el Ministerio Fiscal, el quebrantamiento de la pena de localización permanente debe incluirse en el inciso segundo, pues dicha cuestión, ya fue abordada en relación con la extinta pena de arrestos de fin de semana por la Instrucción 3/1999 de la Fiscalía General del Estado, que decidía en favor de considerar que en estos casos la pena oportuna era la de multa, y lo hacía por razones que la reciente Consulta 1/2016, de 24 de junio de la Fiscalía General del Estado, ha mantenido como vigentes...".

Y respecto a la segunda tesis, la SAP Cáceres (Sección 2ª, 166/2018, de 21 de mayo): "... La localización permanente es una pena privativa de libertad, el art. 35 así lo proclama con rotundidad, y las normas que la regulan se encuentran dentro de la sección 21 del capítulo I del título III del Libro I del Código Penal, que lleva la rúbrica "de las penas privativas de libertad", por lo que con independencia de donde se cumpla, el penado se encuentra "privado de libertad", lo que determina que se le haya de aplicar el subtipo agravado del art. 468.1 del Código Penal. La restricción de libertad es completa, el condenado no puede abandonar su domicilio o lugar donde se verifique el cumplimiento, y si lo hace habrá quebrantado la pena, sin necesidad de que existan otros medios o barreras de contención" (Sentencia recurrida en estos autos).

TERCERO. - Como hemos expuesto con anterioridad, la cuestión sometida a la consideración de este Tribunal Supremo es si el quebrantamiento de una pena de localización permanente, introducido en el catálogo de penas mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, que la incorpora a su art. 37, antes dedicado al arresto de fin de semana, que desapareció y al que vino a sustituir, lleva aparejada una pena de prisión o bien de multa, tomando en consideración que el art. 468.1 C.P. dispone lo siguiente: "Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos".

Es decir, la cuestión se reduce a determinar si tal pena de localización permanente constituye una privación de libertad que lleve a la conclusión de que su quebrantamiento ha de ser saldado con una pena de prisión, o si tal comportamiento lleva aparejada una multa, en tanto que la privación de libertad no es completa, al modo de cómo se cumplen las penas privativas de libertad en un centro penitenciario, sino que puede entenderse comprendida en *los demás casos*, tomando por tales casos aquellos en que el cumplimiento no sea de absoluta privación de libertad, sino de restricción del derecho a la libertad del condenado.

Esta cuestión adquiere también una posición relacionada con el principio acusatorio, en tanto que la posición de la defensa ha sido apoyada por el Ministerio Fiscal, de modo que ambas partes contendientes se encuentran en la misma posición jurídica, y nadie hay frente a nosotros que postule lo contrario. Citamos con respecto a la aplicación del principio acusatorio en el ámbito casacional la Sentencia de esta Sala 600/2019, de 4 de diciembre, entre otras anteriores.

CUARTO. - El recurrente reclama la aplicación de la pena de multa (en lugar de la pena de prisión que le fue impuesta), en síntesis, por dos razones:

(i) Por infracción del principio de proporcionalidad (desproporción entre la pena impuesta por el delito de quebrantamiento de condena -10 meses de prisión- y la pena quebrantada -15 días de localización permanente, impuesta como responsabilidad personal subsidiaria por impago de una multa en juicio por delito leve, ex art. 53.1 CP-).

(ii) Por causa del diferente presupuesto fáctico existente entre el quebrantamiento de la pena de prisión (que tiene como condición previa hallarse en situación de "privación (material) de libertad", cuyo quebrantamiento se sanciona con pena de prisión - inciso primero del art. 468.1 CP-) y el de la de localización permanente (que no conlleva tal privación material de libertad y tiene, por ello, cabida en los supuestos recogidos en el tipo con la expresión "en los demás casos", cuyo quebrantamiento se sanciona con pena de multa - inciso segundo del artículo 468.1 Código Penal-).

En cualquier caso, la tesis que sostiene la Audiencia "a quo" es también sugestiva y oportuna.

QUINTO. - En la Exposición de Motivos se justificaba la introducción de esta pena de localización con fundamento en que permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios.



Con respecto a su aplicación, se prevé que se cumpla en el domicilio o en otro lugar señalado por el juez o tribunal por un período de tiempo que no puede exceder de doce días, ya sean consecutivos o en fines de semana, si el juez o tribunal sentenciador lo considera más procedente.

