

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Consulta 1/2016, de 24 de junio, sobre la pena imponible en los casos de quebrantamiento de una pena de localización permanente.

Referencia: FIS-Q-2016-00001

ÍNDICE

1. Planteamiento y objeto de la consulta 2. Consideraciones preliminares sobre la pena de localización permanente 3. Naturaleza jurídica de la pena de localización permanente 4. La reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 5/2010 5. La reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 1/2015 6. Las modalidades del quebrantamiento de condena 7. Control de cumplimiento de la pena de localización permanente 8. Tratamiento jurisprudencial del quebrantamiento de la pena privativa de libertad cuando la pena quebrantada no es la de prisión 9. Toma de posición 10. Cláusula de vigencia 11. Conclusiones.

1. Planteamiento y objeto de la consulta

La Fiscalía consultante ha debatido en Junta sobre la correcta petición de pena en los delitos de quebrantamiento de condena del art. 468.1 del Código Penal (en adelante, CP), cuando la pena quebrantada es la de localización permanente. Dicho precepto, incluido bajo la rúbrica *del quebrantamiento de condena* en el Capítulo VIII del Título XX del Libro II establece: *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.*

La controversia se suscita en torno a si la pena que debe solicitar el Ministerio Fiscal ha de ser la de prisión o la de multa. La Fiscalía eleva consulta porque se ve precisada a fijar posición en estos supuestos, siendo consciente de la existencia de la Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, *acerca del alcance del art. 468 CP en ciertos casos de quebrantamiento de una pena privativa de libertad*. Conforme a la misma, corresponde a los Fiscales acomodar sus calificaciones al último inciso del art. 468 CP (actual último inciso del art. 468.1) en todos aquellos casos en que, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no lleve consigo una efectiva situación de privación de libertad.

Ello no obstante, el tiempo transcurrido desde el dictado de la citada Instrucción, el hecho de que la misma se pronunciaba sobre el arresto de fin de semana, pena desaparecida en la actualidad, el pronunciamiento del Tribunal Supremo en STS nº 1680/2001, de 24 de septiembre y los dispares pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, justifican la consulta.

Planteada en estos términos la cuestión, una parte de la Junta se muestra favorable a la solicitud de pena de multa. Fundamentan su postura en la Instrucción 3/1999, cuyo contenido consideran aplicable a los supuestos de quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando se cumple en lugar determinado distinto de un Centro Penitenciario; en el principio de proporcionalidad; en una interpretación teleológica, entendiendo que la localización permanente es una pena cuyo ámbito ordinario de aplicación es el de los delitos leves y en la interpretación sistemática, dada la mayor gravedad del quebrantamiento de las penas privativas de libertad que efectivamente se ejecutan en Centro Penitenciario.

A estos argumentos añaden la interpretación gramatical, entendiendo que la dicción literal del precepto “si estuvieran privados de libertad” alude a la situación fáctica en que se encuentra la persona y no a la genérica naturaleza de la pena; el mantenimiento del precepto en el tiempo, del que deriva la conformidad del Legislador con la interpretación de la Instrucción 3/1999 y el tratarse de la interpretación más favorable al reo.

Por último, citan en apoyo de su tesis diversas resoluciones, en concreto, 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.

Otra parte de la Junta, por el contrario, rechaza los argumentos anteriores, y se muestra favorable a interesar en estos casos pena de prisión.

Fundamentan su postura en la naturaleza de la pena, al entender que la localización permanente constituye indudablemente una pena privativa de libertad del art. 35 CP y en la literalidad del art. 468 CP.

Citan en apoyo de su tesis la STC nº 155/2009, de 25 de junio, que a propósito de la comparación de la gravedad de las penas de localización permanente y multa, destacó la naturaleza privativa de libertad de la primera, afirmando que desde el prisma de la libertad como valor superior, la pena de localización permanente lo afecta de modo inmediato (frente a la multa que sólo podría afectarlo de modo mediato) y la STS nº 1680/2001, de 24 de septiembre, citada *ut supra*.

