



Roj: **STS 2789/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2789**

Id Cendoj: **28079120012020100444**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2020**

Nº de Recurso: **20552/2019**

Nº de Resolución: **408/2020**

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. 408/2020

Fecha de sentencia: 20/07/2020

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

Número del procedimiento: 20552/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/07/2020

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Transcrito por: MMD

Nota:

R.CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA núm.: 20552/2019

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 408/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Susana Polo García

En Madrid, a 20 de julio de 2020.



Esta sala ha visto Esta sala ha visto el recurso de casación nº 20552/2019 interpuesto por **Julián**, representado por la procuradora D^a. Alicia Tejedor Bachiller, bajo la dirección letrada de D^a. Paloma Gómez del Olmo, contra el auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha 25 de febrero de 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 2 de Aragón, con sede en Zaragoza, en la causa nº 114/2018, dictó auto con fecha 28/07/2018, por el que desestimaba la queja del interno **Julián**; contra dicha resolución se interpuso por el interno recurso de reforma, dictándose auto de fecha 28/09/2018 desestimatorio del recurso de reforma interpuesto, interponiéndose contra el mismo recurso de apelación, que una vez admitido a trámite, se elevaron las actuaciones a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que en el rollo de apelación nº 183/2019, dictó auto con fecha 25 de febrero de 2019, que contiene el siguiente pronunciamiento:

<<LA SALA ACUERDA:.

DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la letrada Lourdes Barón Jaqués, en representación del interno Julián, contra los autos fechados el 28/7/2018 y 28/9/2018, dictados por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Aragón CONFIRMÁNDOLOS con declaración de oficio de las costas de esta alzada. >>

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación para unificación de 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.

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

Motivos aducidos en nombre del recurrente Julián :

Único.- En base a la Disposición Adicional 8, apartado 5 de la LOPJ es motivo de fundamentación del recurso, la distintas resoluciones de las Audiencias que interpretan de distinta forma el artículo 53 de la LGP y 45 del Reglamento Penitenciario, relativo a las comunicaciones íntimas de los internos, que se desarrolla en la circular 24/96, que vulnera el principio de jerarquía normativa, pues por medio de una circular se restringen los derechos reconocidos por el reglamento penitenciario, que no pone límite al concepto de pareja o allegado, es anacrónico con el concepto social actual de relación de pareja.

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

QUINTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 8 de julio de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN VIGILANCIA PENITENCIARIA, interpuesto por Julián

PRIMERO.- El motivo único en base a la Disposición Adicional 8, apartado 5 de la LOPJ por vulneración de los arts. 53 Ley General Penitenciaria y 45 del Reglamento Penitenciario, relativo a las comunicaciones íntimas de los internos, que se desarrolla en la circular 24/96, que vulnera el principio de jerarquía normativa, pues por medio de una circular se restringen los derechos reconocidos por el Reglamento Penitenciario, que no pone límite al concepto de pareja o allegado.

Como antecedentes fácticos necesarios para la resolución del recurso debemos destacar:

I. Es preciso comenzar señalando los antecedentes de los que trae causa este recurso:

1.- El recurrente, Julián, interno en el Centro Penitenciario de Zuera, dirigió queja al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria solicitando que se le concediera una comunicación **visvis a visvis** con quien dijo ser su pareja sentimental Candelaria, comunicación regulada en el art. 51. 1 de la Ley y 45. 4 del Reglamento Penitenciario, que le fue denegada por el Centro bajo el argumento de que no era pareja sentimental del interno, y para justificarlo se aportaban informes (obrantes a los folios 15 y 16 del expediente) en los que se hacía constar que la citada Sra. Candelaria no consta tenga relación alguna con él, que figura como abogada de 11 internos en distintos centros, como amiga de 5 internos, comunicando la última vez con un interno en julio de 2017



y como compañera sentimental de otro interno con el que comunicó en octubre de 2016. Por ello, se señala por el Centro que para la comunicación debería acreditarse la celebración de comunicaciones por locutorios durante seis meses entre la Sra. Candelaria y el ahora recurrente.