Se configura como una pena privativa de libertad autónoma, leve y generalmente alternativa, que obliga al penado a permanecer en su domicilio o lugar determinado fijado por el Juez en sentencia, lugar que deberá ser en todo caso cerrado y de características análogas al domicilio, disponiendo de unos mínimos de habitabilidad e higiene, no pudiendo, como regla general, cumplirse en un Centro Penitenciario o en un depósito municipal.

Naturalmente, el cumplimiento de una pena de localización permanente, que sin duda es una pena privativa de libertad (art. 35 del Código Penal), no contiene las exigencias materiales del cumplimiento de una pena de prisión en un centro penitenciario, y por ello, no puede restringir las posibilidades del ejecutoriado de disponer libremente de su tiempo, comunicarse con otras personas o recibir visitas. Tal vez por ello, ni siquiera se llama arresto, como el antiguo arresto de fin de semana, sino localización permanente, que significa una restricción de libertad, de caracterización material de inferior categoría a la propia pena de prisión. Esta pena impone al condenado la obligación de permanecer en un determinado lugar sin poder abandonarlo, por lo que el penado ve restringida su libertad y pierde la capacidad de situarse espacialmente donde desee.

Por otra parte, como quiera que la localización permanente no implica ingreso en prisión, no genera el inicio de la relación jurídica penitenciaria y con ello, de la relación de sujeción especial que la misma implica.

La Ley Orgánica 5/2010 potenció la pena de localización permanente, al incrementar su límite máximo de duración hasta los seis meses, ampliando su operatividad como alternativa a la prisión.

Como dice el Ministerio Fiscal, el proceso expansivo de la pena de localización permanente ha sufrido una cierta limitación aplicativa, en la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo. Tras la reforma, la aplicación de esta pena queda limitada a determinados delitos leves, como modalidad de responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa impuesta por delito leve (art. 53.1 CP) y como sustitutiva de la prisión inferior a tres meses (art. 71.2 CP).

En consonancia con lo anterior, el art. 33.4.h) CP considera como pena leve la pena de localización permanente de un día a tres meses.

La Consulta 1/2016 de la FGE nos ofrece también algunas pautas interpretativas. Así, la solución al interrogante planteado, nos dice, se halla íntimamente ligada al criterio que se suscriba en relación con el fundamento de la agravación. El tenor literal del art. 468 parece sugerir el rechazo de un entendimiento puramente nominalista, con arreglo al cual el quebrantamiento de toda pena privativa de libertad, por sí sola, por el hecho de serlo, haría surgir la modalidad agravada. No parece ser ésta la idea rectora que inspira el tratamiento de algunas de las penas de aquella naturaleza (...).

Y en el momento de decantarse por las posibles soluciones, considera más consistente la idea de que el legislador ha reservado la mayor gravedad de la respuesta penal a aquellos casos en que la privación de libertad es efectiva, de suerte que el quebrantamiento de aquella exija del autor eludir las medidas de contención que delimitan el espacio físico en que aquella restricción de libertad se hace realidad. En no pocos casos, la privación de libertad impuesta al condenado adquiere un significado formal, de suerte que más que una genuina pérdida o privación de la libertad, el condenado se ve afectado por una restricción limitativa de su capacidad ambulatoria, cuyo quebrantamiento, sin embargo, no le obliga a una conducta que encierre mayor lesividad para el bien jurídico protegido o que conlleve un plus de antijuridicidad.

Por ello, es lógico entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenúe su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia.

Consecuentemente, pese a que la reforma operada por LO 15/2003 pretendiera hacer del Juez de Vigilancia Penitenciaria un Juez de ejecución de penas, corresponde al Juez o Tribunal sentenciador el control de la localización permanente, siendo patente la falta de vinculación del penado a la Administración penitenciaria. Ni el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, ni su sustituto, el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, ambos dedicados a regular las circunstancias de ejecución de la localización permanente, han modificado esta conclusión.

En suma, podemos entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenúe su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia.

La solución apuntada es, por lo demás, más respetuosa con el principio de proporcionalidad. Desde su atalaya, procede sancionar con pena de multa los supuestos que contemplamos.