Por último, relacionan diversas resoluciones de la denominada jurisprudencia menor favorables a su postura. En concreto, 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.

La Junta de la Fiscalía consultante ha optado por mantener la primera de las posiciones expresadas, es decir, la solicitud de pena de multa.

No es necesario subrayar la importancia de la cuestión planteada, a la vista de los trascendentes efectos penológicos que se derivan de la adopción de una u otra interpretación. Por ello, lo que pretende la presente Consulta es ofrecer una pauta general que pueda aplicarse a todos los supuestos de quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando se cumple en el domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez distinto de un Centro Penitenciario.

2. Consideraciones preliminares sobre la pena de localización permanente

Un primer acercamiento al objeto del debate aconseja abordar, sin ánimo de ser exhaustivos, el concepto y ámbito de aplicación de la localización permanente, poniendo especial énfasis en aquellos aspectos que permitan resolver la cuestión planteada.

Como es bien sabido, dicha pena es fruto de la reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que la incorpora a su art. 37, antes dedicado al arresto de fin de semana, que desapareció con esta reforma y al que viene a sustituir.

En la Exposición de Motivos se justificaba la introducción de esta pena con base 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. En relación con 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 los fines de semana, si el juez o tribunal sentenciador lo considera más procedente.*

La consideración de la localización permanente como pena sustitutiva de la de arresto de fin de semana fue destacada por la STS nº 1467/2005, de 9 de diciembre, que declara que “la nueva

redacción ha sustituido la pena de arresto de fin de semana por la nueva pena de localización permanente, que el propio recurrente considera más beneficiosa”.

Se configura, siguiendo las pautas de la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, *sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, como una pena privativa de libertad autónoma, leve y generalmente alternativa.

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.

El cumplimiento discontinuo de la pena ha de encontrar como límite el necesario respeto al día, integrado sin solución de continuidad por 24 horas, no debiendo permitirse el fraccionamiento de esta unidad de mínimo cumplimiento.

El cumplimiento de la pena no podrá restringir las posibilidades del ejecutoriado de disponer libremente de su tiempo, comunicarse con otras personas o recibir visitas.

3. Naturaleza jurídica de la pena de localización permanente

La localización permanente es sin duda una pena privativa de libertad, pues así lo dispone el art. 35 CP, al calificar como tales *la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*.

Para la Circular 2/2004 *pese a su equívoca nomenclatura, esta pena no puede articularse como un control continuado mediante medios tecnológicos que permita simultáneamente al penado la libertad de desplazamiento espacial*.

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.

Pese a lo expuesto, la doctrina subraya que existe una considerable diferencia entre el encierro domiciliario y la privación de libertad en un Centro Penitenciario, resaltando como singularidades de la localización permanente, que impide la corrupción o el contagio por los delincuentes habituales o profesionales, evita el sufrimiento personal y la angustia del ingreso en la cárcel y minimiza las perturbaciones laborales y los efectos desocializadores, llegando a definirla como una “prohibición de acudir a cualquiera de los lugares que el penado frecuentaría en ese tiempo”, una suerte de “prisión atenuada”, “sensible y perceptiblemente más humana”.

Esta diferencia lleva a la Circular 1/2014, de 5 de diciembre, *sobre acumulación de condenas* a entender -con las matizaciones que desarrolla- que con carácter general la pena de localización permanente, no sea acumulable a la de prisión, criterio por lo demás seguido en las SSTs nº 319/2016, de 15 de abril y 321/2016, de 18 de abril.

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.

4. La reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 5/2010

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.

La reforma incluyó la localización permanente en el hoy derogado artículo 88 CP, como pena sustitutiva de la prisión de duración hasta seis meses.

El párrafo segundo del apartado 1º del art. 37 estableció que *no obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente*

se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado.