2.- El Juzgado acordó, en auto de 30 de octubre de 2018, no haber lugar a la comunicación por las razones expuestas.

3.- La Audiencia confirmó en apelación tal resolución en auto de 25 de febrero de 2019, haciendo suyos tales argumentos. En definitiva, estimó que no se había acreditado la celebración de comunicaciones por locutorios durante seis meses entre los solicitantes.

4.- Como quiera que el interno había aportado una escritura pública de constitución de unión de hecho formada por él y la citada Candelaria de fecha 5 de septiembre de 2018 (folio 32 del expediente), que fue ratificada por la Sra. Candelaria el 28 de septiembre de 2018 (folio 35 del expediente).

5.- Siendo tales fechas anteriores a las de los autos del Juzgado y de la Audiencia-, se interpuso por el interno un recurso de aclaración para que por la Audiencia se hiciera referencia al valor de dicha escritura como prueba, pues no se mencionaba en el Auto.

6.- Por auto de 7 de marzo de 2019 la Audiencia denegó la aclaración al considerar que ningún extremo de la resolución debía ser rectificado o aclarado.

II. Examen de las resoluciones de contraste.

El recurrente ha seleccionado y cita expresamente como resoluciones de contraste dos Autos:

- Auto 89/2010 de la Sala de lo Penal de la AN, Sección Primera, de 5 de febrero de 2010 (obra al folio 21 del rollo de Sala del T S) en el que se señala que "la inscripción en un registro oficial de la relación de convivencia, a falta de regulación legal, debe dar lugar por analogía a la aplicación del régimen de comunicaciones que ostentan los matrimonios...".

- Auto 9349/2004, de 15 de abril, de la Sección Quinta de la AP de Madrid, que determina que hay una enorme variedad de situaciones familiares posibles que no tienen un patrón ideal de relaciones familiares.

En ambas resoluciones, aunque en la primera se ve con mayor claridad habida cuenta de la similitud de la situación fáctica de los solicitantes de la comunicación **visvis** a **visvis** como unión de hecho declarada notarialmente, no se ha limitado la prueba a un medio determinado y concreto (la existencia de relación en locutorio durante los 6 meses previos) sino que se ha admitido como medio válido de prueba la escritura notarial de constitución de la unión de hecho.

III. La normativa aplicable establece que el interno tiene derecho a comunicar bajo determinadas circunstancias y condiciones.

El artículo 51 de la LOGP establece:

"1. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

2. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

3. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los Asistentes Sociales y con Sacerdotes o Ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente.

4. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento.

5. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a autoridad judicial competente".

El Reglamento en su art. artículo 45 regula "Comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia" al señalar:



- "1. Todos los establecimientos penitenciarios dispondrán de locales especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados de aquellos internos que no disfruten de permisos ordinarios de salida.
2. Los Consejos de Dirección establecerán los horarios de celebración de estas visitas.
3. Los familiares o allegados que acudan a visitar a los internos en las comunicaciones previstas en este artículo no podrán ser portadores de bolsos o paquetes, ni llevar consigo a menores cuando se trate de comunicaciones íntimas.
4. Previa solicitud del interno, se concederá una comunicación íntima al mes como mínimo, cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una, salvo que razones de orden o de seguridad del establecimiento lo impidan.
5. Previa solicitud del interesado, se concederá, una vez al mes como mínimo, una comunicación con sus familiares y allegados, que se celebrará en locales adecuados y cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una.
6. Se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad. Estas comunicaciones, que serán compatibles con las previstas en el artículo 42 y en los apartados 4 y 5 de este artículo, se celebrarán en locales o recintos adecuados y su duración máxima será de seis horas.
7. En las comunicaciones previstas en los apartados anteriores se respetará al máximo la intimidad de los comunicantes. Los cacheos con desnudo integral de los visitantes únicamente podrán llevarse a cabo por las razones y en la forma establecidas en el artículo 68 debidamente motivadas. En caso de que el visitante se niegue a realizar el cacheo, la comunicación no se llevará a cabo, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito".