Y desde el plano de la literalidad, el tipo, en su modalidad agravada no se refiere a los penados que estuvieran cumpliendo pena privativa de libertad sino de los que estuvieran "privados de libertad", lo que da lugar a la interpretación del Ministerio Fiscal relativa a la distinción entre una privación material de libertad, y otra restrictiva de tal libertad.

Abordando otros problemas colaterales que el quebrantamiento de la localización permanente plantea, es necesario analizar qué tratamiento dar a los supuestos en los que su ejecución deriva de una sustitución conforme al art. 71.2 CP o de una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria conforme al art. 53 CP.

Así, cuando la pena de localización permanente se impusiera como sustitutiva de la prisión inferior a tres meses (art. 71.2 CP), el quebrantamiento dará también lugar a la deducción de testimonio y a la incoación de nueva causa por el tipo atenuado del art. 468 CP, no siendo procedente el retorno a la pena original, pues la prisión inferior a tres meses se sustituye "en todo caso". En estos supuestos la pena de prisión queda definitiva e irreversiblemente sustituida por la pena de localización permanente. El art. 88.2 CP disponía que "en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará (...)", previsión que daba argumentos a la tesis favorable al retorno. Sin embargo, la desaparición de esta regla tras la reforma operada por LO 1/2015 deja desprovista de asideros a tal interpretación.

La localización permanente puede ser también una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria (art. 53 CP).

SEXO. - Como argumentos, citamos igualmente los siguientes, que se deducen de la doctrina de las AAPP que mantienen esta posición: 1) la descripción típica no fija la pena en función de la naturaleza de la pena quebrantada, sino que yendo más allá exige para imponer pena de prisión que el sujeto estuviera privado de libertad, siendo así que la localización permanente no priva de libertad al afectado sino que la restringe, de tal forma que a diferencia de la pena de prisión en la cual el sujeto no solo carece de libertad sino que tiene reglamentada su vida acomodada a las exigencias del régimen penitenciario, en la pena de localización permanente se le exige estar durante determinado periodo de tiempo en un lugar concreto, generalmente su domicilio, si bien dentro del mismo puede actuar con absoluta libertad, a lo que debe añadirse que la reprensión ínsita en esta pena no viene por la custodia que desarrollan unos funcionarios públicos, sino de la posibilidad de incurrir justamente en un delito si no cumple con la pena. 2) Razones de proporcionalidad imponen no equiparar el quebrantamiento de una pena de prisión con el régimen de custodia esencialmente unida a ella, que determina por tanto una objetiva situación de riesgo para el personal funcional que la desarrolla, con el quebrantamiento de una pena que no lleva nunca tal riesgo al depender única y exclusivamente de la voluntad del propio penado.

Señala la SAP Madrid secc. 15ª nº 442/2002, de 5 de septiembre, que el legislador considera que "supone una mayor resolución y energía criminal el escapar cuando se está privado de libertad que el no reintegrarse a un centro penitenciario o dejar de cumplir una condena que no comprende la privación de libertad" lo que "parece razonable que, ante conductas que conllevan un riesgo de enfrentamiento personal con las personas encargadas de la custodia del preso o penado, el legislador incremente la cuantía punitiva".

Desarrolla este hilo argumental la SAP Madrid Sección 30ª no 497/2012, de 13 de noviembre, que declara que "estas mismas razones de política criminal serían aplicables a una pena de localización permanente en el que no hay mecanismo de control de la custodia, sino únicamente del cumplimiento de la pena mediante visitas periódicas que no pueden evitar que el penado eluda voluntariamente el cumplimiento de la pena".

SÉPTIMO. - Siguen igualmente el criterio de la multa, las siguientes Sentencias de Audiencias Provinciales:

Málaga, Sección 9ª, Sentencia 444/2016, de 16 de junio.

Madrid, Sección 1ª, Sentencia 516/2016, de 20 de octubre.

Jaén, Sección 2ª, Sentencia 301/2016, de 22 de noviembre.

Madrid, Sección 29ª, Sentencia 413/2016, de 21 de julio.

Pontevedra, Sección 4ª, Sentencia 196/2016, de 27 de diciembre.

Navarra, Sección 1ª, Sentencia 269/2017, de 28 de diciembre.

Madrid, Sección 29ª, Sentencia 39/2018, de 29 de enero.