La reforma no dotó a la pena de localización de ningún efecto rehabilitador y la posibilidad de cumplimiento en un Centro Penitenciario quedaba reducida, en la práctica, a aquellos supuestos en los que el concreto precepto aplicable lo dispusiera, lo que únicamente ocurría en el derogado art. 623.1 CP, que castigaba la falta de hurto en casos de perpetración reiterada.

Por último, cabía la imposición de la pena de localización permanente por la vía del art. 53.1 CP, mediante el régimen de conversión de dos cuotas insatisfechas de la pena de multa impuesta por una falta por un día de localización permanente, en cuyo caso *no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código.*

5. La reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 1/2015

El proceso expansivo de la pena de localización permanente ha sufrido una clara contracción en la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo.

La nueva regulación suprime la sustitución ordinaria como forma de ejecución de las penas privativas de libertad, al derogar el art. 88 CP, lo que ha supuesto recortar notablemente la aplicabilidad de la localización permanente, pena que a diferencia de la de trabajos en beneficio de la comunidad, no se ha integrado en el marco de la suspensión diseñado por la reforma.

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 opción de cumplimiento en Centro Penitenciario desaparece con la supresión del Libro III del CP que, bajo la rúbrica general de las “Faltas y sus penas”, trataba en cuatro títulos separados las faltas contra las personas, el patrimonio, los intereses generales y el orden público. Con ello ha quedado derogado el art. 623.1 CP (falta reiterada de hurto). Sin embargo, permanece en el art. 37 CP la previsión de la posibilidad de cumplimiento en centro penitenciario.

La pena de localización permanente, como sanción originaria queda reducida, como alternativa a los trabajos en beneficio de la comunidad en los nuevos subtipos de amenazas leves del art. 171.7 CP, coacciones leves del art. 172.3 e injurias o vejaciones de carácter leve del artículo 173.4 CP. En los tres supuestos *cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del art. 84.*

6. Las modalidades del quebrantamiento de condena

El art. 468.1 CP establece que *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.*

La claridad del mensaje legal se enturbia cuando se trata de calificar supuestos intermedios en los que el autor del hecho, pese a estar sometido a la ejecución de una pena privativa de libertad, no se halla internado en un centro de cumplimiento en el momento en que quebranta.

La Instrucción 3/1999 se plantea cuál haya de ser el tratamiento típico adecuado a aquellas conductas consistentes en el quebrantamiento de una condena a pena privativa de libertad que por razón de algunas de las modalidades de cumplimiento, se lleva a cabo en régimen extracarcelario. En concreto alude a tres supuestos: al penado que no se incorpora al establecimiento penitenciario después de disfrutar un permiso de fin de semana, al que es

sometido a una pena de arresto domiciliario y, en general, a todos aquellos otros casos en los que la ejecución de la pena privativa de libertad, en el momento del quebranto, no implica la efectiva situación de privación de libertad.

La solución al interrogante planteado, añade, *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. 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.*

Por todo ello la Instrucción 3/1999 exhortaba a los Fiscales a acomodar sus calificaciones al tipo atenuado en todos aquellos casos en que, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no lleve consigo una efectiva situación de privación de libertad.

7. Control de cumplimiento de la pena de localización permanente

Consideraba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 que la pena de localización permanente “es una importante novedad (...) que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología”.

