



Roj: **STS 1078/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1078**

Id Cendoj: **28079120012013100170**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2013**

Nº de Recurso: **20495/2012**

Nº de Resolución: **167/2013**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AAP LU 158/2012,**
STS 1078/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Febrero de dos mil trece.

En el recurso de casación para **unificación de doctrina**, formalizado por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por el interno **Jose Daniel**, contra auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, de fecha 11 de abril de 2012, dictado en el Rollo 47/2012, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Querol Aragón.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 3 de Lugo dictó auto, de fecha 3 de noviembre de 2011, que denegó autorización para que el interno Jose Daniel pudiera utilizar una **videoconsola** con módem marca "PlayStation 2", resolución contra la que se interpuso recurso de reforma que fue desestimado por auto de ese mismo Juzgado, de fecha 22 de diciembre de 2011, Auto que fue recurrido en apelación ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo.

2.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo dictó Auto, de fecha 11 de abril de 2012, resolviendo recurso de apelación, en cuya parte dispositiva se acuerda: *"Confirmar el Auto dictado en estas actuaciones, por el Juzgado de Vigilancia de Lugo, con fecha veintidós de diciembre de dos mil once"*.

3.- Notificado dicho Auto a las partes, se preparó recurso de casación por el interno **Jose Daniel** 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.

4.- El recurso, para **unificación de doctrina**, interpuso por el interno Jose Daniel se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACION: Unico**.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo de lo establecido en la Disposición Adicional Quinta, punto 8º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación al artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulneración del derecho a la igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución, por la manifiesta contradicción existente entre la **doctrina** asumida por el auto recurrido y la mantenida en las resoluciones de contraste que se ha aportado.

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

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 26 de febrero de 2013.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación para **unificación de doctrina** en materia penitenciaria fue introducido en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, y en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrado el día 22 de julio de 2004, se examina el alcance y contenido de este Recurso de Casación para **Unificación de Doctrina** tomándose los siguientes Acuerdos:

Puede interponerse este recurso contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional en materia penitenciaria, en los que se resuelvan recursos de apelación que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada. Son requisitos de este recurso: a) La identidad del supuesto legal de hecho. b) La identidad de la norma jurídica aplicada. c) La contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma. Y, d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

El recurso de casación para la **unificación de la doctrina** en el ámbito penitenciario: a. No es una tercera instancia. b. Han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal a quo. Y, c. No cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma: a) cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y b) cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

Preparación del recurso: El Tribunal a quo debe comprobar: a) Que la resolución impugnada puede ser recurrida en casación para **unificación de doctrina**; b) Que en el escrito de preparación se hace constar la igualdad del supuesto legal de hecho y la desigualdad (contradicción) en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica; y, c) Que el recurrente aporta las resoluciones de contraste o las precisa y solicita la aportación del correspondiente testimonio de las mismas, que en todo caso, el Tribunal a quo deberá examinar antes de pronunciarse al respecto.

El Tribunal a quo -previa audiencia del Ministerio Fiscal- deberá pronunciarse, motivadamente, sobre si procede, o no, tener por preparado el recurso (art. 858 LECrim .)

Formalización del recurso: Ante la Sala Segunda del TS: Este recurso únicamente puede fundamentarse en la existencia de contradicción entre la **doctrina** asumida por el auto recurrido y la mantenida en la resolución o resoluciones de contraste.

Decisión del recurso: Por una Sala compuesta por cinco Magistrados. Sin celebración de vista. Y, mediante sentencia, que decidirá cual es la interpretación correcta del precepto legal al que se refiere el recurso. El Tribunal que conozca de este recurso no estará obligado a decidir sobre el mismo de acuerdo con alguna de las resoluciones contradictorias citadas pro la parte recurrente, ya que podrá hacerlo conforme la **doctrina** que estime aplicable.

Estas consideraciones del Pleno no jurisdiccional de la Sala han sido recogidas en la Sentencia del Tribunal Supremo, 1097/2004, de 30 de septiembre, en la 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.

En similares términos se pronuncia la Sentencia de esta Sala 748/2006, de 12 de junio .

SEGUNDO. - Es cierto, como se alega en defensa del recurso, que la **doctrina** asumida en el Auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, de fecha 11 de abril de 2012 , es contradictoria con la mantenida en los dos Autos dictados por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fechas 13 de enero de 2010 y 30 de marzo de 2011 , que son los Autos que se señalan como de contraste, pudiéndose afirmar que el derecho penitenciario se aplicó de forma diferente ante otro supuesto sustancialmente idéntico, al coincidir la resolución impugnada con las de contraste en que en todas ellas venía a decidir si procedía o no autorizar a un interno para que pudiera utilizar una **videoconsola** marca "PlayStation 2".



Así, se dice en apoyo del recurso, que el Auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, de fecha 11 de abril de 2012, que confirmaba un Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, al no autorizar el uso de una **videoconsola** por parte del interno Jose Daniel, había vulnerado el derecho a la igualdad al ser discrepante con los Autos señalados como de contraste que ante un supuesto semejante habían autorizado su uso.

Procede por consiguiente dar respuesta a la discrepancia de criterios que se aprecien en las resoluciones contrastadas y fijar la **doctrina** que se considera más acorde con la normativa aplicable.

Como se señala por el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso, el artículo 51 del Reglamento Penitenciario señala los artículos y objetos no autorizados e incluye, entre otros, a todos aquellos que puedan suponer un peligro para la seguridad así como los expresamente prohibidos por las normas de régimen interior del Establecimiento. Y el Protocolo de Actuación en Materia de Seguridad, aplicable en los Centros Penitenciarios, aprobado mediante la Instrucción 3/2010, por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, establece en su Introducción que nuevos elementos electrónicos de alta precisión y tecnología contribuyen a crear espacios de inseguridad y en el apartado 2.2 de su articulado, referido al control de objetos prohibidos, se dice que se considerarán prohibidos los relacionados en el ANEXO II, y examinado tal ANEXO puede comprobarse que dentro del apartado C) que lleva como epígrafe "APARATOS ELECTRÓNICOS" se incluye como prohibidos, en su número 8º, las **videoconsolas** y los videojuegos, y en su número 5º los reproductores y/o grabadores de imagen.

Fue precisamente la posible quiebra de la seguridad del Centro Penitenciario lo que determinó que el Auto recurrido, de fecha 11 de abril de 2012, y los que vino a confirmar, no autorizasen la introducción de una **videoconsola** modelo "PlayStation II", decisión que se presenta acorde con lo que se dispone en el artículo 51 del Reglamento Penitenciario y con la relación de objetos prohibidos a los que se refiere la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias antes mencionada.

TERCERO .- Por todo lo que se deja expresado, esta Sala debe unificar la discrepancia en el sentido de entender correcto el criterio mantenido por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, en su Auto de fecha 11 de abril de 2012, dictado en el Rollo 47/2012, declarándose de oficio las costas.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos que procede unificar la discrepancia en el sentido de considerar correcto el criterio mantenido por el Auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, de fecha 11 de abril de 2012, dictado en el Rollo 47/2012. Se declaran de oficio las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y póngase en conocimiento de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Carlos Granados Perez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.