En esta última resolución judicial se argumenta lo siguiente:

Dicho precepto ha sido objeto de estudio, no solo por nuestra jurisprudencia, sino por la propia Fiscalía General del Estado, que ya en la Instrucción 3/99, de 7 de diciembre, sostenía que en los casos de quebrantamiento



de condena cuando éste se produce al no reintegrarse el penado al Centro Penitenciario tras el disfrute de una salida o permiso carcelario, no estaría encuadrado en el supuesto agravado del art. 468, siendo aplicable la pena atenuada de multa y no la de prisión, pues entonces el penado se encuentra en una situación material de libertad, sin perjuicio de que, desde el punto de vista jurídico, se halle sometido al cumplimiento de una pena privativa de libertad.

Entiende la Fiscalía que el tenor literal del art. 468 "parece sugerir el rechazo de un entendimiento puramente nominalista, con arreglo al cual el quebrantamiento de toda pena privativa de libertad, por sí sola, por el hecho de serlo, haría surgir la modalidad agravada. No parece ser ésta la idea rectora que inspira el tratamiento de algunas de las penas de aquella naturaleza lo que resultaba más claro en relación a la prevención contenida anteriormente respecto del arresto de fin de semana".

"Cobra más consistencia, pues, la idea de que el legislador ha reservado la mayor gravedad de la respuesta penal a aquellos casos en que la privación de libertad es efectiva, de suerte que el quebrantamiento de aquella exija del autor eludir las medidas de contención que delimitan el espacio físico en que aquella restricción de libertad se hace realidad. En no pocos casos, la privación de libertad impuesta al condenado adquiere un significado formal, de suerte que más que una genuina pérdida o privación de la libertad, el condenado se ve afectado por una restricción limitativa de su capacidad ambulatoria, cuyo quebrantamiento, sin embargo, no le obliga a una conducta que encierre mayor lesividad para el bien jurídico protegido o que conlleve un plus de antijuridicidad. Es lógico entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenúe su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia".

La consulta nº 1/2016 de la Fiscalía General del Estado de 24 de junio se plantea la vigencia de aquella Instrucción. Entendiendo que de las sucesivas transformaciones que ha sufrido el Código Penal, eliminada del mismo la pena de arresto de fin de semana y sustituida por la pena de localización permanente, permanecen incólumes las razones contenidas en la referida Instrucción.

Se mantienen las razones que llevaron a declarar que no todo quebrantamiento de penas privativas de libertad debe hacer surgir la modalidad agravada.

En suma, sigue siendo lógico entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenúe su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia (Instrucción 3/1999).

La solución apuntada es, por lo demás, más respetuosa con el principio de proporcionalidad.

OCTAVO. - En consecuencia, procede estimar el recurso, que ha contado con el **expreso apoyo del Ministerio Fiscal**, dictar segunda Sentencia, todo ello declarando de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º.- ESTIMAR el el recurso de casación interpuesto por la representación legal de DOÑA Antonia contra Sentencia núm. 166/2018 de 21 de mayo de 2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres que confirmó en Apelación la Sentencia núm. 101/2018, de 6 de marzo de 2018 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Plasencia.

2º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- En consecuencia, CASAR Y ANULAR en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal de procedencia a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10426/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar



Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 29 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de **Doña Antonia** contra Sentencia núm. 166/2018 de 21 de mayo de 2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres que confirmó en Apelación la Sentencia núm. 101/2018, de 6 de marzo de 2018 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Plasencia. Sentencia que ha sido recurrida en casación por la representación legal de dicha recurrente, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, al estimarse parcialmente el recurso interpuesto por la misma, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de condenar a la acusada Antonia, como autora de un delito de quebrantamiento de condena, a la propia pena postulada por el Ministerio Fiscal, que lo es de multa de 19 meses, con la determinación de una cuota diaria de 10 euros, y con las consecuencias legales inherentes a su incumplimiento dispuestas en el art. 53.1 del Código Penal, manteniéndose el resto de pronunciamientos.

FALLO

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

Que debemos condenar y condenamos a Antonia, como autora criminalmente responsable de un delito de quebrantamiento de condena, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de multa de 19 meses, con la determinación de una cuota diaria de 10 euros, y con las consecuencias legales inherentes a su incumplimiento dispuestas en el art. 53.1 del Código Penal, y pago de costas procesales de la instancia.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García Ana María Ferrer García



Pablo Llarena Conde

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