Ello no obstante, como ya pusiera de manifiesto la Circular 2/2004, *esta aseveración no tiene, sin embargo, ningún reflejo en el articulado. El art. 48.4 del Código Penal sí que contiene una previsión relativa a la posible utilización de medios de control electrónico para la ejecución de las medidas de alejamiento, pero además de su parco contenido, refiriéndose este precepto a la ejecución de penas privativas de derechos, no cabría su aplicación analógica, en principio, a una pena privativa de libertad.*

Por ello, continuaba la Circular 2/2014, *podrá utilizarse el tradicional medio de control por medio de la personación sin aviso previo en los días determinados para el cumplimiento, en el domicilio designado, de miembros de la policía judicial, comprobando si el penado se encuentra en el mismo.*

Esta previsión era conectada por la Circular con el art. 508 LECrim, regulador de la medida cautelar de prisión atenuada, en redacción dada por la disposición final 1.1 g) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre que prevé genéricamente que se acordará “con la vigilancia que resulte necesaria”, por lo que puede el Juez oficiar a la Policía Judicial bien para que establezca una vigilancia permanente, bien para que efectúen rondas periódicas con la frecuencia que impongan o aconsejen las concretas circunstancias concurrentes o para adoptar otras prevenciones. Por lo que *esta misma posibilidad ha de reconocerse pues al órgano jurisdiccional que ejecuta la medida de localización permanente.*

Por tanto, 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.

Tras la LO 5/2010, de 22 de junio, el apartado cuarto del art. 37, prevé que *para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo.*

La reforma da cobertura legal a la utilización de tales dispositivos y atribuye al Juez o Tribunal la posibilidad de acordar en tal sentido, subrayando el control de la ejecución de la pena al que antes se aludía.

8. Tratamiento jurisprudencial del quebrantamiento de la pena privativa de libertad cuando la pena quebrantada no es la de prisión

Existe un precedente favorable a considerar el quebrantamiento del arresto sustitutorio ejecutado en el domicilio como modalidad agravada. La STS nº 1680/2001, de 24 de septiembre, estudia un supuesto en el que el recurrente esgrime que "los hechos enjuiciados no constituyen más que el delito contemplado en el segundo inciso del art. 468 CP puesto que su condena no era ni medida de seguridad, ni prisión, ni medida cautelar, ni conducción ni custodia, por lo que se le ha de aplicar una pena de multa al tratarse de un quebranto de condena de los demás casos". Entiende la resolución que *el recurrente fue condenado en juicio de faltas al pago de una multa, cuyo incumplimiento, no debe llevar aparejada la sanción "multa de doce a veinticuatro meses", por la sencilla razón de que el incumplimiento de la pena de multa tiene un tratamiento específico en el CP cuál es el sometimiento del obligado "a una responsabilidad personal subsidiaria". Y, por ello, en el presente caso, entiende el Tribunal, la autoridad judicial -ante el impago de la multa- impuso al condenado un arresto de tres días, lo que, sin duda, constituye una pena privativa de libertad, que es la que el recurrente ha incumplido; de ahí que la pena que debe imponerse al mismo por este hecho no puede ser otra que la de "prisión de seis meses a un año".*

Como se anticipó *supra*, la denominada jurisprudencia menor se encuentra dividida entre resoluciones que aplican a estos supuestos la pena de multa y aquellas otras que imponen penas de prisión. Ello pone de relieve -en una materia en la que el Ministerio Público es prácticamente siempre la única parte acusadora- una ruptura del principio de unidad de actuación de la Fiscalía que necesariamente ha de ser reconducida.

Es preciso examinar los argumentos esgrimidos.

La SAP Cáceres, secc. 2ª, nº 231/2014, de 21 de mayo desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que condenó al recurrente como autor de un delito de quebrantamiento de condena a la pena de siete meses de prisión. La Audiencia considera que la localización permanente es una pena privativa de libertad, declarando que "el art. 35, así lo proclama con rotundidad, y las normas que la regulan, se encuentran dentro de la sección 2ª 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", añadiendo que, "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".

Similares argumentos invocan otras resoluciones que se muestran favorables a la imposición de la pena de prisión.

La SAP Las Palmas secc. 1ª nº 260/2014, de 31 de octubre asume la tesis contraria, en base a los siguientes argumentos: 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.

Parece en todo caso claro que el penado no está "privado de libertad" cuando disfruta de un permiso y no se reintegra al centro penitenciario (SSAP Madrid secc. 6ª nº 339/2002, de 13 de junio y secc. 15ª nº 442/2002, de 5 de septiembre).