La Instrucción 4/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en relación con las comunicaciones **visvis** a **visvis**, establece que: "Con carácter general no se concederán comunicaciones íntimas a los internos con personas que no puedan acreditar documentalmente la relación de afectividad o que hayan celebrado otras con anterioridad con persona distinta a la solicitada, en cuyo caso será necesario que exista una relación de estabilidad de 6 meses de duración".

SEGUNDO.- El examen de las resoluciones recurridas y de contraste permite concluir en la necesidad de fijar doctrina interpretativa del art. 45 del Reglamento en conjunción con la Instrucción 4/2005 de IIPP.

En definitiva, tal como precisa el Ministerio Fiscal en su documentado y bien fundamentado informe apoyando el motivo, se trata de establecer los medios de prueba válidos para acreditar la condición de allegado o familiar de la persona con quien se solicita la comunicación **visvis** a **visvis** cuando ésta con anterioridad ha mantenido un **visvis** a **visvis** con otro interno.

Para el auto recurrido la existencia de una escritura de constitución de una unión de hecho, acorde a la Ley autonómica de Navarra, no es suficiente para entender probada la relación de pareja, y para ello, de conformidad con la Instrucción 4/2005 de II PP ha exigido la acreditación de una relación epistolar o de comunicación en locutorios de 6 meses de duración previa a la comunicación **visvis** a **visvis**, ello habida cuenta de que la persona con la que se solicitó el **visvis** a **visvis** había mantenido comunicación anterior con otros internos.

Al margen de las consideraciones del recurrente en las que señala que efectivamente ha acreditado la existencia de esa relación en locutorios y epistolar de 6 meses de duración previos, extremo éste que no corresponde ahora valorar al no tratarse este recurso de una tercera instancia; lo que debe examinarse ahora es si, ante la circunstancia de que se hayan mantenido con anterioridad comunicaciones **visvis** a **visvis** con otra persona, la prueba de la existencia del carácter de allegado (entendida como tal en la comunicación **visvis** a **visvis** la pareja sentimental) o de familiar, es posible acreditarla no solamente a través de la prueba señalada en la Instrucción 4/2005 de II PP, con la que el auto recurrido ha interpretado el precepto, o si, por el contrario, es posible, al no hallarnos ante un sistema de prueba tasada sino libre, que cualquier medio de prueba haya de estimarse válido para acreditar aquella condición de allegado o familiar.

A juicio del Fiscal -que esta Sala asume-, la constitución como unión de hecho mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial, al amparo de una ley autonómica, ha de entenderse, como interpretan los autos de contraste, que es un medio válido de prueba que puede a tal efecto ser valorado por la Administración y por los órganos judiciales para estimar que la comunicación **visvis** a **visvis** se solicita respecto de una pareja sentimental, sin que sea ineludiblemente necesario que, por haber tenido un **visvis** a **visvis** con una tercera persona previamente, haya de acreditarse, a modo de prueba tasada, una relación documentada en prisión



de modo epistolar o mediante comunicaciones en locutorios de una duración previa de 6 meses entre los solicitantes.

Ciertamente existe una lógica en la exigencia de la prueba de una relación sentimental en las comunicaciones **visvis a visvis**. El buen orden del establecimiento impediría que pudiera admitirse en tales comunicaciones una relación de prostitución, por citar un ejemplo, en la que se vieran involucrados determinados internos.

Ahora bien, ello no permite una interpretación del art. 45 RP en la que se exija, cuando uno de los intervinientes haya tenido una comunicación previa con una tercera persona, un único medio de prueba (la relación en locutorios previa de 6 meses de duración) y se descarten sin más otros posibles medios probatorios de diferente entidad.

En ese sentido, debe estimarse que la creación de un Registro de parejas de hecho y el acceso al mismo de determinadas uniones es claro que no dota a éstas de eficacia constitutiva. No necesariamente serán parejas de hecho quienes se hallen inscritas, cabe pensar en supuestos fraudulentos (inscripciones simuladas efectuadas únicamente para la obtención de determinados beneficios, como sucedería en paralelo con los matrimonios de conveniencia) Tampoco cabe afirmar que son solamente parejas de hecho las parejas que acceden al otorgamiento de una escritura de tal naturaleza y a su inscripción en un Registro. Existen parejas de hecho que lo son pese a no hallarse documentadas o inscritas. Ahora bien, la cuestión es que la escritura o el Registro facilitan la prueba de su existencia y constituyen un medio de prueba que ha de poder ser valorado por la Administración o por los órganos jurisdiccionales. Dicha prueba, en ocasiones necesaria para anudar a dicha unión sentimental un determinado efecto jurídico reconocido por un concreto precepto del ordenamiento jurídico -como aquí sucede con las comunicaciones **visvis a visvis**-, se puede procurar por una infinidad de medios (declaraciones juradas, informes de la Policía Municipal, padrón municipal, etc...), sin que los Registros sean sino un modo de facilitar su probanza.

Por ello, la citada escritura pública que declara la existencia de una pareja de hecho supone un medio de prueba válido -en un sistema de prueba libre- que como tal ha de poder ser valorado; de ahí que la Instrucción 4/2005 no puede condicionar la interpretación del art. 45 RP y exigir en todo caso -a modo de prueba tasada- una prueba epistolar o de solicitud de comunicaciones por locutorios de 6 meses de duración a quienes -pese a estar inscritos como parejas de hecho a partir de una determinada fecha- hayan celebrado otras comunicaciones **visvis a visvis** con anterioridad con persona distinta a la solicitada, sino que, la citada escritura ha de poder ser valorada, en un régimen de prueba libre y no tasada, como un elemento con potencialidad para acreditar -salvo supuestos de fraude de ley- la existencia de la relación de pareja entre los solicitantes de la comunicación **visvis a visvis**.

Por ello, la interpretación de los términos "allegados" o "familiares" del art. 45 del RP no puede ser ceñida, respecto de quienes con anterioridad han mantenido una comunicación **visvis a visvis** con un tercero, solamente a aquellas personas que demuestren mediante comunicaciones en locutorio durante los 6 meses previos la relación con el solicitante del **visvis a visvis**, sino que ha de entenderse que cualquier medio de prueba de la existencia de una relación de pareja (y entre ellos lo es el otorgamiento de escritura pública notarial de pareja de hecho) ha de poder ser valorado, en un régimen de prueba libre y no tasada, para acreditar a efectos penitenciarios la referida relación.

Es decir, aunque exista una relación **visvis a visvis** mantenida con anterioridad con un tercero, no existe limitación en los medios de prueba que pueden ser valorados libremente por los órganos judiciales para acreditar la existencia de una relación sentimental.

Por lo expuesto, se señala como doctrina jurisprudencial, de conformidad con los autos de contraste, que la relación de pareja entre los solicitantes de una comunicación **visvis a visvis** puede ser acreditada, aun cuando uno de ellos hubiera tenido anteriormente una comunicación de tal clase con otra persona, mediante cualquier medio de prueba válido, siendo por tanto valorable como tal una escritura de constitución de unión de hecho, sin que sea admisible como único medio de prueba la acreditación de que existe dicha unión desde 6 meses antes a través de comunicaciones en locutorios.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se declaran las costas de oficio.

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 recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Julián**, contra el auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha 25 de febrero de 2019.



Se declara como doctrina jurisprudencial en la interpretación del art. 45 del Reglamento Penitenciario "que la relación de pareja entre los solicitantes de una comunicación **visvis a visvis** puede ser acreditada, aun cuando uno de ellos hubiera tenido anteriormente una comunicación de tal clase con otra persona, mediante cualquier medio de prueba válido, siendo por tanto valorable como tal una escritura de constitución de unión de hecho, sin que sea admisible como único medio de prueba la acreditación de que existe dicha unión desde 6 meses antes a través de comunicaciones en locutorios".

2º) Declarar las costas de oficio.

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

Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde Susana Polo García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