Como con acierto señala la SAP Madrid secc. 15ª nº 442/2002, de 5 de septiembre 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 secc. 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".

9. Toma de posición

Llegados a este punto para resolver la cuestión debatida es determinante resolver en torno a la vigencia de la Instrucción 3/1999.

Pues bien, ha de entenderse 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.

El carácter aislado de la STS nº 1680/2001, de 24 de septiembre, cuyo contenido ha sido expuesto *supra*, lo parco de la argumentación empleada y el hecho de que no entra a analizar la sólida argumentación esgrimida por la Instrucción 3/1999 desaconseja seguir su criterio.

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

No se aprecian en la regulación de la localización permanente rasgos que difieran de 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*, de la consideración de *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*.

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.

En este sentido, un relevante sector doctrinal ha considerado que la pena de prisión de seis meses a un año prevista en el inciso primero del art. 468.1 CP sería una reacción jurídica desmesurada, absurda y desproporcionada para el quebrantamiento de la pena de localización permanente.

Por ello se ha defendido, desde la atalaya del principio de proporcionalidad, castigar con pena de multa los supuestos en los que quien quebranta lo hace no acudiendo a su domicilio cuando tenía que comenzar el cumplimiento, pues en tal caso, claramente, el ejecutoriado incumple cuando no se encuentra *de facto* privado de libertad. Compartiendo esta afirmación, y atendida la naturaleza y características de ejecución de la pena de localización permanente, no se justifica un tratamiento distinto al penado que no ha iniciado el cumplimiento de la pena de aquél que, habiendo acudido al domicilio o lugar de cumplimiento se ausenta del mismo una vez iniciado el cumplimiento.

Por lo demás, la propia redacción del 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”.

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). En este punto ha de recordarse la Circular 2/2004 que establecía que “en los supuestos en los que la responsabilidad personal subsidiaria resultante fuese inferior a tres meses y no se hubiera impuesto conjuntamente una pena de prisión superior a tres meses, salvo que se opte por la suspensión de la ejecución, habrá de ofrecerse al reo imperativamente la posibilidad de cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad”.

Pues bien, si descartada la suspensión y los trabajos en beneficio de la comunidad finalmente se opta por la privación de libertad a cumplir mediante localización permanente, el incumplimiento generará igualmente como efecto la incoación de nueva causa por delito de quebrantamiento en su modalidad atenuada.

Debe recordarse, para todos los supuestos de quebrantamiento de la localización permanente, la vigencia de dos pronunciamientos de la Circular 2/2004: 1) “Los Sres. Fiscales mantendrán el criterio de interesar, además de la correspondiente deducción de testimonio, la práctica de nueva liquidación de condena y la reanudación de la ejecución de la pena de localización permanente quebrantada”.

2) “El testimonio por quebrantamiento podrá expedirse ante cualquier incumplimiento del deber de permanencia, no siendo necesario que las ausencias se detecten en más de un día. Ello no obstante, para evaluar globalmente la entidad de los incumplimientos y si concurren o no indicios de quebrantamiento será conveniente analizar conjuntamente el informe de la Policía en el que se especifique el total de los incumplimientos detectados”.

10. Cláusula de vigencia

La presente Consulta no afecta la vigencia de anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado. Debe considerarse vigente la Instrucción 3/1999.

11. Conclusiones

Los Sres. Fiscales acomodarán sus calificaciones al último inciso del art. 468.1 del Código Penal en los supuestos de quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando se cumple en el domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez distinto de un Centro Penitenciario, puesto que en estos supuestos, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no supone una efectiva situación de privación de libertad.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir con las obligaciones que impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Consulta.

Madrid, 24 de junio de 2016.- La Fiscal General del Estado, Consuelo Madrigal Martínez-Pereda.